

Zur Legitimation des strafrechtlich sanktionierten
Glücksspielverbotes in Brasilien

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
am Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

vorgelegt von

Newton Silveira Dias Junior

aus Aracaju – Brasilien

Juni 2020

Datum der Disputation: 14. Juli 2023

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	7
Kapitel 1	11
Das Spiel der Tiere: Geschichte und historisch-politischer Kontext.....	11
A. Entstehung und kulturelle Aspekte des Spiels der Tiere	11
B. Ursprung des Verbots und der Kriminalisierung des Glücksspiels in Brasilien.....	14
kapitel 2	19
Die Wirklichkeit der Strafverfolgung von Glücksspielen in Brasilien.....	19
1. Umfang und geografische Abgrenzung der Forschung	20
2. Das Problem der statistischen Daten.	21
2.1 Darstellung der Daten	25
3. Das Spiel der Tiere in den Zeiten der Diktatur.....	37
3.1 Erste Periode: Von 1937 bis 1945	37
3.2 Die Militärdiktatur von 1964 bis 1985	39
3.2.1. Beteiligung des Militärs am Vergehen	41
3.3 Verfolgung (Repression) des Glücksspiels unter das demokratische Regime	46
3.3.1 Das Spiel der Tiere in der Stadt Salvador – Bundesland Bahia	49
3.3.2 Spiel der Tiere, Karnevals und Sambaschulen	50
3.3.3 Vom Spiel der Tiere bis hin zum Spielautomaten (oder oder <i>Slot Machines</i>)	53
3.3.4 Die 90er Jahre: Zunahme der Verfolgung des Glücksspiels im Zusammenhang mit dem Streit um das Glücksspiel	55
Kapitel 3	58
Der Strafrechtstatbestand „strafbares Glücksspiel“ nach der brasilianischen Strafrechtsordnung	58
A. Der Tatbestand und seine Tatbestandsmerkmale	58
1. Zum Begriff des Glücksspiels	59
2. Tatbestandsmerkmale des allgemeinen Glücksspielverbotes.....	60
2.1 Objektiver Tatbestand.....	60
2.2. Subjektiven Tatbestand	60
2.3. Geschütztes Rechtsgut.....	61
2.4. Tätigkeitsdelikt	61
2.5. Verletzungsdelikt.....	61
3. Tatbestandsmerkmale des Spiels der Tiere	62
3.1. Objektiver Tatbestand.....	62
3.2. Subjektiven Tatbestand	63

3.3. Geschütztes Rechtsgut.....	63
3.4. Tätigkeitsdelikt	63
3.5. Verletzungsdelikt.....	63
3.6. Vollendung	64
B. Der Tatbestand im Kontext der Systematik des brasilianischen Strafrechts.	64
1. Die Straftatbestände als Vergehen.....	64
2. Zur Problematik der Spielautomaten: vorübergehende Legalisierungen	65
3. Der Entwurf eines neuen brasilianischen Strafrechtsgesetzbuchs.....	66
C. Der Tatbestand in der brasilianischen Strafrechtsprechung.....	67
1. Allgemeine Bemerkungen	67
2. Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielverbotes	68
D. Der Tatbestand in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion.....	70
1. der Begriff <i>Sittenpolizei</i>	70
Kapitel 4	72
Rechtsvergleichender Blick auf die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung	72
A. Kriminalisierung und Verfassungsrecht: <i>Das Sittengesetz als Grundrechtsschranke</i>	72
1. Zum Begriff <i>Sittengesetz</i>	72
2. Das Sittengesetz in der Strafrechtswissenschaft	75
3. Normative Bedeutung des Sittengesetzes.....	78
B. Das Glücksspielverbot und die Glücksspielregulierung.....	81
C. Die Reform der „Sittlichkeitsdelikte“	83
1. Zum Begriff <i>Unzucht</i> im RStGB	83
2. Hintergrund der Reform	85
3. Die Reform durch das 4. StrRG	88
D. Die Cannabis-Entscheidung des BVerG.....	92
1. Die Begrenzung des <i>ius puniendi</i> des Staats durch die Grundrechte.	93
2. Rechtfertigung als Gefährdungsdelikt	94
3. Überprüfung nach der Rechtsgutslehre	97
4. Verhältnismäßigkeitsprüfung	98
5. Zwischenergebnis	99
E. Das Inzesturteil des BVerfG	102
1. Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts	103
2. Verfassungsrechtlich legitimer Zweck und geschütztes Rechtsgut als Maßstäbe der Legitimation der Strafnorm	104
3. Überprüfung der Legitimation durch das geschützte Rechtsgut und strafrechtliche Grundsätze (insb. das Verhältnismäßigkeitsgebot)	107
4. Die Problematik der Strafnorm des Inzestverbotes als bloß unsittlicher Tatbestand	107

4.1 Überprüfung der Strafnorm des Inzestverbots hinsichtlich ungeschriebener Verfassungsgrundsätzen	108
Kapitel 5	110
Das strafrechtliche Glücksspielverbot vor dem Hintergrund der Debatte über die Abgrenzung und den Zusammenhang von Moral und Strafrecht	110
A. Die (generelle) Zusammenhang und Abgrenzung zwischen Recht und Moral	110
1. Das Naturrecht: Ein Überblick von Aristoteles bis Radbruch.....	110
1.1 Gerechtigkeitsphilosophie bei Aristoteles	110
1.1.1 Das Höchste Gut	110
1.1.2 Ord nende Gerechtigkeit und verteilende Gerechtigkeit	111
1.1.3 Politische Gerechtigkeit: Naturrecht gegen gesetztes Recht (<i>Physis</i> gegen <i>Nomos</i>).....	113
2. Gerechtigkeit aus einer teleologischen Aussicht	115
3. Kants praktische Philosophie.....	121
3.1 Zum guten Willen.....	121
3.2 Autonomie des Willens	122
3.3 Der kategorische Imperativ	124
4. Wiederentdeckung des Naturrecht bei Radbruch	124
4.1 Gerechtigkeit	125
4.2 Zweckmäßigkeit	126
4.3 Rechtssicherheit.....	126
4.4 Ambivalentes Verhältnis zwischen Recht und Moral	126
4.5 Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht: Die Radbrusche Formel	127
4.6 Kritik an Radbruch	129
4.7 Die Radbruchsche Formel und das Mauerschützenurteil	129
5. Gesetzespositivismus.....	130
5.1 Das Modell des exklusivistischen Positivismus von Hans Kelsen.....	132
5.2 Der Inklusivistische Positivismus von H.L.A. Hart	134
B. Sexualmoral und Strafrecht (Devlin/Hart Debatte)	138
1. Hintergründe der Debatte	138
2. Die Argumente Devlins	140
2.1 Der Ansatz einer kollektiven Beurteilung	143
3. Die Argumente Harts.....	146
C. Das Glücksspielverbot zwischen moralischen und Strafrechtsverbot.....	149
Kapitel 6	153
Legitimationsversuche des strafrechtlich sanktionierten Glücksspielverbotes	153
A. Legitimation mit dem Rechtsgutsprinzip.....	154
1. Zum Rechtsgutsbegriff	154

1.1 Rechtsguts- und Interessensverletzung.....	154
1.2 Systemimmanente Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs	155
2. Die Forderung eines <i>schutzwürdigen</i> Rechtsguts als Voraussetzung für die Legitimität der Norm.....	157
3. Systemkritische Konzeption des Rechtsgutsbegriffs.....	158
3.1 Einwänden gegen das gesetzgebungskritischen Rechtsgüterschutzprinzip.....	161
3.1.1 Im verfassungsrechtlichen Bereich.....	161
3.1.2 In der Strafrechtswissenschaft.....	162
3.2 Relevanz der kritische Funktion des Rechtsgutsbegriffs.....	163
4. Schützt die Strafvorschrift des Glücksspielverbotes irgendwelches kollektives Rechtsgut?	164
4.1 Vergleichender Blick auf die Friedensschutzdelikte.....	167
4.1.1 <i>Öffentlicher Frieden</i> als ein Rechtsgut.....	168
4.1.2 Vergleichung mit einigen Tatbestände aus dem deutschen StGB.....	171
4.1.3 Andere Begründungen zur Legitimation der Friedensschutzdelikten	173
5. Zwischenergebnis	174
B. Legitimation nach dem Harm-Prinzip	177
1. Utilitarismus und Schadensprinzip.....	178
2. Das <i>Harm-Principle</i> im Zusammenhang mit anderen strafbeschränkenden Ansätzen	180
2.1 Zum Begriff <i>Harm</i>	180
2.2 Das <i>Harm Principle</i> und das Rechtsgutsprinzip.....	182
2.2.1 Kollektiver Schaden	183
2.3 Mediating Principles.....	185
2.3.1 Verantwortungsstreuungsprinzip.....	186
2.3.2 Subsidiaritätsprinzip	186
2.3.3 Toleranzprinzip.....	187
2.4 Das <i>Offense Principle</i>	188
2.5 Legal Moralism (<i>Harmless Wrongdoing</i>)	189
3. Der Fall des Glücksspiels	190
C. Legitimation nach der Gefühlschutzlehre	192
1. Einführung	192
2. Die Begriffe Gefühlsschutz- und Verhaltensdelikt	193
3. Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls als Voraussetzung der Gefühlschutzlehre .	195
4. Die unerklärliche Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Friedensschutzdelikten	197
5. Schutz von Tabus	200
6. Zwischenergebnis	201

D. Legitimation nach der Lehre von der Sozialschädlichkeit	203
1. Bedeutung der Sozialschädlichkeit im Rahmen des Strafrechts	203
2. Die Verletzung eines subjektiven Rechts nach der Lehre vom Sozialvertrag.....	205
3. Die Gutsverletzungstheorie von Birnbaum als Embryo der Rechtsgutsverletzungstheorie	206
4. Die Lehre der Sozialschädlichkeit und ihre Verbindung mit der Rechtsgutslehre	206
5. Der aktuelle Stand der Diskussion um den Rechtsgutsbegriff mit Blick auf die Lehre der Sozialschädlichkeit	208
6. (Un)Tauglichkeit des Glücksspiels als sozialschädliches Verhalten.....	209
6.1 Mittelbar verursachte Schädigungen: Die angebliche Verantwortlichkeit für mögliche spätere Folgeschäden	209
6.2 Das Argument des Anreizes von organisierter Kriminalität	210
7. Zwischenergebnis	213
E. Paternalistische Legitimation	214
1. Einleitung	214
2. Arten des Rechtspaternalismus.....	215
3. Klassifizierung bestimmter Fälle nach den genannten Kriterien.....	217
4. Indirekter Paternalismus	218
4.1 Grundlegung	218
4.2 Schutz gegen Ausbeutung der eigenen Schwäche.....	219
5. Direkter Paternalismus	221
5.1 Das Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts.....	221
5.2 Die Beispiele der Pflicht zur Anlegung von Sicherheitsgurten und des Tragen von Motorradhelmen	222
6. Einwände gegen scheinbare paternalistische Legitimationen	223
7. Weiterer Schaden bei Dritten: Begründung zum Paternalismus oder zum <i>Harmprinciple?</i>	224
8. Die Sozialschädigung als scheinbare paternalistische Legitimation.	225
9. Der Fall des Glücksspiels	227
Schlussbetrachtung	230
Literaturverzeichnis	235

Einleitung

Das Glücksspielverbot¹ gilt nicht als eine Besonderheit der brasilianischen Rechtsordnung. Das sogenannte "Spiel der Tiere"² könnte aber befremden. Wenn es sich überhaupt um eine Glücksspielart handelt, lautet die erste Frage, wie wichtig eigentlich eine solche Benennung ist, wenn dessen wesentliche Elemente, nämlich *mala suerte* oder *buena suerte*, Gewinn oder Verlust, Ausbeuter oder Ausgebeuteter, Leidenschaft oder Sucht bei allen Arten von Glücksspielen vorhanden.

Die Tatsache, dass es sich um eine Art von Glücksspiel handelt, das, wenn schon nicht originell, so doch zumindest nur in Brasilien überlebt hat, ist eine, aber nicht die relevanteste Besonderheit für die vorliegende Forschung. Eine andere und wichtiger Besonderheit, die einen weiteren ausschlaggebenden Grund darstellt, ist die Tatsache, dass dieses Spiel mit einem bedeutenden Teil der Geschichte der Kriminalität in Brasilien seit Beginn des letzten Jahrhunderts in Zusammenhang steht. Eine Kriminalität, die in groben Zügen ein Produkt der Kriminalisierung ist und die zu einer Struktur mit Elementen geführt hat, die jeder Mafia gemeinsam sind: Machtstreit zwischen Familien, Schaffung eines Parallelstaats, Einmischung in formelle Machtstrukturen, Korruption. Eine dritte Besonderheit ist, dass es sich um ein Spiel handelt, das Hand in Hand mit zwei anderen "*Brasilianidades*" (typische brasilianische Dinge) gespielt wurde: der Militärdiktatur (von 1964 bis 1985) und den Sambaschulen, vor allem in Rio de Janeiro.

Die vorliegende Arbeit untersucht die Frage nach der Legitimität der Vorschrift, die das Spiel der Tiere als einen Straftatbestand betrachtet. Wie in den folgenden Kapiteln erörtert werden wird, ist die Legitimität des Verbots des Glücksspiels in Frage zu stellen. Schließlich stellt ihre Rechtfertigung keine Selbstverständlichkeit dar, zumal wenn man berücksichtigt, dass in vielen modernen Strafrechtsordnungen eine gesetzliche Regelung über die Veranstaltung und Beteiligung an einer öffentlich zugänglichen Einrichtung nur eine Straftat einführt, wenn es um eine unerlaubte Veranstaltung geht, wie es in Deutschland der Fall ist. In Brasilien gilt aber jede einzelne Veranstaltung eines Glücksspiels als Straftat.

Stützt sich dieses Verbot ausschließlich oder vor allem auf moralischen Werten oder auf einem starken Paternalismus? Es kann auch gefragt werden, ob und in welchem Umfang

¹ In Brasilien benutzt man den Ausdruck *Jogo de Azar*, der als *Pechspiel* übersetzt werden kann.

² *Jogo do bicho* (Übersetzung des Verfassers). In der Umgangssprache wird das Wort *Bicho* anstatt *Animal* (Standardhochsprache) verwendet.

die Kriminalisierung eines solchen Verhaltens unerlässlich für die Entwicklung des Einzelnen und für der Aufrechterhaltung eines Lebens in einer friedlichen Gemeinschaft ist.

Letztlich kann man kritisch fragen, ob ein solches Verbot verhältnismäßig und angemessen ist. Man kann intensiv darüber nachdenken, ob das Strafrecht hier nicht als *letztes*, sondern als *erstes* Mittel angewandt wird.

Solche Fragestellungen über die Möglichkeit und Gründe, dem Gesetzgeber Grenzen zu setzen, bilden den Kern dieser Forschung. Im Zentrum steht die Überprüfung der Legitimation des Glücksspielverbotes aus der Aussicht verschiedener Begründungen.

Die Untersuchung hat deshalb einen doppelten Zweck: erstens, die Gründe für das Verbot sowohl zum Zeitpunkt der Entstehung des Delikts als auch in den folgenden Jahrzehnten zu klären. Zweitens, die Strafrechtsvorschrift einer Prüfung bezüglich den verschiedenen Kriterien, mit denen strafrechtliche Vorschriften legitimiert werden, zu unterziehen.

Die Arbeit gliedert sich in sechs Kapiteln.

Vor dem Eintritt in eine rechtliche Analyse der kriminellen Aktivität, die Jahrzehnte später mit dieser Art von Spiel in Verbindung gebracht werden sollte, ist es wichtig, einige Beobachtungen über den historischen Kontext zu machen, in dem dieses Glücksspiel entstanden ist, sowie über seine kulturellen Aspekte und seine Funktionsweise in der Praxis.

Die darauf folgende kriminalisierende Norm muss auch entsprechend dem historischen Kontext der Zeit analysiert werden. Das erste Kapitel befasst sich damit, eine kurze historische Aussage über den Ursprung solcher Art von Glücksspiel zu machen und eine Verbindung zur rechtlichen Diskussion über das Verbot herzustellen. Denn die Einführung diese neue Glücksspielart ist eine soziale Tatsache, die Gegenstand einer Analyse im Bereich der Sozialwissenschaften sein kann.

Die Wirklichkeit der Strafverfolgung ist Gegenstand des zweiten Kapitels. Seitdem das Verbot des Spiels der Tiere in Kraft getreten ist, gibt es Tatsachen, die mit der Verfolgung dieser Straftat zusammenhängen. Einige dieser Tatsachen, die für das Verständnis des Themas sehr relevant sind, wurden nicht in Ermittlungen oder Strafverfahren dokumentiert, sondern von der Presse erschöpfend berichtet, weshalb sie im Folgenden unter Angabe der Presse als Informationsquelle betrachtet werden.

Tatsächlich wäre eine Forschung über die Wirklichkeit der Strafverfolgung in Brasilien unvollständig, wenn sie sich auf Daten von offiziellen Polizei- oder Justizbehörden beschränkte, und zwar aus zwei Gründen: Erstens wegen der Unzuverlässigkeit und Unzulänglichkeit dieser Daten; zweitens, weil die zuständige Behörden im Zuge der Strafverfolgung innerhalb bestimmter Zeiträume nicht dem Einfluss der großen Akteure

entgangen sind, die das Glücksspiel in Brasilien betrieben. Aus diesem Grund sind journalistische Informationen von großem Wert, um die Realität der Verfolgung des Glücksspiels darzustellen: zunächst des Spiels der Tiere, danach des Glücksspiels allgemein, dazu werden auch die Spielautomaten (= *Slot Machines*) eingeschlossen, die zwar nicht vollständig das Spiel der Tiere ersetzt hat, aber wurde zu einer nicht zu unterschätzenden Alternative mit vergleichbaren Strukturen, einschließlich der Macht.

Im dritten Kapitel der Arbeit wird eine Analyse über das strafbare Glücksspiel nach der brasilianischen strafrechtlichen Dogmatik, Gesetzgebung und Rechtsprechung vorgenommen. Aus dieser Analyse kann man ableiten, wie bescheiden die Diskussion um diese Straftat ist. Und der Hauptgrund dafür ist, wie in Kapitel VI erörtert wird, der subsidiäre Charakter, mit dem dieser Tatbestand behandelt wird. Das Glücksspiel wird als Verhalten strafrechtlich relevant nur dann, wenn sein Begehen mit schwereren Verbrechen in Verbindung gebracht wird, vor allem innerhalb des Spektrums der organisierten Kriminalität wie Schmuggel, Geldwäsche, Korruption, Drogen- und Waffenhandel. Es gibt Straftaten, die im brasilianischen Strafrechtsdogma als "parasitäre Tatbestände" eingestuft werden, wie z. B. Empfangs- und passive Korruption. Sie werden so genannt, weil ihre Existenz notwendigerweise von der Existenz einer Vortat abhängt: Passive Korruption setzt ein vorangegangenes Verbrechen voraus (aktive Korruption); Hehlerei setzt ein vorangegangenes Verbrechen voraus (z. B. Diebstahl oder Raub). Obwohl das Glücksspiel nicht in diese Kategorie der "parasitären Verbrechen" passt, wird es in der Praxis ähnlich behandelt, d. h. immer im Zusammenhang mit einem anderen Verbrechen. Und dies nicht, weil ihr Erfolg von einem früheren Verbrechen abhängt, sondern weil das Glücksspiel nur relevant wird, weil sein Betrieb parallel zu schwereren Verbrechen erfolgt. Die Gründe dafür sollten jedoch Gegenstand empirischer Forschung sein und nicht in den Rahmen der vorliegenden Studie fallen.

Das Kapitel IV bietet einen rechtsvergleichenden Blick auf die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung, und befasst sich mit dem Glücksspielverbot nach dem deutschen StGB und mit anderen Straftatbeständen, die auch Legitimationsschwierigkeiten haben.

Im Fokus des fünften Kapitels steht die Debatte über die Abgrenzung und den Zusammenhang von Moral und Strafrecht. Die Forderung, dass das Strafrecht nur zum Rechtsgutsschutz, nicht zur Sanktionierung bloßer Moralwidrigkeiten eingesetzt werden soll, ist ein Ausgangspunkt dieses Kapitels. Geht man von dieser Annahme aus, so geraten in der Tat mehrere Regeln des geltenden Strafrechts in Deutschland, in Brasilien und anderswo in Legitimationsprobleme.

Bei diesen Verboten ist es daher nicht leicht, einen Abgrenzungspunkt zwischen den beschriebenen Verhaltensweisen und *bloßen Moralwidrigkeiten* herzustellen. Bei einigen Verboten erweist sich eine solche Abgrenzung sogar als zweifelhaft. In der deutschen Rechtsprechung haben die jüngsten Diskussionen zu diesem Thema im Rahmen des Betäubungsmittelstrafrechts (*Cannabis-Entscheidung*) und des Sexualstrafrechts (Inzest-Entscheidung), beide im BVerfG, stattgefunden. Sie werden im Kapitel III (D und E, bzw.) behandelt.

In Brasilien steht die Rechtsprechung jedoch nur sehr zaghaft oder fast nie vor der Herausforderung, die Frage zu beantworten, ob ein Verbot strafrechtlich legitim wäre oder ob es eine "bloße Moralwidrigkeit" darstellen würde. In der Rechtsprechung gibt es Debatten über Verbrechen wie Abtreibung und Gebrauch von Betäubungsmitteln, deren Verfassungsmäßigkeit in Frage gestellt wird, die aber nicht auf dem Argument der Moral beruhen. Darüber hinaus gilt die Diskussion über die Moral in der Gesetzgebung fast wie ein Tabu. Übrigens und zum Vergleich: Der Inzest zum Beispiel wird in der brasilianischen Strafgesetzgebung nicht vorgesehen. Und es wäre eine übereilte und wahrscheinlich falsche Schlussfolgerung, wenn man sagen würde, dass dies geschieht, weil die Gesellschaft liberaler ist. Im Gegenteil dazu, besteht es auch die Möglichkeit, dass dieses Verbot gerade wegen des hohen moralischen Abstoßungsgrades des Verhaltens nicht besteht, da sogar die Existenz eines solchen Tatbestandes schon als ein Verstoß gegen die Moral angesehen werden könnte.

Die Kritische Haltung gegenüber der Kriminalisierung des Glücksspiels wird im Kapitel VI dargelegt. Die Annahme, Verbote, denen nicht ein bestimmtes Rechtsgut zugrunde liegt, seien illegitim, wird in der vorliegenden Forschung auf andere Legitimationsmöglichkeiten außerhalb der Rechtsgutslehre ausgedehnt, nämlich: Das *Harm-Principle*, die Gefühlsschutzlehre, die Lehre von der Sozialschädlichkeit und den strafrechtlichen Paternalismus. Primäres Ziel hierbei ist es, zur Beantwortung der Frage zu kommen, inwieweit möglicherweise mit der umstrittenen Strafnorm eine Legitimationsbegründung korreliert.

Kapitel 1

Das Spiel der Tiere: Geschichte und historisch-politischer Kontext

A. Entstehung und kulturelle Aspekte des Spiels der Tiere

Rio de Janeiro im späten neunzehnten Jahrhundert. Brasilien löste sich in jener Zeit von einem Monarchisten Regime, das im Jahr 1822 mit der Unabhängigkeit vom Königreich Portugal begann und fand im Jahr 1889 eine neue Staatsform: die Republik.

Unter dem neuen System entstand im Jahr 1892, eine neue Glücksspielart, dessen Erfindung dem João Batista Viana Drummond (1825-1897) zugeschrieben wird. Er ist besser bekannt als *Baron von Drummond*, auf Grund eines Adelstitels, der ihm im Jahr 1888 verliehen wurde.

Baron von Drummond war verantwortlich für die Verwaltung eines Zoos in Vila Isabel, einer Stadtteil im Inneren der Stadt von Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, die die Hauptstadt des Kaiserreichs war, ist auch die Hauptstadt der neuen Republik geworden. Baron von Drummond erfand eine neue Art von Glücksspiel mit der Absicht Gelder aufzutreiben, um den Zoo, der in finanziellen Schwierigkeiten war, zu retten.

So entstand das sogenannte "*Spiel der Tiere*". Für seine Erfindung inspirierte sich Baron Drummond an einem gewissen "*Blumenspiel*", das das zu dieser Zeit in Mexiko bereits existierte, idealisiert von Manuel Ismael Zevada, in Rio de Janeiro. Diese Art von Spiel ähnelte dem brasilianischen, mit dem Unterschied, dass es im mexikanischen Fall um Blumen statt um Tiere ging.³

Das Spiel der Tiere ist eine Endziffernlotterie. In seiner einfachsten ursprünglichen Form wählte man keine Ziffer aus, sondern ein Tier.⁴ Zwar war die Zuordnung eines jedem Tier

³ **Fonte bibliográfica inválida especificada.**, S. 30.

⁴ Es gibt insgesamt 25 Tiere, und jedem entsprach vier Endziffern. Hier ist die vollständige Liste der Tiere und der entsprechenden Ziffern, deren Reihenfolge nach der alphabetischen Namen der jeweiligen Tiere in portugiesischer Sprache festgelegt ist. 1. Der Strauß (*avestruz*), 01-04; 2. der Adler (*águia*), 05-08; 3. der Esel (*burro*), 09-12; 4. der Schmetterling (*borboleta*), 13-16; 5. der Hund (*cachorro*), 17-20; 6- die Ziege (*cabra*), 21-24; 7. der Hammel (*carneiro*), 25-28; 8. das Kamel (*camelo*), 29-32; 9. die Schlange (*cobra*), 33-36; 10. das Kaninchen (*coelho*), 37-40; 11. das Pferd (*cavalo*), 41-44; 12. der Elefant (*elefante*), 45-48; 13. der Hahn (*galo*), 49-52; 14. die Katze (*gato*), 53-56; 15. der Kalman (*jacaré*), 57-60; 16. der Löwe (*leão*), 61-64; 17. der Affen (*macaco*), 65-68; 18. das Schwein (*porco*), 69-72; 19. der Pfau (*pavão*), 73-76; 20. der Truthahn (*peru*), 77-80; 21. der Stier (*touro*), 81-84; 22. der Tiger (*tigre*), 85-88; 23. der Bär (*urso*), 89-92; 24. der Hirsch (*veado*), 93-96; die Kuh (*vaca*), 97-00. Bei einer Spielteilnahme kann man einfach nur ein Tier wählen, dann hat man vier Möglichkeiten zu gewinnen. Wenn eine Person beispielsweise auf den Bär spielt, gewinnt sie, wenn die zwei Ziffern der gezogenen Zahl, vom Rechts nach Links, mit der Ziffer 89, 90, 91 oder 92 übereinstimmen. Aktuell gibt es mehr Gewinnchance, weil die gezogene Zahl aus vier Ziffern besteht. Ziehungen finden täglich statt, und um den Jackpot zu gewinnen, muss die von dem Spieler gewählte Nummer gerade mit der gezogenen Nummer übereinstimmen.

und zu einer Zahlen am Anfang zufällig, aber der Faktor, der die Wahl des Bieters bestimmte, war nicht die Zahl, sondern das Tier, das die Zahl identifizierte.

In diesem Zusammenhang weisen Damatta & Soares auf einen gewissen totemistischen Charakter hin, der in diesem Verhältnis Mensch-Tier-, sowie auch im Tier-Spiel vorhanden ist. In gleicher Weise geschieht dies, zum Beispiel, in der chinesischen Kultur, wo jedes Jahr, und das Sternzeichen jeder einzelnen Person zu bestimmen, einem entsprechenden Tier zugeordnet wird.

So entsteht von Anfang an mit der Wahl der Zahl eine unterbewusste Assoziation mit dem Tier, das durch diese Zahl repräsentiert ist. "Dies deshalb, weil jedes Tier wird von einer spezifischen Aura der Symbolik umgeben ist, die sich auf die Merkmale jedes einzelnen Tieres, seines Verhalten und seiner Zuneigung mit dem Spieler erstrecken."⁵

Zwischen 1894 und 1895 hatte Baron von Drummond Spielhallen in mehreren Stadtteilen von Rio de Janeiro eröffnet, deren Besitzern etwa 50 Mil-Réis⁶ pro Tag einnahmen. Dies war die Gruppe, die aus den sogenannten Handlangern des Barons bestand. Aber neben dieser Gruppe gab es noch zwei andere Gruppen, die das Spiel der Tiere veranstalteten, die als *Unabhängigen* und *Kaufleute* genannten worden waren.⁷

Das Spiel der Tiere ist seitdem eine der sozialen Institutionen geworden, die die sog. „brasilianischen Kultur“ abbilden und identifizieren. Als solches ist es aber ein wichtiges Ziel soziologischer und anthropologischer Forschung (oder sollte es sein). Eine tiefere Untersuchung in dieser Hinsicht ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Man kann kritisieren, dass Erörterungen dieser Art aus rechtlicher Sicht, auch wenn sie hier nur kurz gemacht werden, keine Bedeutung oder Nützlichkeit hätten. Schließlich handele es sich um ein reines Glücksspiel, weshalb dessen Wurzeln oder kulturelle Aspekte für die strafrechtliche Analyse des Delikts unerheblich seien. Die soziologische und anthropologische Aspekte können jedoch nicht vernachlässigt werden, vor allem dann, wenn es um eine Untersuchung handelt, die das materielle Strafrecht als einen der zentralen Aspekte beinhaltet.

Hinsichtlich der möglichen Kriterien der Legitimität der strafrechtlichen Norm könnte, aus diesen Grund ein reiner Ausschluss der kulturellen Aspekte des Verbots nur zu einer unvollständigen Analyse der Wirklichkeit führen.

⁵ DaMatta & Soárez 1999, S. 27.

⁶ Als *Mil-Réis* wurde die damalige brasilianische *Réis* genannt. Dieser Betrag würde in der aktuellen brasilianischen Währung (*Real*) ungefähr R\$ 6.150.000,00 entsprechen. (Gomes L. , 2014)

⁷ (Cavalcanti, 1940), S. 68.

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass das Glücksspiel insbesondere in Gesellschaften mit starker sozialer Ungleichheit eine noch eigentümlichere Motivation hat. Auf der einen Seite sieht darin ein Teil der Bevölkerung eine der wenigen Möglichkeiten, manchmal die einzige, die das wirtschaftliche System anbietet, um dem Elend zu entfliehen.

Der Wunsch, dem durch ein ungleiches Wirtschaftssystem verursachten Elend zu entkommen, und das niedrige Bildungsniveau der Bevölkerung sind jedoch keine ausreichenden Argumente, um den Erfolg des Glücksspiels und insbesondere des Spiels der Tiere in Brasilien zu erklären, da in mehreren anderen Gesellschaften ähnliche soziale Bedingungen herrschen.

Daher können die mit dem Spiel der Tiere verbundenen wirtschaftlichen Ursachen und Folgen nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, mit Ausnahme derjenigen, die direkt mit den moralischen Aspekten des Glücksspiels zusammenhängen.

Schließlich könnte man einwenden, dass das Streben nach dem leichten Geld in diesem Spiel nicht nur als Anreiz zum Nichtstun, sondern auch als Affront gegen die Grundpfeiler des Kapitalismus angesehen werden könnte, da dieses Streben der Idee der Arbeitsproduktivität zuwiderläuft, die sich seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durchsetzt.

Die Gewohnheit des Glücksspiels kann daher als Unsinn, als eine Art Abweichung vom rationalen wirtschaftlichen Verhalten angesehen werden.⁸

In einer anthropologischen Analyse, die sich hauptsächlich mit dem symbolischen Charakter dieser Art von Lotterie befasst, ohne sie zu bewerten, zu verteidigen oder ihr Sympathie entgegenzubringen, versucht DaMatta, das Spiel der Tiere als Kultur und als System zu verstehen. Nach Ansicht des Autors ist es vergleichbar mit anderen Institutionen der brasilianischen Kultur, wie dem Fußball und dem Karneval, die alle gemeinsam haben, dass die Eliten ihnen bei ihrer Entstehung wenig Bedeutung beimmaßen.

Trotz dieser Gemeinsamkeiten mit diesen anderen "Institutionen" (Karneval und Fußball) hat das Spiel der Tiere eine andere soziologische Entwicklung genommen, da es durch sein Verbot im Jahr 1941 an den Rand der Gesellschaft gedrängt wurde. Dieses Verbot und die Unterdrückung anderer Formen der brasilianischen Populärkultur beweisen nach Ansicht des Autors nicht nur die oft Ignoranz der Eliten gegenüber der brasilianischen Populärkultur, sondern auch ihren Wunsch, die ärmeren Bevölkerungsschichten zu "zivilisieren". Ohne moralische Schwäche oder historische oder soziale Minderwertigkeit zu suggerieren, stellte das

⁸ Vgl. Benatte 2002, S. 162

Spiel der Tiere für die ärmsten Schichten der Gesellschaft eine Möglichkeit dar, mit sozialen Ungleichheiten und den ihnen von oben auferlegten Veränderungen umzugehen.⁹

B. Ursprung des Verbots und der Kriminalisierung des Glücksspiels in Brasilien

Seit der Entstehung des Spiels der Tiere und noch bevor es zu einer Straftat wurde, ist der hohe Grad an Toleranz auffällig, mit dem diese Glücksspielart von der Gesellschaft im Allgemeinen und auch von den für ihre Verfolgung zuständigen Behörden stets betrachtet wurde.

Gerade aus diesen hohen Toleranz angesichts eines seit Beginn des letzten Jahrhunderts kriminalisierten Verhaltens können einige Fragen gestellt werden, wie beispielsweise: Gibt es rechtliche Gründe für die Kriminalisierung dieser Verhaltensweise? Wenn ja, welche sind sie? Oder sollte das Verbot ausschließlich auf moralische Gründe zurückgeführt werden? Ist es ein typischer Fall von Moralisierung des Strafrechts?

Unter der Annahme, dass solche Fragen dazu dienen, die Kriminalisierung jede Glücksspielart in Frage zu stellen, werden die Fragen im Laufe der Arbeit auf das Glücksspiel allgemein als Straftat ausgedehnt. Und dies aus folgenden Gründen: Die Kriminalisierung des Spiels der Tiere in Brasilien wurde ausdrücklich in ein Gesetz eingeführt, das bereits die Kriminalisierung jede Form von Glücksspiel vorsah. Und das geschah zu dem Zeitpunkt seiner Entstehung nur, um im Gesetz zum Ausdruck zu bringen, dass diese neue Glücksspielart, wenn auch innovativ, auch ein Glücksspiel wie die herkömmlichen war, und als solches bestraft werden sollte.

Das alte Strafgesetzbuch des Kaiserreichs von 1890, aus der Zeit als Brasilien das monarchische Regime für das neue republikanische Regime verließ, sah bereits die Kriminalisierung des sogenannten Glücksspiels vor. Als Glücksspiel, und damit als Verbrechen, galt jedes Spiel, dessen Ergebnis ausschließlich vom Glück abhing.

Neben dieser allgemeinen Regel, die als Glücksspiel galt, sah das gleiche Strafgesetzbuch von 1890 folgende typische spezifische Straftatbestände vor: Unerlaubte Lotterie oder Verlosung (Art. 367), und Glücksspielhäuser (Art. 369).¹⁰ Lotterien und

⁹ Vgl. DaMatta/Soares 1999, S. 17.

¹⁰ Art. 370: Als Glücksspiele gelten solche, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich vom Glück abhängen. (Art. 370. *Consideram-se jogos de azar aqueles em que o ganho e a perda dependem exclusivamente da sorte*).

Art. 367. die Durchführung von Lotterien und Verlosungen jeder Art, die nicht gesetzlich zugelassen sind, auch wenn sie Anlagen zu anderen zugelassenen sind. (Art. 367. *Fazer loterias e rifas, de qualquer especie, não autorizadas por lei, ainda que corram anexas as qualquer outra autorizada*).

Art. 369: Ein Haus zu haben, in dem sich die Leute gewöhnlich zum Glücksspiel versammeln, obwohl sie keinen Eintritt bezahlen, oder sie im öffentlichen Raum zu veranstalten: (Art. 369. *Ter casa de taboagem, onde habitualmente se reúnem pessoas, embora não paguem entrada, para jogar jogos de azar, ou estabelecem-os em lugar frequentado pelo publico*:)

Übersetzung des Verfassers

Verlosungen waren in der Tat bereits durch ein Gesetz aus dem Jahr 1860 verboten, das im damals neu verkündeten Strafgesetzbuch von 1890¹¹ wiedergegeben wurde.

Mit dem Aufkommen der neuen Spielmodalität, dem sogenannten "Spiel der Tiere", im Jahr 1888 wurde die Diskussion um das Thema *Glücksspiel* weiter intensiviert. Schließlich handelte es sich damals um eine so junge Spielmodalität, dass es im Gegensatz zu den Lotterien und Verlosungen keine Zeit gegeben hat, im bereits in Vorbereitung befindlichen Strafgesetzbuch, das 1890 in Kraft treten sollte, ausdrücklich vorgesehen zu werden. Infolgedessen war sich die Polizei zunächst nicht sicher, ob es notwendig wäre, das neue Glücksspiel zu bekämpfen. Ebenso gab es damals widersprüchliche Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema.

Gleichzeitig gab es das Problem, wie die Tathandlung des Glücksspiels behandelt werden sollte, wenn es in privaten Räumen stattfand. Ginge es überhaupt um eine Straftat oder nicht?

Nehmen wir als Beispiel die Veranstaltung eines Glücksspiels in Vereinen oder sonstigen geschlossenen Gesellschaften.¹² Seine Erlaubnis sei, so Rezende, ein Beweis dafür, dass die Rechtswidrigkeit nicht auf dem Spiel an sich stehe, das auf das Privatleben jedes Einzelnen beschränke. Denn das Glücksspiel in privaten Räumen könnte damals zwar als ein verwerfliches Verhalten, das auf eine gewisse moralische Verschlechterung hinweise, nicht aber als ein Verbrechen betrachtet werden. Was das Verbrechen nach der damals geltenden Gesetzgebung charakterisieren würde, wäre die Veranstaltung eines Glücksspiels, wenn für einen größeren, nicht geschlossenen Personenkreis eine Teilnahmemöglichkeit bestand.¹³

Das heißt, für die zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts geltende Gesetzgebung wäre das Glücksspiel keine Straftat, wenn es im privaten Räumen ausgeübt durchgeführt würde, also beschränkt auf Familienmitglieder und ihren Freundschaftszyklus, und nicht für den Zugang jeder Person offen.

Hier wurde ein wichtiger Punkt der Divergenz festgelegt. Damals entstanden gerade durch diese Interpretation immer mehr private Vereine, deren rechtliche Existenz auf der Grundlage eines bestimmten Gesetzes¹⁴ ordnungsgemäß anerkannt wurde. Solche Vereine, obwohl sie formell für einen legitimen Zweck in ihrer Satzung bestimmt waren, wurden tatsächlich für die Ausübung von Glücksspielen genutzt.

¹¹ Rezende, 1907, S. 583

¹² *Casa de Tavolagem* (nach brasilianischen RStGB Art. 369)

¹³ Vgl. Rezende 1911, S. 50.

¹⁴ Gesetz vom 10. September 1893.

Das Fehlen einer Klarheit über das, was für ein Glücksspiel erlaubt oder unerlaubt war, und die milde Strafe für das illegale Glücksspiel (Freiheitsstrafe von 15 bis 60 Tagen), galten als Ausrede für die Beanspruchung nach einer gesetzlichen Regulation am Ende des 19. Jahrhunderts.

Diese Faktoren, einerseits das Vorhandensein einer vermeintlichen Gesetzeslücke in Bezug auf diese Arten von Einrichtungen (die Vereine oder private Verbände), und andererseits, das Aufkommen und die wachsende Popularität des Spieles der Tiere waren der Schlüssel für den zunehmenden Druck einiger gesellschaftlicher Gruppen, die eine stärkere Regulierung des Themas forderten, um die genauen Grenzen des Erlaubten oder Verbotenen zu definieren.

Dieser Druck bezog sich auch auf die Spielteilnehmer dieser neuen Glücksspielart, die wie *Vagabunden* behandelt und als eine gefährliche Schicht der Gesellschaft betrachtet wurden.

Die Forderung nach dieser Regulierung wurde von konservativeren Schichten der Gesellschaft, und auch der brasilianischen strafrechtlichen Dogmatik, als Versuch gesehen, die Verbotsnorm flexibler zu gestalten, d.h. als Versuch, diese Verhaltensweise zu legalisieren, die im geltenden Recht bereits als kriminelle Aktivität erfasst wäre.¹⁵

Aus den wenigen Quellen der brasilianischen Strafrechtsdogmatik, die sich damals mit dem Thema beschäftigten, hebt sie sich durch Rezende ab, der die Idee verteidigte, das Spiel der Tiere sollte als ein Verbrechen betrachtet werden, denn, sei es um eine Lotterie oder eine Verlosung, ist kein anderes als ein Glücksspielart, in dem die Entscheidung über den Gewinn oder den Verlust ausschließlich vom Glück abhängt.¹⁶

Die Glücksspiele unterscheiden sich von anderen Spielen, die man *Geschicklichkeitsspiele* nennen könnte, weil bei diesen das Ergebnis von Bedingungen wie Geschicklichkeit, Intelligenz, Fingerfertigkeit und Agilität abhängen. Es sind diejenigen – *in quibus ars dominatur, ac de virtute certâmen est* – wie Schach, Damen und Billard.¹⁷

Das Fehlen eines ausdrücklichen Verweises im Gesetz auf das Spiel der Tiere würde nach dieser Begründung keine Grundlage dafür bilden, das Verhalten nicht als Straftat zu bezeichnen. Erstens, weil diese Art von Spiel auf eine sehr beginnende Weise entstand, gleichzeitig mit der Ausarbeitung des Strafgesetzbuches aus dem Jahr 1890; zweitens, weil

¹⁵ Vgl. Rezende 1911, S. 51.

¹⁶ Rezende 1907, S. 572.

¹⁷ A.a.O., S. 570.

auch andere Glücksspielarten - *Roulette, Baccarat* und so viele andere - im neuen Gesetz nicht als Glücksspiele bezeichnet wurden und trotzdem auch als Straftaten angesehen wurden.

Mit anderen Worten, je nach Form und Ort, an dem es praktiziert wurde, könnte das Spiel der Tiere ab dem Strafgesetzbuch von 1890, noch bevor seine ausdrückliche Bestimmung als Vergehen im Gesetz von 1941, nach Ansicht einiger Juristen bereits als kriminelles Verhalten angesehen werden, entweder als unerlaubte Lotterie oder Verlosung oder in der Modalität der Einrichtung einer Glücksspiel-Saal.¹⁸

In einem Umfeld zunehmender Verstädterung und Bevölkerungswachstums an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, insbesondere in Rio de Janeiro, der Hauptstadt der neuen Republik, stand es auf der Tagesordnung der Eliten, die Laster der Menschen zu unterdrücken und die Moral der Gesellschaft zu erneuern.

Durchdrungen von Positivismus und sozialer Evolution und importiert von der europäischen wissenschaftlichen Mentalität, waren die Mitglieder dieser Eliten nichts anderes als späte Kinder der Aufklärung. Intellektuelle und Schriftsteller wie Ruy Barbosa, Machado de Assis, Olavo Bilac, Politiker sowie Anwälte und Polizeikommissare gehörten zu dieser Elite.

Die Idee von gefährlichen Klassen besteht in der Vorstellung der Machteliten während des ganzen zwanzigsten Jahrhunderts. Sie wird aus rechtlicher Sicht durch die bizarre Vorstellung verstärkt, durch eine Vermutung der Gefährlichkeit, weit verbreitet für Verbrechen und Vergehen gemäß der Gesetzgebung unter der Ägide des vorgenannten Neuen Staates (*Estado Novo*), eines diktatorischen Regimes an der Macht seit dem Jahr 1937.¹⁹ Hier erkennt man schon die Samen eines Phänomens, das eine Tendenz werden wird: die Kriminalisierung im Vorfeld.

Schon unter diesem autoritären Regime, gewannen diese moralistische und prohibitionistischen Vorstellungen fruchtbare Stimmung für eine umfassende Reform des Strafrechts, die von dem neuen diktatorischen Präsidenten der Republik, Getúlio Vargas, eingeleitet wurde. Aus dieser Reform ergab sich im Jahr 1941 ein neues Gesetz im Nebenstrafrecht, die Gesetzesverordnung Nr. 3.688 vom 3. Oktober 1941 („Gesetz der Vergehen“)²⁰, das kein Verbrechen, sondern nur Vergehen vorsah. Auf diese

¹⁸ Die oben schon erwähnte Arts. 367 und 369 des brasilianisches RStGB (*Código Penal do Império*). A.a.O., S. 573.

¹⁹ Vgl. Benatte 2002, S. 22.

²⁰ Gesetzesverordnung (*Decreto-Lei*) N.º 3.688, de 03 de outubro de 1941 (*Lei das Contravenções Penais*). Die Gesetzesverordnungen (*Decreto-Lei*) galten als eine privilegierte Befugnis der Exekutive. Die Gesetzesverordnung 3.688 vom 3. Oktober 1941 wurde im Jahr 1944 durch eine neue Gesetzesverordnung ersetzt – die Nr. 6.259 vom 10. Februar 1944. Letzteres hat sie in ihren Artikeln 45 bis 58 das Verbot verschiedener Formen von heimlichen Lotterien, einschließlich des Spiels der Tiere, auch als Vergehen beibehalten.

Gesetzesverordnung stand ein Kapitel mit dem Titel "*Vergehen bezüglich der Polizei der Sitten*" (*Contravenções relativas à polícia de costumes*), wo sich einige Tatbestände zum Thema Glücksspiel befinden, einschließlich das Spiel der Tiere.

Der damalige Justizminister Francisco Campos verteidigte die Ausweitung einer Gefährlichkeitsvermutung auf Vergehen wie Landstreicherei, Betteln und illegales Glücksspiel. Obwohl diese Straftaten als geringfügig die im Vergleich zu schwerer Verbrechen angesehen wurden, sollten diejenigen, die ab dem Inkrafttreten dieses neuen Gesetzes wegen solcher Vergehen verurteilt wurden, in einem Strafvollzugsanstalt eingewiesen werden, um eine Freiheitsstrafe für mindestens ein Jahr zu verbüßen.²¹

Es ist wahrscheinlich, dass das Spiel der Tiere eine andere Richtung hätte nehmen können, wenn es sich zum Genuss der Elite dieser Zeit hätte beschränkt, wie bei Pferderennen der Fall war. Das bedeutet, die Verbindung dieses Spieles mit einem Angriff auf die Moral und die guten Sitten, und seine Gleichstellung manchmal mit dem Straftat Landstreicherei kann als eine Reaktion der Eliten dieser Zeit zur Popularisierung des Glücksspiels gehalten werden.

Ein Beispiel dafür ist, dass nach der damaligen Gesetzgebung nicht alle Formen des Glücksspiels als Straftaten galten, wie z. B. das Glücksspiel in privaten Verbände oder in privaten Vereine. Rezende stellt fest, dass das moralische Argument zur Rechtfertigung des Verbots nicht mit der "privaten Moral", sondern nur mit der "öffentlichen Moral" zusammenhing, da sich das Verbot nicht auf private Räume, sondern nur auf öffentliche Räume erstreckte.²²

Die Gesetzgebung zur Bekämpfung der Spielsucht und anderer Verhaltensweisen, die in den Jahren 1940 als Vergehen angesehen wurden, zielten darauf ab, nur bestimmte Schichten der Gesellschaft zu kontrollieren. Das Spiel der Tiere wurde verboten, erlaubt blieben aber, beispielsweise die Spieltische in privaten Clubs und die Wetten für Pferderennen in den *Indoor-Jockeys Clubs*.

Ein solcher strafrechtliche Eingriff war zwar verwerflich, aber in der damaligen Zeit verständlich. Schließlich ging es um die Unterdrückung weniger schwerer Straftaten im Vergleich zu den späteren Zeiten, die durch zunehmende Gewaltverbrechen und das Aufkommen neuer Formen der Kriminalität gekennzeichnet wären. Damals wurde das Strafrecht noch nicht als "letztes Mittel" angesehen. Vielmehr sollte es den Interessen einer Gesellschaft dienen, die noch nicht mit Verhaltensweisen konfrontiert war, die dem sozialen

²¹ Vgl. Benatte 2002, S. 23.

²² Rezende 1907, S. 573.

Gefüge mehr schadeten und das friedliche Zusammenleben viel stärker beeinträchtigen konnten. Diese Gesellschaft konnte es sich leisten, sich mit Fragen wie der "Familienmoral" oder den "guten Sitten" zu beschäftigen.²³

Wenn es um angebliche Gründe zur Legitimierung des Glücksspielverbots gehen, sind echte Moralisten immer noch in Brasilien zu finden.

Eine solche Argumentation ist jedoch mit der heutigen Vorliebe für rationale Begründungen unvereinbar, obwohl sie immer noch ernst genommen wird. Diese Frage wird am besten behandelt unter behandelt.²⁴

Das Verbot des Spiels der Tiere hatte aber eine andere Wirkung als die von den Strafverfolgungsbehörden jener Zeit erwarteten. Das passierte in der Tat nicht selten, wenn es um Verbote von Verhaltensweisen gingen, die in der Gesellschaft integriert und verinnerlichtet waren. Das gleiche ist in Brasilien den afrikanisch-brasilianischen Religionen widerfahren, ebenso wie der *Capoeira*, einer Art von Tanz die in der Zeit der Sklaverei entstand.

Die Kriminalisierung dieser Verhaltensweisen stieß damals auf großes Interesse, da diese neue Glücksspielsart immer mehr in das soziale Gefüge eindrang, insbesondere in den ärmeren Gesellschaftsschichten, die sich mit der Einfachheit dieser Art von Lotterie und dem Traum von leichter sozialer Mobilität identifizierten.

kapitel 2

Die Wirklichkeit der Strafverfolgung von Glücksspielen in Brasilien

Das Spiel der Tiere ist nur eine von vielen Arten von Glücksspielen, die alle nach brasilianischem Recht verboten sind. Es gibt zwei Gründe, sich in diesem Artikel auf das Spiel der Tiere zu konzentrieren: Zum einen seine historische Bedeutung und seine weite geografische Verbreitung und große gesellschaftliche Akzeptanz. Verurteilungen wegen dieser Art von Straftaten sind sehr selten, seitdem diese Tat kriminalisiert wurde. Zweitens die Tatsache, dass sich aus dem Spiel der Tiere andere, ebenfalls illegale Formen des Glücksspiels entwickelt haben, die parallel von denselben Gruppen veranstaltet werden, die früher nur das Spiel der Tiere betrieben haben.

²³ Das Gesetz der Vergehen (Gesetzesverordnung Nr. 3.688/41, Art. 50, § 3.b) sowie die nachfolgende Gesetzgebung (Gesetzesverordnung Nr. 6.259, vom 10. Februar 1944, Art. 60) sahen die Wetten auf Pferderennen auf Rennstrecken oder anderen zugelassenen Orten als keine Straftaten vor. (Benatte 2002, S. 131).

²⁴ S. Kapitel 4, A.

Mit dem Aufkommen der Spielautomaten wurde das Spiel der Tiere im Sprachgebrauch der Spieler als "schriftliches Glücksspiel" bekannt, um es vom automatischen Glücksspiel zu unterscheiden. Die Gruppen, die die Spielautomaten besaßen, waren im Wesentlichen dieselben Gruppen, die das Spiel der Tiere betrieben (und weiterhin betreiben). Die Aufteilung des neuen Marktes für elektronisches Glücksspiel erfolgte auf dieselbe Weise, wie das Spiel der Tiere bereits aufgeteilt war.

Das Verbot und die strafrechtliche Verfolgung des Spieles der Tiere wurde auf die Spielautomaten ausgedehnt. Infolgedessen erweiterte sich das gesamte Netzwerk der Korruption und Kriminalität, die ursprünglich nur das Spiel der Tiere umgab, auch auf die Spielautomaten.

Bezüglich der Strafverfolgung von Glücksspiel in Brasilien können im Strafgesetzbuch von 1890 drei Aspekte hervorgehoben werden:

1. Die zeitliche Variation des Umfangs und der Intensität der Verfolgung oder Toleranz glücksspielbezogener Aktivitäten in Abhängigkeit von den anwendbaren Regulierungsinstrumenten und (wahrgenommenen) Gesetzeslücken;
2. Der Inhalt der nicht-juristischen Argumente, die je nach Epoche ein mehr oder weniger starkes Maß an Verfolgung oder Toleranz bestimmen;
3. die Selbstregulierung der Aktivität, die von den beteiligten Akteuren selbst gefördert wird.

1. Umfang und geografische Abgrenzung der Forschung

Ziel dieser Untersuchung ist es, wie bereits erwähnt, das Glücksspiel zu analysieren, und die Rechtmäßigkeit seines Verbots in Frage zu stellen, wobei Aspekte wie das Verhältnis von Recht und Moral, die Rechtsgutstheorie, das Schadensprinzip, die Gefühlsschutzlehre, die Lehre von der Sozialschädlichkeit und der Rechtspaternalismus berücksichtigt werden.

Dabei werden die Überlegungen stets unter Berücksichtigung der Situation des Glücksspiels im Allgemeinen, insbesondere aber des Spiels der Tiere angestellt, mit Ausnahme des Ansatzes in Kapitel IV, der insbesondere auf einen Vergleich mit der deutschen Rechtsordnung abzielt.

In diesem Abschnitt werden die verfügbaren Statistiken über Ermittlungen, Fälle, angezeigte Personen, Ermittlungen und Verurteilungen wegen Glücksspiels in Brasilien veröffentlicht. Es wird auch über einige der wichtigsten Ereignisse berichtet, die die Kontroverse (manchmal fast ein Krieg) um die Ausbeutung des Glücksspiels geprägt haben, einschließlich des Todes mehrerer Personen. Die Analyse umfasst auch einige der polizeilichen

und rechtlichen Maßnahmen, die sich am stärksten auf die Unterdrückung dieses Delikts auswirken.

Dazu war es manchmal notwendig, einen geografischen Teil zu haben, der sich mehr auf die Vorgänge und Ereignisse konzentrierte, die sich hauptsächlich im Bundesstaat Rio de Janeiro abspielten, nicht zuletzt, weil das Spiel der Tiere und das gesamte kriminelle Netzwerk, das sich darum dreht, dort ihren Ursprung haben. Das bedeutet jedoch nicht, dass es ausschließlich in diesem Bundesstaat stattfand, denn das Spiel der Tiere verbreitete sich in ganz Brasilien und führte zu Ermittlungen und Untersuchungen in anderen Teilen der Föderation.

Das Spiel der Tiere breitete sich beispielsweise auch im Bundesstaat São Paulo aus. Nicht nur in der Hauptstadt, sondern auch in anderen Städten des Bundesstaates, wie Santos, wie die *Zeitung O Globo*²⁵ berichtet. In São Paulo - und das gilt für das ganze Land - war die Unterdrückung des Glücksspiels durch die Polizei saisonal und lokal begrenzt. Die Richter, die sich für die Durchsetzung des letzten expliziten Verbotsgesetzes aussprachen, forderten die Polizei auf, die Repression zu verstärken, da das Spiel der Tiere offenbar weiterging. In einer dieser Städte im Bundesstaat São Paulo forderte der Richter den Einsatz der Polizei gegen das Spiel der Tiere und bezeichnete es sogar als *nationales Krebs*.

Rio de Janeiro war jedoch der brasilianische Bundesstaat, in dem dieses Vergehen seinen höchsten Organisationsgrad erreichte und in dem die wichtigsten Organisationen konzentriert waren. Einige von ihnen dehnten ihre Vorherrschaft auf andere Bundesstaaten aus, wo sie die Bevölkerung unter ihrem Kommando, ihrer Führung oder zumindest unter ihrem Einfluss hielten. Die symbolträchtigsten Fälle von Repression, Ermittlungen und kriminellen Handlungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Spiel der Tiere wurden auch von der Militärpolizei²⁶, dem Landeskriminalamt und der Justiz des Bundesstaates Rio de Janeiro durchgeführt.

2. Das Problem der statistischen Daten.

Die Beschaffung zuverlässiger statistischer Quellen über die Strafverfolgung des Spiels der Tiere in Brasilien ist mit großen Schwierigkeiten verbunden.

Wenn man nach statistischen Daten sucht, um herauszufinden, wen die Polizei

²⁵ *O Globo* Zeitung vom 29/08/1949.

²⁶ Die Militärpolizei ist die Gendarmerie Brasiliens, ähnlich wie die Carabinieri sind die Gendarmerie Italiens. Die „Polícia Militar“ gehört aber organisatorisch in Brasilien, anders als die Carabinieri, nicht dem Verteidigungsministerium an, sondern ist einer der Sicherheitsapparate der Länder.

tatsächlich unterdrückte, stellt man laut Sepúlveda Santos fest, dass die von Holloway beschriebene Situation zwischen 1810 und 1821 beibehalten wurde. Dem Historiker zufolge konnten 60 % der Straftaten in diesem Zeitraum als Vergehen gegen die öffentliche Ordnung betrachtet werden, wobei 25% mit Bagatelldiebstahl und nur 12% mit körperlicher Aggression oder Verletzung anderer Personen zusammenhängen. Hundert Jahre später stellt sich heraus, dass nur 8,4 % der Verhaftungen wegen Straftaten gegen Personen und Eigentum erfolgten. Die restlichen 91,6 % betrafen Straftäter in anderem Sinne ("Geisteskranke" und "Betrunkene", 50,8 %; "Minderjährige", 29,6 %; "Landstreicher", 8,5 %; und "Bettler", 2,7 %). Selbst wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, genaue statistische Daten zu erhalten, kann man sagen, dass das Strafvollzugssystem weiterhin auf diejenigen Bevölkerungsgruppen ausgerichtet war, denen es an Ressourcen fehlte und die am Rande des Arbeitsmarktes standen.²⁷

Ab den 1990er Jahren setzte auf Seiten der Bundesregierung ein Umdenken ein, da die Forderung der brasilianischen Bevölkerung nach wirksameren Maßnahmen zunahm. Im Jahr 1995 wurde innerhalb des Bundesjustizministeriums eine Behörde (*SEPLANSEG*) geschaffen, die für die Planung nationaler Maßnahmen zur öffentlichen Sicherheit zuständig sein sollte.²⁸

Diese Behörde wurde im September 1997 durch das heutige Sekretariat für öffentliche Sicherheit (*SENASP*)²⁹ ersetzt. Die Schaffung des *SENASP* als Bundesamts für öffentlichen Sicherheit markierte den Beginn einer neuen Etappe in den Bemühungen, nationale Statistiken über die öffentliche Sicherheit zu sammeln und zu systematisieren.

Die ständigen Wechsel im Bundesjustizministerium und in der Verwaltung des *SENASP* zwischen 1997 und 2003 machten es jedoch unmöglich, eine nationale Politik für die Erstellung von Statistiken über die öffentliche Sicherheit festzulegen und zu institutionalisieren. Dieses Szenario führte zur Schaffung einer handwerklichen Struktur für die Sammlung von Informationen über die öffentliche Sicherheit, die durch einen Mangel an Regelmäßigkeit bei der Übermittlung von Informationen an *SENASP*, durch Mehrdeutigkeit beim Inhalt der gemeldeten Statistiken und durch einen Mangel an Beziehungen zwischen *SENASP* und den für die öffentliche Sicherheit zuständigen staatlichen Behörden gekennzeichnet war. Dieser Prozess der Sammlung von Statistiken durch *SENASP*, der 2001 begann, hat zu einer Anhäufung von Informationen geführt, die von den Ländern bereits vor 1999 übermittelt wurden, aber unzuverlässig waren.

²⁷ Vgl. Santos 2017, S. 356 ff.

²⁸ *SEPLANSEG* – Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública, do Ministério da Justiça.

²⁹ *SENASP* – Secretaria Nacional de Segurança Pública (*Nationales Sekretariat für öffentliche Sicherheit*).

Eines der Hauptprobleme bei den von SENASP erhobenen Statistiken war in diesem Zeitraum die fehlende Standardisierung der Systeme zur Klassifizierung der von den Strafverfolgungsbehörden erfassten Vorfälle.

Die Existenz von 27 Bundesländern und somit 27 verschiedenen Systemen zur Klassifizierung von Straftaten macht es sehr schwierig, den Inhalt der statistischen Berichte jedes Landeskriminalamts zu standardisieren. Schließlich besteht jedes System aus zwei unabhängigen Strukturen zur Codierung der polizeilichen Ereignisse, die der Militärpolizei und der Kriminalpolizei entsprechen.

Im Jahr 2003 war die Schaffung eines einheitlichen Systems der öffentlichen Sicherheit (*Sistema Único de Segurança Pública*), dessen Hauptziel darin bestand, das System der öffentlichen Sicherheit in Brasilien zu institutionalisieren, eine der wichtigsten Maßnahmen zur Erstellung von Statistiken über das Strafrechtssystem. Im Jahr 2004 begann die Bundesbehörde für öffentliche Sicherheit (*Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP*) mit der Entwicklung eines nationalen Systems zur Statistik der öffentlichen Sicherheit und der Strafjustiz (*Sistema Nacional de Estatística para Segurança Pública e Justiça Criminal – SINESPJC*). Dieses System wurde 2012 durch das Gesetz 12.681/2012 konsolidiert und in das Nationale Informationssystem für öffentliche Sicherheit, Gefängnisse und Drogen (*Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas – SINESP*) übernommen.

Dieses System, das von der Militär- und Kriminalpolizei der Länder gespeist wurde, hatte das spezifische Ziel, Daten und Informationen in Bezug auf die öffentliche Sicherheit und das Strafvollzugssystem zu versammeln, zu verarbeiten und zu integrieren.³⁰

Die Vereinheitlichung der Daten durch das neue System stieß jedoch auf die gleichen Schwierigkeiten wie immer, da die Daten von zwei Arten von Polizeibehörden (Militär- und Kriminalpolizei) aus den 27 Ländern stammen. Dies führt zu Problemen in den Statistiken für jede Straftat, nicht nur in Bezug auf die Anzahl der Straftaten, sondern auch in Bezug auf die Anzahl der Opfer und der Straftäter. Denn wenn eine Straftat begangen wird, nimmt zunächst die Militärpolizei diese Straftat auf und stuft sie auf eine bestimmte Weise ein. Die Kriminalpolizei, die für die Untersuchung der Straftat zuständig ist, kann diese Klassifizierung dann ändern. Darüber hinaus erfasst eine Polizeibehörde für ein und dasselbe Ereignis die Straftat als einmalig, während eine andere die Anzahl der Straftaten entsprechend der Anzahl der Opfer erfasst.

³⁰ Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2012, S. 98 ff.

Aus diesen Gründen wurde es deutlich, in den Abschlussberichten, die im Rahmen des ab 2004 eingeführten Systems erstellt wurden, dass die Länder nicht in der Lage waren, zuverlässige Daten zu liefern, und zwar deshalb: (1) Nicht alle Länder hatten bei der Registrierung von Straftaten die Kriterien des Systems der Bundesbehörde (SINESPJC) verwendet; (2) von den Ländern, die das neue System anwandten, verwandten einige die Kriterien der Militärpolizei, andere die Kriterien der Kriminalpolizei; (3) selbst bei den Ländern, die nur die Kriterien der Kriminalpolizei anwandten, gab es keine Definition der Analyseeinheit (für einige Länder war es das Opfer, für andere, das Ereignis) und der Art der ausgefüllten Informationen (einige Länder füllten alle Felder aus und gaben die Opfer an, andere gaben nur Informationen über die Gesamtzahl der Straftaten an).³¹

Das Gesetz von 2012 wurde durch das Gesetz Nr. 13.675 vom 11. Juni 2018³² aufgehoben, mit dem ein System mit demselben Namen - SINESP - eingeführt wurde, das jedoch noch umfassender war und das mit dem Gesetz von 2012 eingeführte System mit demselben Namen ersetzte. Die Bereitstellung genauer statistischer Daten über Ermittlungen,

³¹ Ribeiro 2012, S.99.

³² Gesetz Nr. 13.675: "Art. 35: Es wird das Nationale Informationssystem für öffentliche Sicherheit, Strafvollzug, Rückverfolgbarkeit von Waffen und Munition, genetisches Material, digitales Material und Drogen (Sinesp) eingerichtet, mit dem Ziel, Daten und Informationen zu speichern, zu verarbeiten und zu integrieren, um die Formulierung, Umsetzung, Ausführung, Überwachung und Bewertung von Maßnahmen im Zusammenhang mit zu unterstützen:

- I - Öffentliche Sicherheit und soziale Verteidigung;
- II - Strafvollzug und Strafvollzugssystem;
- III - Rückverfolgbarkeit von Waffen und Munition;
- IV - eine Datenbank mit genetischen und digitalen Profilen;
- V - Bekämpfung des illegalen Drogenhandels.

(Übersetzung des Verfassers)

„Art. 35. É instituído o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas (Sinesp), com a finalidade de armazenar, tratar e integrar dados e informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação das políticas relacionadas com:

- I - segurança pública e defesa social;*
- II - sistema prisional e execução penal;*
- III - rastreabilidade de armas e munições;*
- IV - banco de dados de perfil genético e digitais;*
- V - enfrentamento do tráfico de drogas ilícitas.”*

"Art. 36: Sinesp hat Ziele:

- I - Sammlung, Analyse, Aktualisierung, Systematisierung, Integration und Interpretation von Daten und Informationen im Bereich der öffentlichen Sicherheit und der sozialen Verteidigung;
- II - Bereitstellung von Studien, Statistiken, Indikatoren und anderen Informationen, die bei der Formulierung, Umsetzung, Durchführung, Überwachung und Bewertung der öffentlichen Politik helfen;"

(Übersetzung des Verfassers)

“Art. 36. O Sinesp tem por objetivos:

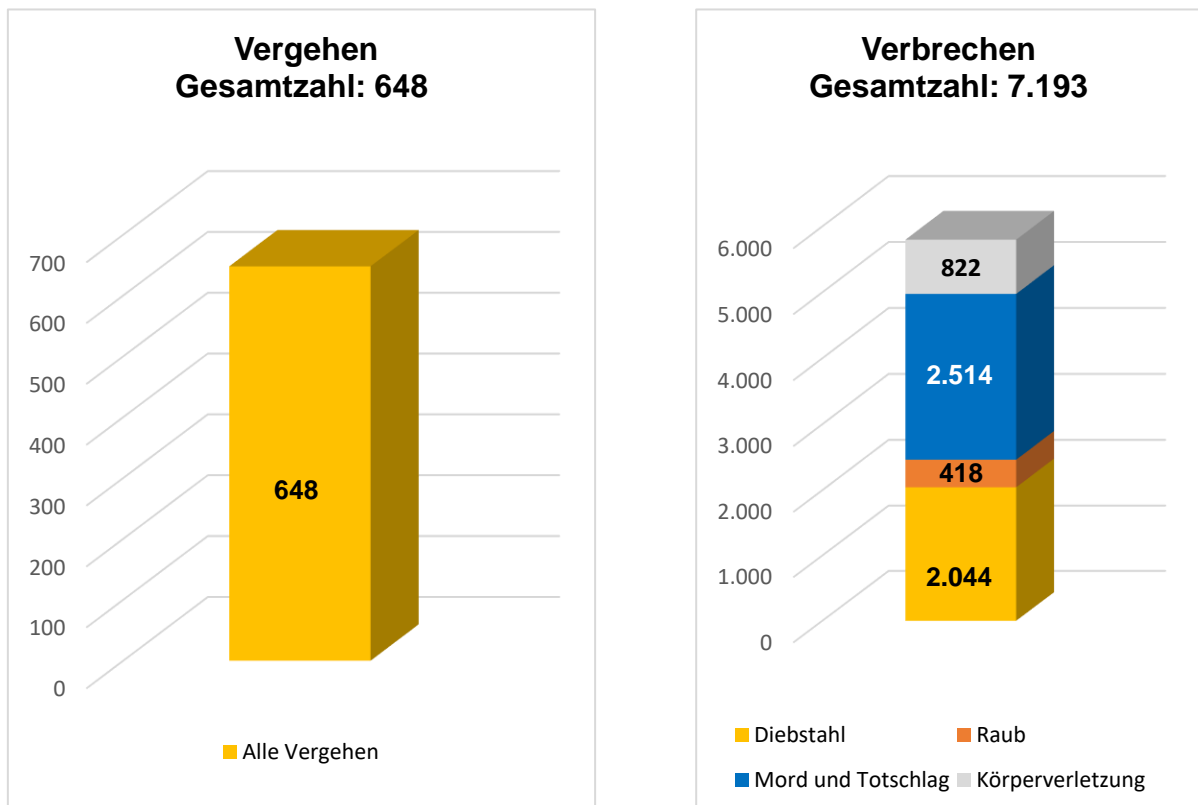
- I - proceder à coleta, análise, atualização, sistematização, integração e interpretação de dados e informações relativos às políticas de segurança pública e defesa social;*
- II - disponibilizar estudos, estatísticas, indicadores e outras informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas;”*

Festnahmen und Strafverfolgungen im Zusammenhang mit Glücksspieldelikten in ganz Brasilien hat sich daher nicht nur als schwierig, sondern als unmöglich erwiesen.

Die hier aufgezeigten Probleme betreffen die amtlichen Statistiken über Straftaten im Allgemeinen, einschließlich der schwersten Straftaten. Das gilt erst recht für das Glücksspiel, das manchmal gar nicht in der Statistik auftaucht, nicht zuletzt, weil es kein Verbrechen, sondern ein Vergehen ist. Alle verfügbaren Daten, vereinheitlicht nach staatlicher Behörde³³, sind in den nachstehenden Diagrammen dargestellt.

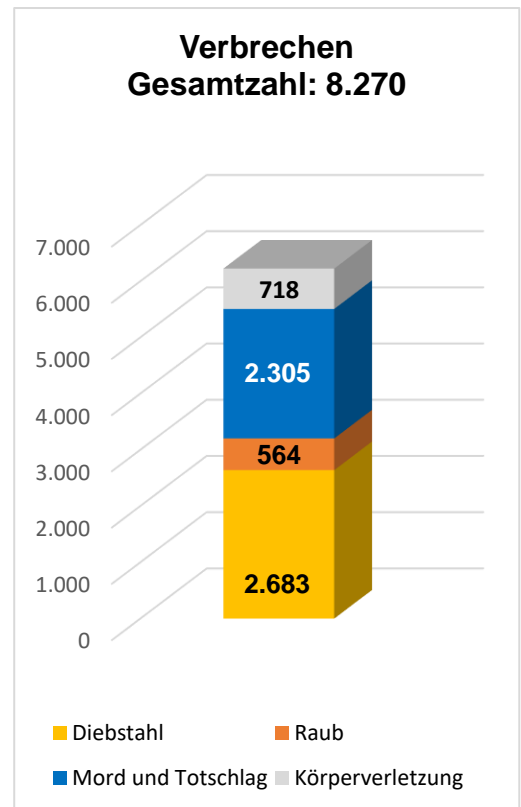
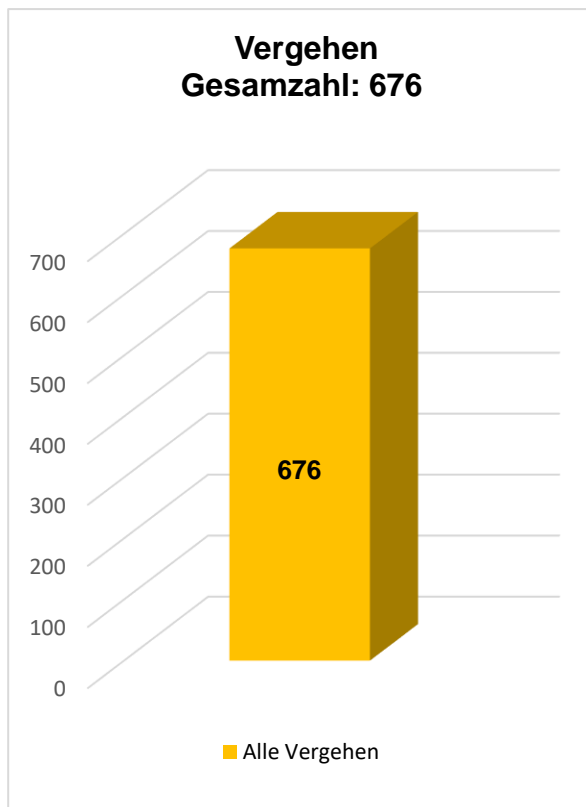
2.1 Darstellung der Daten

Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1948

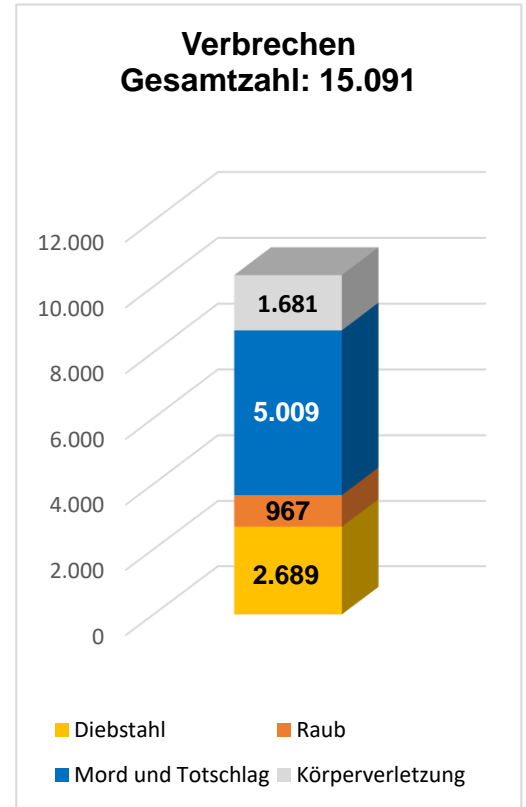
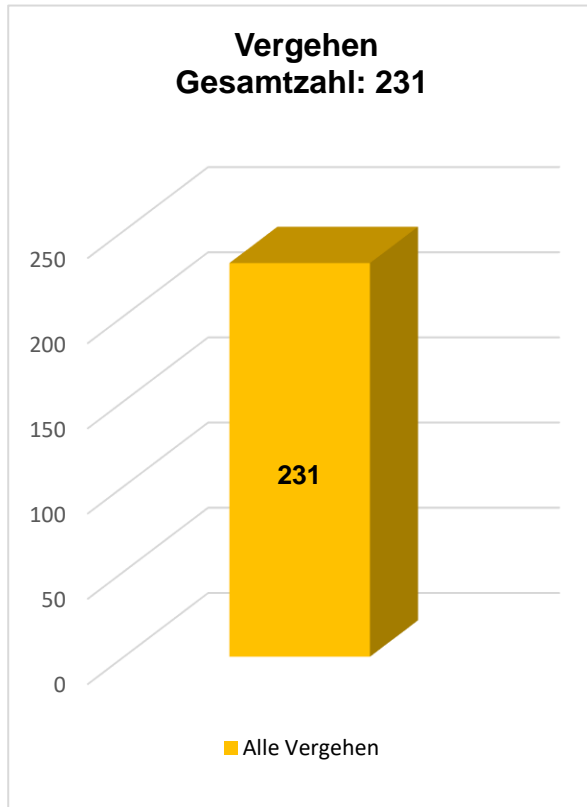


³³ Brasilianisches Statistisches Bundesamt (IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – Anuários Estatísticos). Was die Vergehen betrifft sind die dargestellten Daten, die einzigen verfügbar, im Sinne jährlicher Bundestatistik.

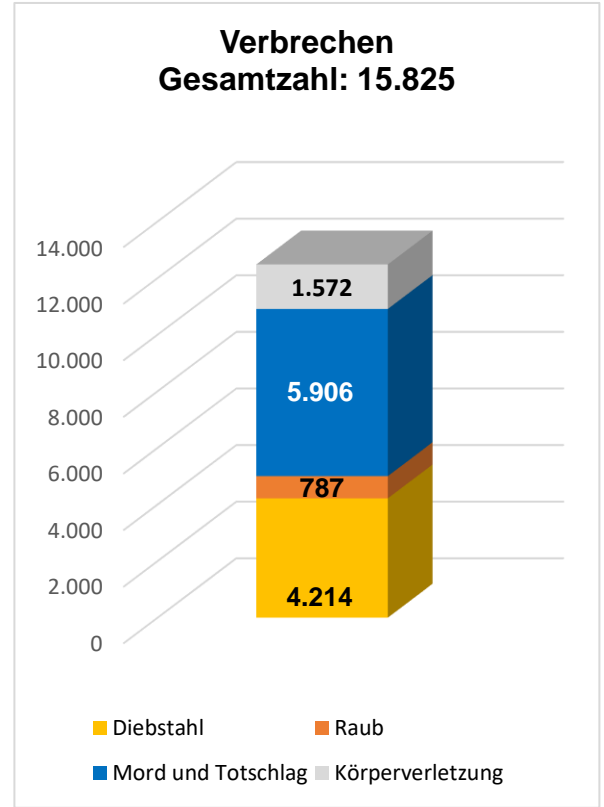
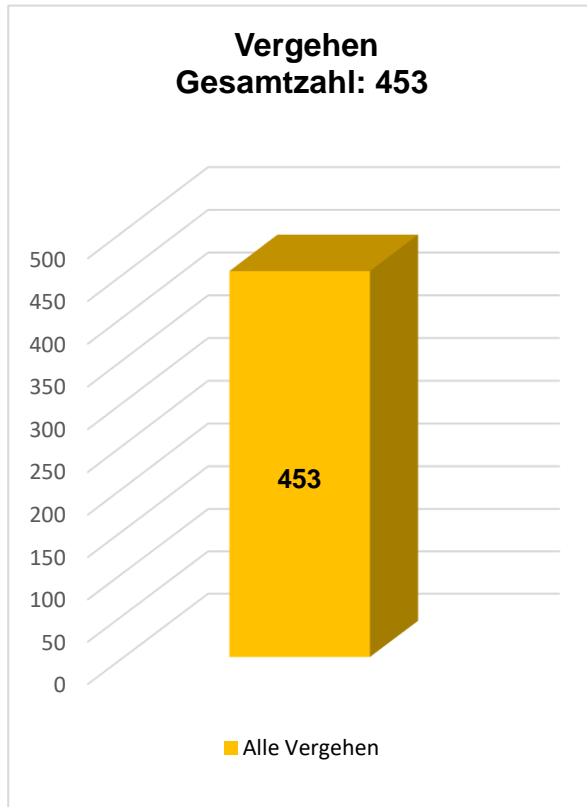
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1950



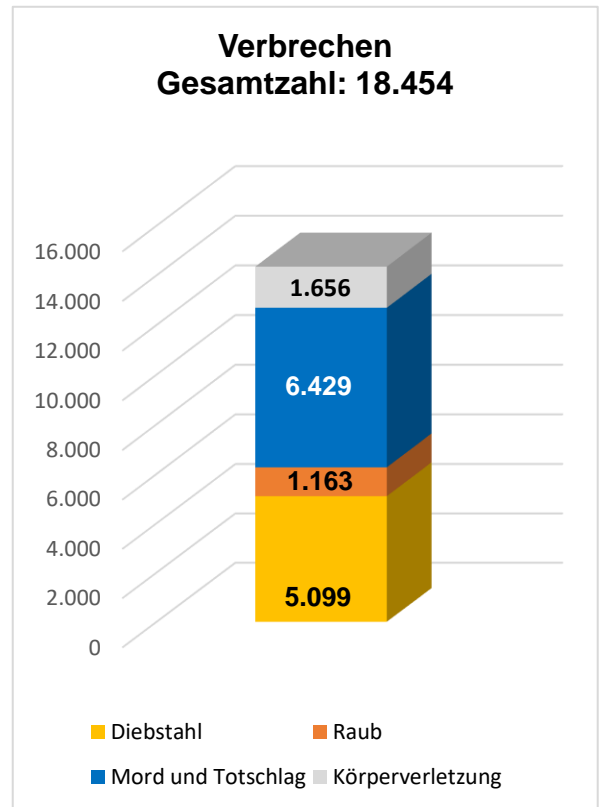
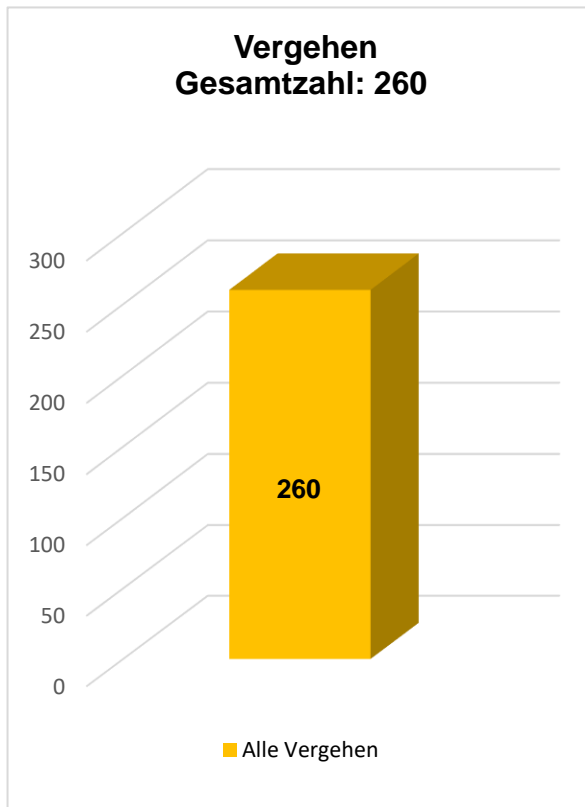
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1954



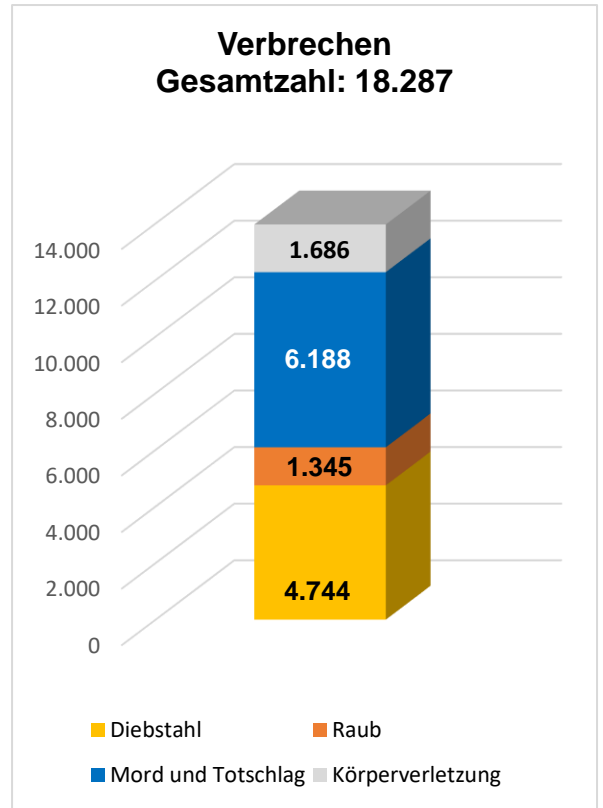
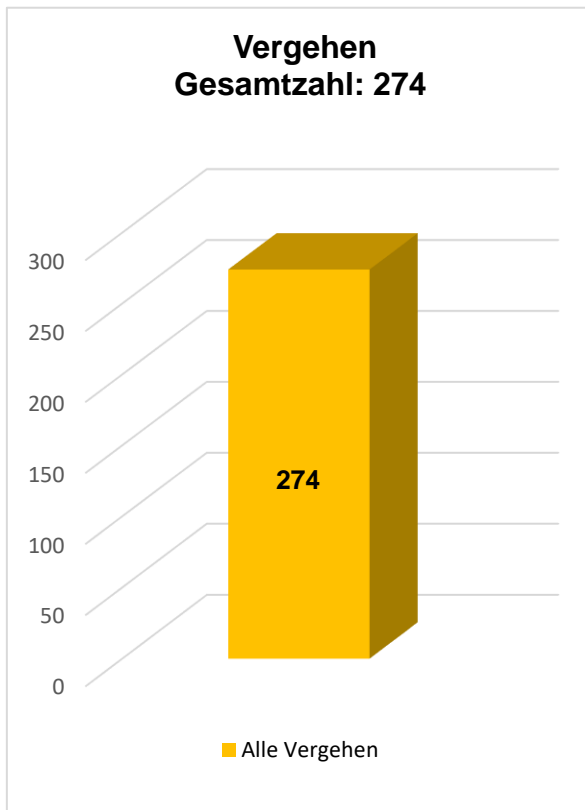
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1955



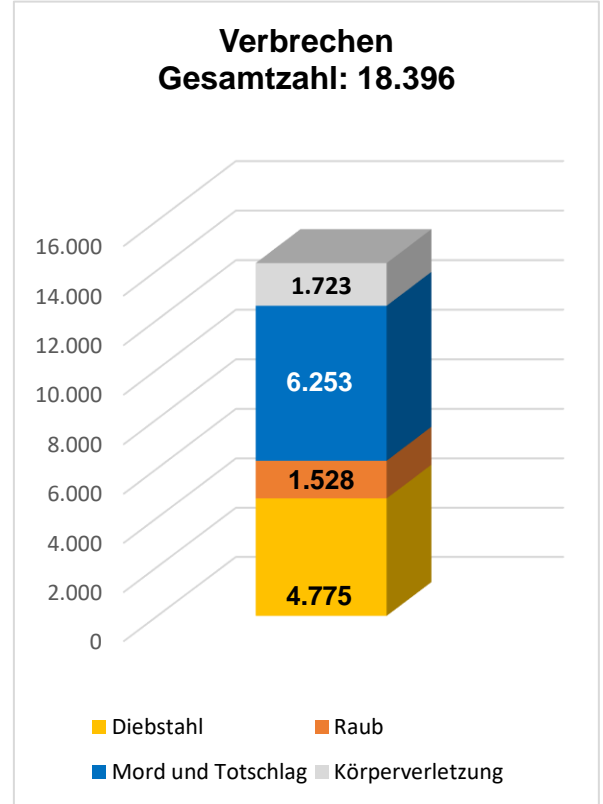
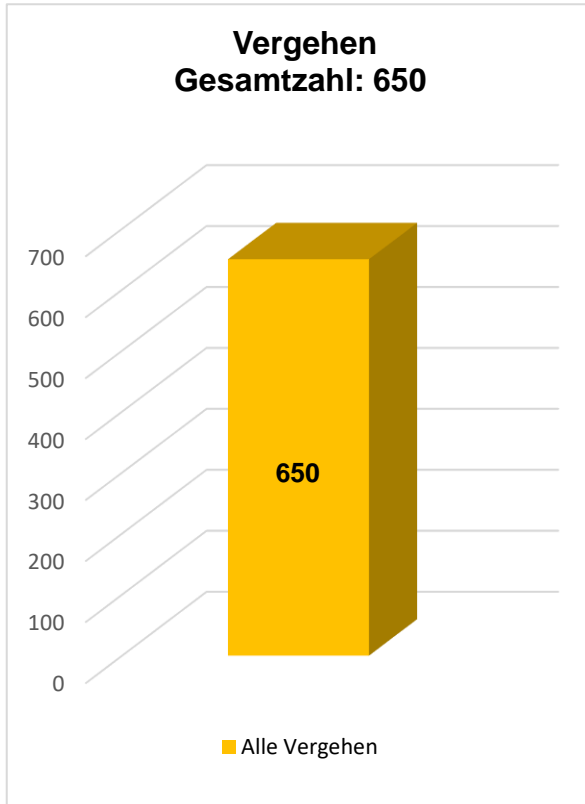
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1956



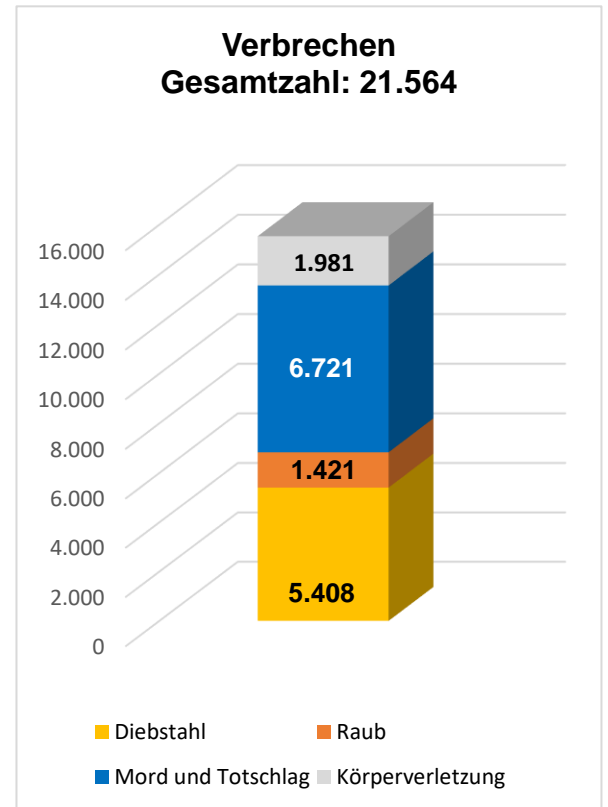
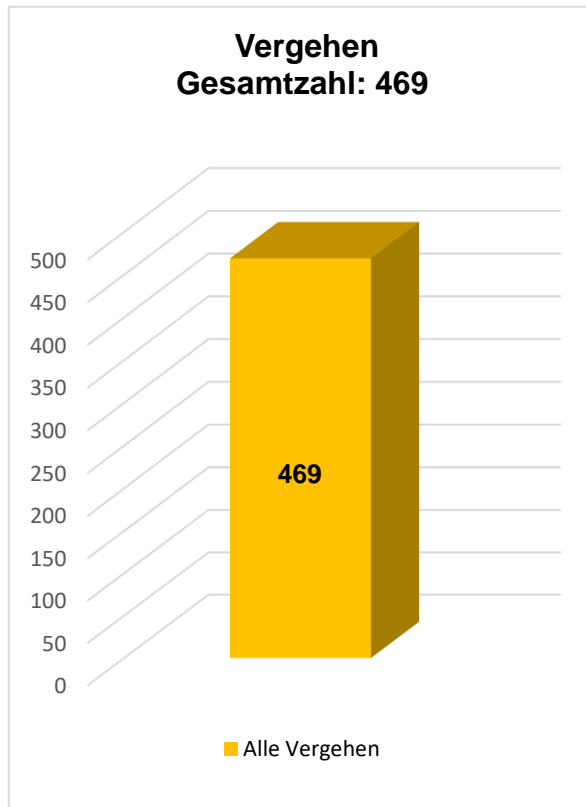
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1957



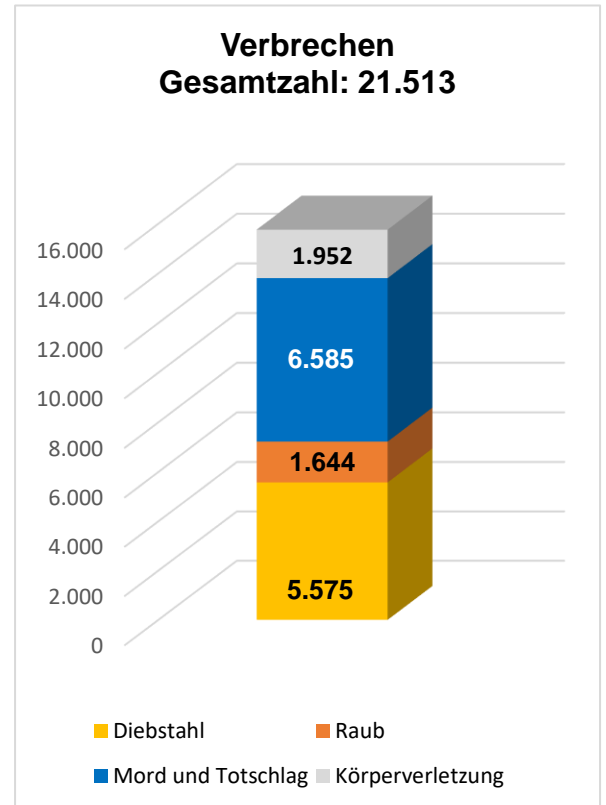
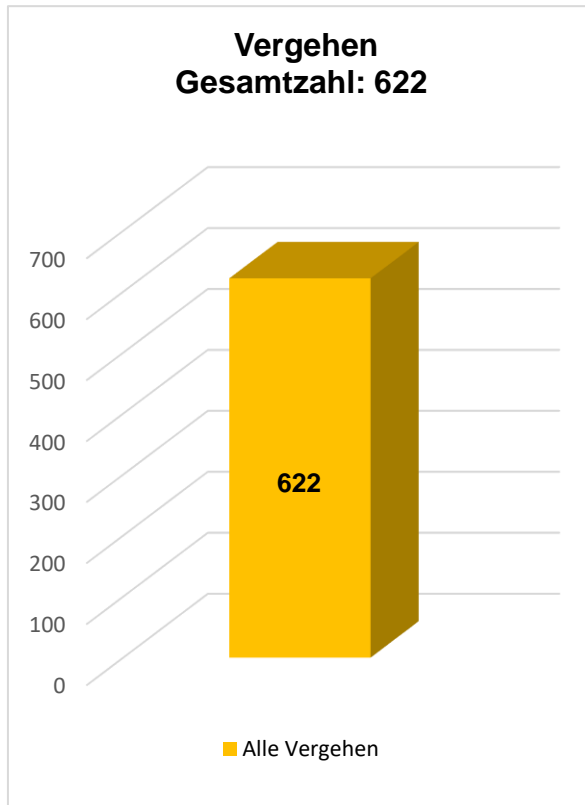
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1958



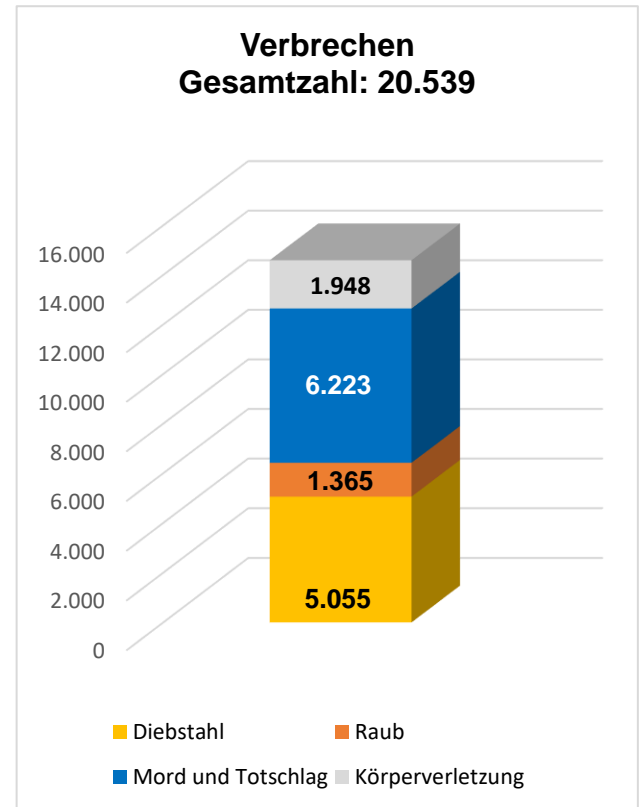
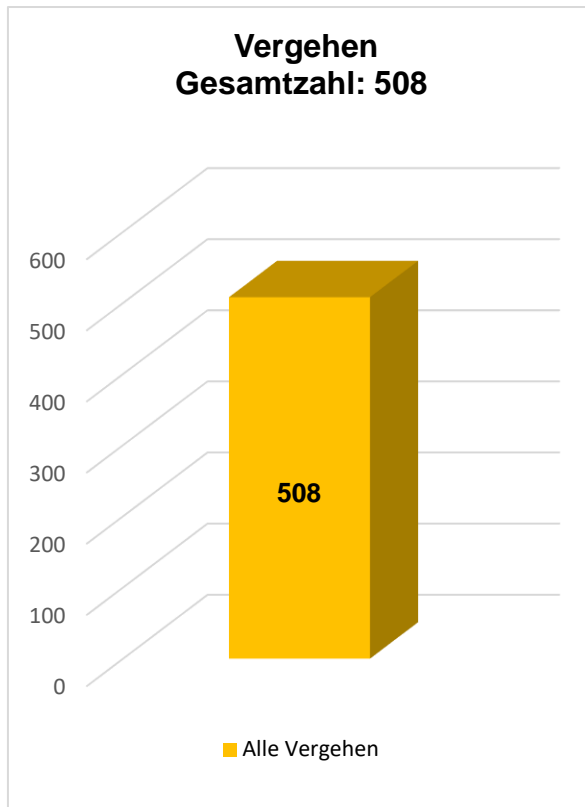
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1959



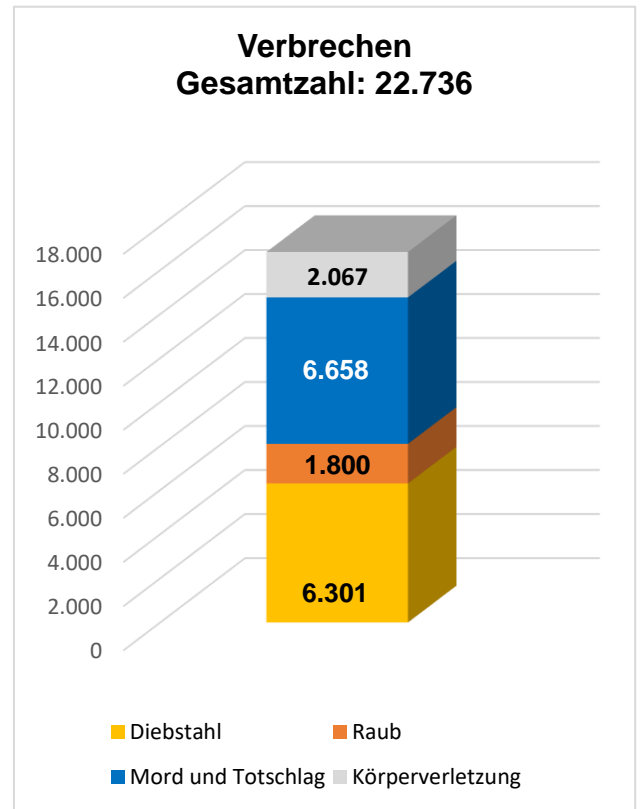
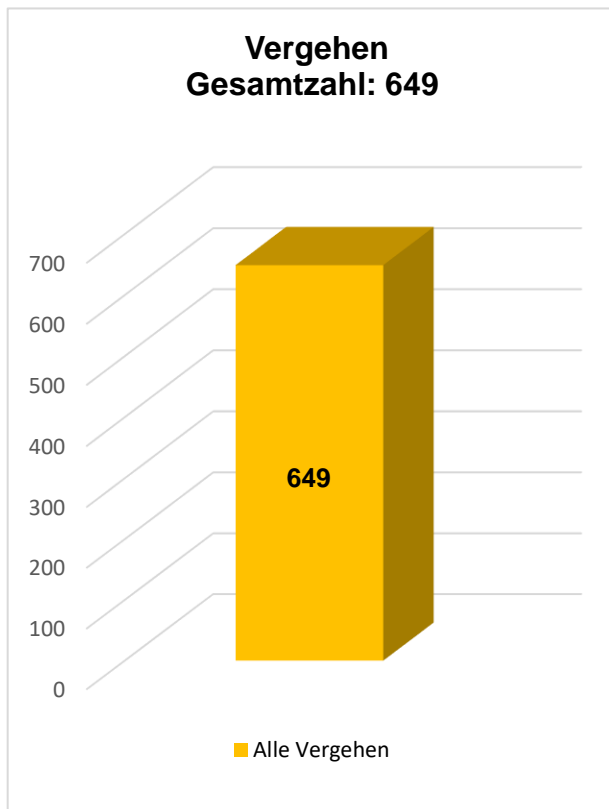
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1960



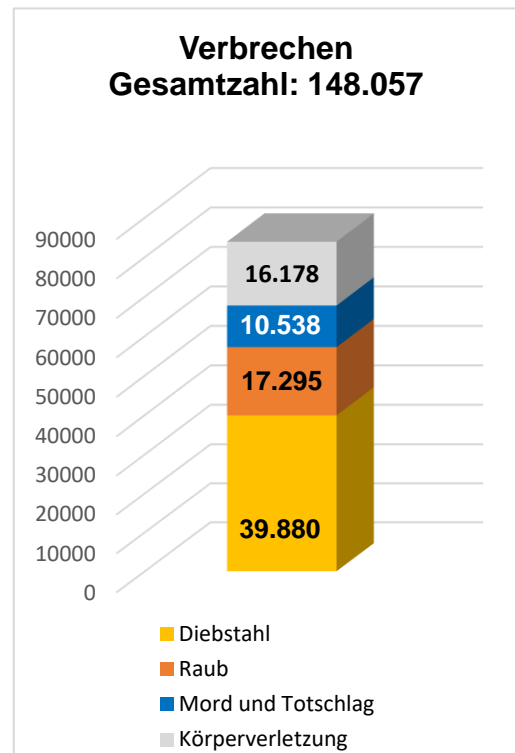
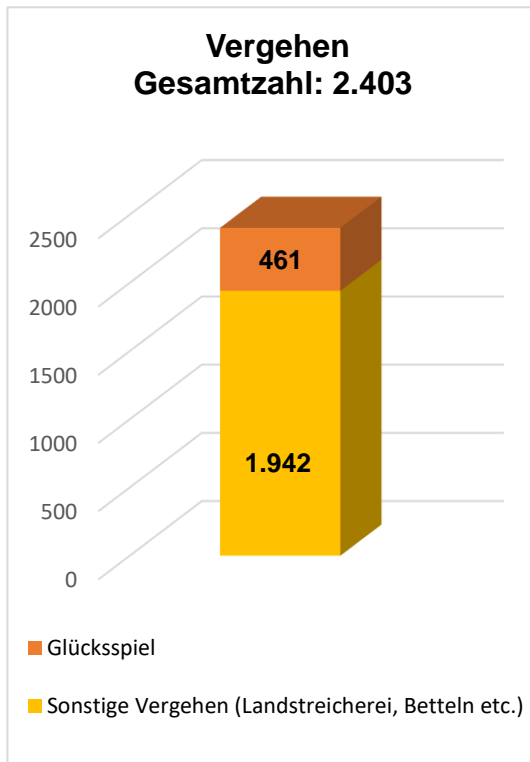
Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1961



Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1964



Anzahl der Gefangenen (einschließlich Untersuchungshäftlinge) nach Straftaten.
Jahr: 1989



3. Das Spiel der Tiere in Zeiten der Diktatur

3.1 Erster Zeitraum: Von 1937 bis 1945

Wie bereits erwähnt,³⁴ ist Glücksspiel im Allgemeinen seit dem Strafgesetzbuch von 1890 unter Strafe gestellt. Die Kriminalisierung des Spiels der Tiere mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass es sich auch um eine Form des Glücksspiels handelt, erfolgte jedoch erst mit einem Gesetz aus dem Jahr 1941. Zu dieser Zeit herrschte in Brasilien das erste diktatorische Regime.

Für eine Analyse des Zusammenhangs zwischen autoritären Regierungen und der Spitze der Glücksspiel-Betreiber nehmen wir die Ereignisse seit Anfang der 1940er Jahre als Grundlage, als das Gesetz zur Bekämpfung der Spielsucht und anderen Verhaltensweisen³⁵ in Kraft trat und das Spiel der Tiere eindeutig als Straftat angesehen wurden.

Eines der gemeinsamen Merkmale autoritärer Regierungen war die Unterdrückung aller Aktivitäten, die als systemwidrig angesehen wurden. In diesem Sinne wurde die Verfolgung von Spiel der Tiere als Teil der allgemeinen Kriminalität zumindest offiziell als eines der Banner des neuen Regimes etabliert, als eine der Manifestationen der Macht des Staates, Recht und Ordnung zu garantieren.

In der Praxis hat dies jedoch nur schlecht funktioniert:

1 - Die Verfolgung erfolgte sporadisch, durch gelegentliche Einsätze, die fast immer wirkungslos blieben.

2 - Es gab Zeiten, in denen das illegale Glücksspiel toleriert wurde, weil die staatlichen Behörden nicht in der Lage waren zu handeln. Darüber hinaus gab es Zeiten, in denen die Beziehungen zwischen den Bankhaltern (*Bicheiros*)³⁶ und Sektoren diktatorischer Regierungen durch Komplizenschaft und den Austausch von Gefälligkeiten gekennzeichnet waren. Diese letzte Aussage stammt aus dem Werk *Os Porões da Ditadura* ("Die Keller des Vergehens")³⁷, einer Untersuchung, die von zwei Journalisten durchgeführt werden konnte, da die Presse zu dieser Zeit in ihren Recherchen durch das Regime stark eingeschränkt war.

Unter der Ägide des bereits erwähnten *Estado Novo* (Neues Staat), eines diktatorischen Regimes, das von 1937 bis 1945 an der Macht war, wurde das Spiel der Tiere stark unterdrückt, insbesondere ab Juli 1942, als der Kampf gegen alle Formen des Glücksspiels und der

³⁴ Siehe oben A, 2.

³⁵ Gesetzesdekret Nr. 3.688 vom 3. Oktober 1941.

³⁶ Das Wort "*Bicheiro*" stammt von dem Wort "bicho" ab. Der Begriff "*bicheiro*" bezieht sich auf diejenigen, die das Spiel der Tiere als *Bankiers* betreiben.

³⁷ "*Die Keller der Verstöße*". Keller, hier, im Sinne eines Verstecks.

Prostitution intensiviert wurde.³⁸ In dieser Zeit wurden das so genannte "*Gesetz der Vergehen*" und das Strafgesetzbuch erlassen. Santos³⁹ zufolge waren diese Vorschriften, die beide aus dem Jahr 1941 stammten, stark von den Ideen Lombrosos beeinflusst.

In der Ära des "neuen Staates" erlegte zwar die juristische Elite noch stärkere Repression den Straftätern auf, die nur Vergehen begingen, deren Strafe auf bis zu fünf Jahre Gefängnis angestiegen wurde, doch hat sie Vergünstigungen wie *sursis* und bedingte Entlassung für schwerere Straftaten beibehalten und sogar ausgeweitet, wobei eine der subjektiven Voraussetzungen dafür das Verhalten und die Reputation des Straftäters waren.

So betont Santos, "identifizierte die republikanische Polizei Missetäter und Kriminelle anhand ihrer anatomischen Merkmale"⁴⁰. Postulate über die unterschiedliche Natur des Menschen legitimierten eine Reihe von Stereotypen und Praktiken, sowohl auf der Straße als auch im Gefängnis. Bei der Inhaftierung von Straftätern die ein Vergehen (einschließlich das illegale Glücksspiel) begingen, war es seit der Kaiserzeit die Polizei, die die begangenen Taten klassifizierte und entschied die passende Vollzugsanstalt für die Bettler, die Landstreicher", die "Betrunkenen", die "Prostituierten" und die "*Capoeiras*". Die Kriminalpolizei handele bei der Identifizierung und Trennung der Gefangenen wie ein kriminalanthropologisches Labor mit dem Ziel, unerwünschte und gefährliche Personen zu isolieren und zu klassifizieren und das kollektive Leben zu schützen.

Am 12. November 1940 berichtete die Zeitung O Globo über die Verhaftung der damals wichtigsten Bankhalter des Spiels der Tiere, von denen neun die Straftat gestanden, darunter ein *Bicheiro*, dessen Betrieb bis zu 26 Angestellte hatte. Die Polizei stellte damals fest, dass das illegale Spiel einen monatlichen Umsatz von bis zu 40.000 *Contos de Réis*⁴¹ und einen täglichen Gewinn von bis zu 300,00 *Contos de Réis* betrug.

Es gab zwar mehrere Polizeieinsätze, die seit Anfang der 1940er Jahre mehr oder weniger häufig stattfanden, die aber nicht effizient waren. Und dieses Muster der Repression - unregelmäßig und ineffizient - gab es nicht nur während des diktatorischen Regimes, sondern auch während der demokratischen Regierungen (von 1946 bis 1964 und ab 1985), wie wir weiter unten (3.3) sehen werden.

³⁸ Zu dieser Zeit übernahm Oberstleutnant Alcides Etchegoyen das Kommando über die Polizei im damaligen Bundesdistrikt (Rio de Janeiro).

³⁹ Santos 2017, S. 356 ff.

⁴⁰ Santos 2017, S. 356 ff.

⁴¹ 1 Conto de Réis = 1.000,00 Mil-Réis.)

3.2 Die Militärdiktatur von 1964 bis 1985

Auf dem Höhepunkt des Militärregimes wurde am 13. Dezember 1968 die Regierungsakt Nr. 5 (*Ato Institucional n° 5*) erlassen⁴². Von diesem Erlass an begann eine neue Phase starker Repressionen seitens der Militärdiktatur, zu der auch die Verhaftung mehrerer *Bicheiros* gehörte. Unter ihnen befand sich Herr A., damals erst 42 Jahre alt, der noch neu im illegalen Glücksspiel war und in die Fußstapfen seiner Großmutter mütterlicherseits getreten war. Herr A. sollte zwischen den 1980er und den frühen 1990er Jahren zum wichtigsten Name des illegalen Glücksspiels des Landes werden.⁴³

Anlässlich seiner Verhaftung, die am 16. Dezember 1968 erfolgte, wurden Herr A. und andere damals große Namen des Spiels der Tiere auf die *Ilha Grande* (grosse Insel) gebracht, heute ein Touristenort an der Südküste von Rio de Janeiro, in dem sich damals ein Gefängnis befand, das *Presídio Cândido Mendes*⁴⁴.

Die Ausgabe der Zeitung *O Globo* vom 19. März 1975 titelte auf der Titelseite "*Die Polizei wird das Spiel der Tiere abschaffen*". Der Artikel schildert einen weiteren emblematischen Fall von saisonaler Repression, der durch einen erneuten Wechsel in der Polizeiführung mit der Absetzung von Polizeikommissaren bestimmt wurde, die dem Glücksspiel gegenüber toleranter waren. Eine Tatsache in dieser Operation zeigt den Grad der Toleranz gegenüber dem Glücksspiel in den meisten Fällen: das Vorhandensein einer Polizeiverordnung, die die Unterbrechung von Glücksspielen im ganzen Staat vorsieht. Auch wenn die Tätigkeit bereits eine Straftat war. Dies wäre vergleichbar mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung durch die Polizei, die den Verkauf illegaler Drogen verbietet.⁴⁵

Der Bericht in der Tagesausgabe derselben Zeitung am nächsten Tag verstärkt die Schlussfolgerung, dass es sich um einen symbolischen Fall von selektiver Verfolgung handelte, die nicht von Dauer war und eher symbolisch als effektiv. Wie bei anderen Polizeieinsätzen, die mit demselben Ziel durchgeführt wurden, stellte sich heraus, dass das Spiel in den Vierteln, in denen die Polizei am aktivsten war, konzentriert und noch verdeckter war.⁴⁶

⁴² Zwischen 1964 und 1969 wurden 17 Gesetzesänderungen erlassen, die als *Institutionelle* Gesetze (*Atos do Governo*) bekannt sind. Dies war die wichtigste Form der Gesetzgebung, die von den autoritären Regierungen jener Zeit angewandt wurde. Das Regierungsgesetz Nr. 5, das unter der Präsidentschaft von General Costa e Silva veröffentlicht wurde, gilt als das strengste von allen, was die Einschränkung der individuellen Freiheiten betrifft.

⁴³ Jupiara/Otavio 2015, S. 74.

⁴⁴ Prozess Nr. 28.104 des 14. Strafgerichts des Bezirks Rio de Janeiro. In einer Zeugenaussage vom 25. November 1988 (Ermittlungen 12/86 und 03/86) gab Castor selbst zu, dass er vor etwa 20 Jahren an dem Verbrechen des "jogo do bicho" beteiligt gewesen war. Er wurde jedoch gemäß dem *Regierungsgesetz* Nr. 5 von 1968 verfolgt und für 4 Monate inhaftiert (S. 829 ff. des Urteils).

⁴⁵ *O Globo* Zeitung vom 19/03/75, S. 11.

⁴⁶ *O Globo* Zeitung vom 20/03/75, S. 13.

Am 30. April 1975 trafen sich die sieben Männer, die das Spiel der Tiere in der ganzen Stadt Rio de Janeiro kontrollierten, und beschlossen, das Spiel zu beenden. Dieser Beschluss war lediglich eine Form des "Protests" der *Bicheiros* gegen die Polizeieinsätze, die das Glücksspiel unterdrückten und sie wie Kriminelle behandelten. Die *Bicheiros* wollten mit der Drohung, ihre Aktivitäten lahm zu legen, die Aufmerksamkeit aller, einschließlich der Polizei, auf die Folgen lenken, die die Aussetzung des Spiels der Tiere für die Wirtschaft der Stadt haben würde, und so Druck auf die Polizei ausüben, damit sie ihre Einsätze einstellt.

Zu dieser Zeit hatte der Spiel der Tiere 2.893 Spielpunkte⁴⁷, die über ganz Rio de Janeiro verteilt waren⁴⁸, mit einem täglichen Umsatz von CR\$ 20.000.000.000,00 (zwanzig Millionen Cruzeiros). Man schätzt, dass diese Handelsaktivität damals etwa 25.000 Beschäftigte hatte, die direkt oder indirekt für den Lebensunterhalt von etwa 500.000 Menschen verantwortlich waren. Eine andere Quelle geht von 150.000 Menschen aus, einschließlich der Beschäftigten und ihrer Familien.⁴⁹

Ab 1976, unter der Präsidentschaft von Herrn Geisel, entzog der damalige Justizminister der Bundesregierung die Zuständigkeit für die Bekämpfung des Spiel der Tiere und beschloss, dass dies der Landespolizei überlassen werden sollte⁵⁰. Diese Entscheidung führte faktisch zu einer Lockerung der polizeilichen Strafverfolgung.

Nach der Entscheidung, dass es sich um Sache der Landespolizei handelte, begann die Unterdrückung des Glücksspiels vereinzelt und selten zu erfolgen. So wurde beispielsweise Herr D., einer der mächtigsten *Bicheiros jener* Zeit, verhaftet und beschuldigt, an der Ermordung eines anderen *Bicheiro*, Herrn P., in den Tagen vor dem Karneval 1977 beteiligt gewesen zu sein.

Andererseits wird seit 1978 über die Toleranz der Bevölkerung gegenüber Tierspielen berichtet. Ein Polizeibeamter sagte damals: "Das Spiel der Tiere ist für einige Teile der Bevölkerung ein schönes Vergehen"⁵¹.

Über eine weitere Reaktion der *Bicheiros* auf die Unterdrückung des Glücksspiels wurde in der Zeitung *O Globo* am 30. Oktober 1981 berichtet. Zu dieser Zeit planten die *Bicheiros* einen Streik, um gegen die Polizeiaktion zu protestieren, aber sie gaben den Streik

⁴⁷ Spielpunkte sind kleine Kioske oder einfach ein Tisch an der Straße. An jeder dieser Glücksspielstellen befindet sich mindestens eine Person (die so genannte „Apontador“), die die W der Spieler entgegennimmt.

⁴⁸ *O Globo* Zeitung vom 30/04/1975, S. 10. Es ist unklar, ob sich diese Daten auf die Stadt oder den gleichnamigen Bundesstaat Rio de Janeiro beziehen. Die Verwendung des Begriffs "Rio" macht es wahrscheinlicher, dass sie sich auf die Stadt beziehen.

⁴⁹ *Opinião* Zeitung vom 21/02/1975, S. 7.

⁵⁰ Vgl. Jupiará/Otavio 2015, S. 90.

⁵¹ *O Globo* Zeitung vom 16/04/1978.

Berichten zufolge wegen der sozialen Probleme auf, die er für Familien verursachen würde, deren Lebensunterhalt von dieser Aktivität abhängt. Schließlich, so die *Bicheiros*, würde der Streik die Arbeitslosigkeit von 1.500.000 Menschen zur Folge haben. Neben der Aussetzung ihrer Aktivitäten drohten die Glücksspiel-Betreiber auch damit, die Finanzierung der Sambaschulen des Karnevals in Rio de Janeiro einzustellen.

Herr T., ein Anwalt der Herr T., ein für Glücksspiele zuständiger Anwalt, sagte: " Die Verfolgung des Glücksspiels hat eine ungewöhnliche Situation geschaffen, die katastrophale Folgen haben könnte, wie z.B. die Arbeitslosigkeit von Menschen, die für das Glücksspiel arbeiten und nicht in der Lage sind, andere Berufe auszuüben“. Er zieht auch Parallelen zur Prostitution, deren plötzliche Unterdrückung nicht zu ihrem Ende führte, sondern die Menschen lediglich dazu veranlasste, ihr Gebiet zu wechseln. Seiner Meinung nach könnte das Gleiche mit der Unterdrückung des Glücksspiels passieren.

Gleichzeitig sagte der zuständig für das Landeskriminalamt-Rio de Janeiro, der für die Legalisierung des Glücksspiels war, und die Unterbrechung der Glücksspielaktivitäten befürwortete, dass die Befürwortung einer Beendigung der Tätigkeit ein Beweis für mangelnden Patriotismus sei, und dass er für eine Regulierung der Aktivitäten beten würde, da es nicht möglich sei, sie abzuschaffen.

Im Jahr 1981 berichtete die Zeitung *O Globo* über einen Streit um Glücksspielstellen in der Stadt Niterói: Herr C. M., Sohn von *Bicheiro* R.C., und Herr C. versuchten, die Glücksspielstellen von Herrn B. C. und Herrn E. zu übernehmen. Das Ergebnis war die Entführung und das Verschwinden von Herrn B. C. am 1. September 1981. Die Zeitung berichtete auch, dass es mehrere Todesfälle gab, während Herr C. M. und Herr C. versuchten, in das Gebiet von Herrn E. in Niterói⁵² einzudringen, bis Herr C. M. im Mai 1981 ermordet wurde.⁵³

3.2.1. Beteiligung von Militärangehörigen an illegalen Glücksspielen

Die zweite Periode der Diktatur war durch starke Repressionen gegen linke Organisationen gekennzeichnet. In dieser Zeit, insbesondere zwischen 1968 und 1974, gab es die meisten Todesfälle und das Verschwindenlassen von Personen, die dem Regime zugeschrieben werden. Verfolgungen, Verhaftungen, Folterungen und Morde waren Verbrechen, die in verschiedenen brasilianischen Städten stattfanden und von Agenten der Militärregierung ausgeführt wurden. Bei diesen Agenten handelte es sich um Kriminalkommissariaten, Angehörige der

⁵² Stadt in der Nähe der Hauptstadt Rio de Janeiro

⁵³ *O Globo* Zeitung vom 17/08/1991.

Militärpolizei und Offiziere der Armee, die speziell dafür eingesetzt wurden, als "subversiv" geltende Personen zu verhaften, zu foltern und zu töten.

Die gewaltsamen Aktionen der Regimevertreter fanden im ganzen Land statt. In dieser Untersuchung werden jedoch einige der Ereignisse und ihre jeweiligen Akteure hervorgehoben, die nur im Bundesstaat Rio de Janeiro stattfanden, wo wichtige Strafverfolgungseinrichtungen beherbergte und sich dort auch die mächtigsten Mitglieder der mit der Betrieb des Spiels der Tiere verbundenen Führung konzentrierten.

Es stimmt, dass das wichtigste Ziel der staatlichen Spionagebehörden nicht die gewöhnliche Kriminalität, wie das Glücksspiel, sondern die politischen Aktivitäten der Regimegegner war. Doch gerade zu Beginn der Periode der größten Repression, die 1968 begann, wurden die polizeilichen Maßnahmen gegen die allgemeine Kriminalität, einschließlich des Glücksspiels, verschärft.

In der Zwischenzeit wurde der Kampf gegen das Glücksspiel allmählich verlangsamt. Viele Beamte, die bei der Bekämpfung eine führende Rolle spielten, wechselten nach und nach auf die kriminelle Seite. Bei dieser stets geheimen Einflussnahme begannen diese Beamte nicht nur parallel zum Schutz der verbotenen Tätigkeit im Austausch gegen wirtschaftliche Vorteile zu handeln, sondern wechselten später auch von den staatlichen Behörden zu einer ausschließlichen Einflussnahme zugunsten der kriminellen Glücksspielindustrie des Spiels der Tiere.

Bei den Polizisten wurden die gewalttätigsten als die besten angesehen. Je gewalttätiger ihre Reputation als Unterdrücker des autoritären Regimes zugunsten des Staates und je schmutziger die Mittel, die sie einsetzte, desto größer war die Belohnung, die ihnen die *Bicheiros-Gruppe* bot. Die *Bicheiros*, die unter dem Schutz von Polizisten mit diesem Profil standen, genossen mehr Respekt und Macht als ihre Konkurrenten in der Hierarchie der Glücksspielkriminalität.

Die Aktivitäten dieser Agenten verliefen parallel: sowohl auf der Seite der Regierung, deren politische Gegner sie verfolgten, als auch auf der Seite der Paten der Glücksspielkriminalität, deren Schutz sie garantierten. Sie wirkten in beide Richtungen, doch verlor die politische Repression vor allem in der zweiten Hälfte der 1970er Jahre allmählich an Kraft und Bedeutung, während der Druck auf die Demokratie zunahm.

Einige dieser staatlichen Agenten verließen damals ihren Beruf als Polizei- oder Militäroffizier und suchten Zuflucht in der lukrativen und vielversprechenden Geschäft an der Seite der Anführer des Spiels der Tiere.

Die Presse hatte bereits die Beziehungen zwischen den staatlichen Akteuren – wie Kriminalkommissariate, und militärischen Polizisten und den Angehörigen der Streitkräfte – und den Glücksspiel-Betreiber festgestellt. Diese Beziehung bestand in der Zahlung von Bestechungsgeldern - von den *Bicheiros* mit "pp"⁵⁴ abgekürzt - zugunsten bestimmter Polizeistationen und Militäreinrichtungen als Gegenleistung dafür, dass sie nicht gegen das illegale Glücksspiel vorgingen. Diese Zahlungen fanden nicht in allen Polizeistationen oder Militäreinheiten statt, so dass es nicht möglich ist, den Umfang dieser Korruptionsskette zu bestimmen.

Zur Veranschaulichung dieser Verbindungen zwischen staatlichen Agenten und der Spitze des Spiels der Tiere in Rio de Janeiro, insbesondere seit Anfang der 1970er Jahre, werden hier einige der Protagonisten hervorgehoben.

Herr V., Polizeikommissar im Bundesstaat Rio de Janeiro. Laut "Information Nr. 2283-C/78" vom 14. Juli 1978, einem Dokument der Ersten Armeedivision, wusste der militärische Nachrichtendienst bereits von seiner Beteiligung an der Organisation von **Herrn D.**, einem der mächtigsten *Bicheiros der damaligen Zeit*, **Herrn D.**

Der Werdegang dieses Polizisten (Herr V.) ist ein typisches Beispiel dafür, wie sich die Karriere einiger Beamter zu jener Zeit entwickelte: Zunächst als Polizist, dann als Agent der politischen Repression, bis er auf die kriminelle Seite des Glücksspiels wechselte. Wie von Jupiara & Otavio beschrieben:

In den Jahren der Diktatur, als die Armee einen blutigen Krieg gegen linke Organisationen führte, rekrutierte die Militärregierung Repressionsbeamte in Polizeistationen und Kasernen. Die gleiche Allianz sollte schließlich die Keller des Regimes mit dem organisierten Verbrechen verbinden.⁵⁵

Herr V. war bereits vor dem Staatsstreich, der 1964 das Militärregime einleitete, als Polizeikommissar tätig. Von da an führte seine Arbeit als Polizeikommissar, insbesondere bei der Verfolgung linker Aktivisten, dazu, dass er befördert und in das Armeekorps einberufen wurde. Bekannt wurde er auch durch seine Rolle als einer der brutalsten Folterer im so genannten „*Casa da Morte*“ ("*Haus des Todes*"), einem geheimen militärischen Folterzentrum in der Stadt Petrópolis im Bundesstaat Rio de Janeiro, wo Herr V. unter dem Decknamen **L.** bekannt war.

Parallel zu dieser Tätigkeit im Dienste des Militärregimes arbeitete der Polizeichef V. auch für die *Bicheiros* und sorgte durch Einschüchterung für die Ausweitung der Macht von

⁵⁴ PP benannte *Propina* (Bestechung von Polizeibeamten)

⁵⁵ Jupiara/Otávio 2015, S. 82.

Herrn D., seinem Schwager, in der Glücksspielbranche. Herr V. war nicht der einzige Freund und Geschäftspartner von Herrn D., der ebenfalls als Agent der Militärdiktatur fungierte. Eine Truppe der Repressionsbehörden stand im Dienst des Spiels der Tiere und des Glücksspiels im Allgemeinen." Der Polizeibeamter C. ist ein weiterer Fall eines Polizisten, der wie Herr V. im *Haus des Todes* in Petrópolis arbeitete und ebenfalls Verbindungen zu dem *Bicheiro* D. hatte.⁵⁶

Herr M. und Herr P. waren ebenfalls aktive Polizeibeamte bei der Kriminalpolizei des Bundesstaates Rio de Janeiro. Wie Herr V. haben sie beide den gleichen Weg eingeschlagen. Zunächst arbeiteten sie auf Polizeistationen in einigen Städten des Bundesstaates Rio de Janeiro, und zwar genau in denselben Gebieten, in denen die damaligen *Bosse* des Spiels der Tiere die illegalen Aktivitäten ausnutzten und großen Einfluss ausübten. Im März 1971 wurde Herr M. zum Polizeichef der Stadt Petrópolis ernannt, derselben Stadt, in der sich das oben erwähnte "Haus des Todes" befand und in der auch Herr V. als rechte Hand von Herrn M. arbeitete. Seine Rolle als einer der Protagonisten der Unterdrückung durch die Militärdiktatur wird durch ein im Nationalarchiv aufbewahrtes Dokument vom Dezember 1971 untermauert.⁵⁷

Ein Bericht des DOPS (Abteilung zur politischen und sozialen Ordnung)⁵⁸ mit dem Titel "Fehler in der öffentlichen Sicherheit" vom 27. Juni 1972 bestätigte die These, dass Herr V. im Interesse des *Bicheiros* Herrn A. gehandelt hatte.

Herr P. hingegen begann seine Beziehung zum Glücksspiel von der genau entgegengesetzten Seite, d. h. als Verfolger (*Polizist*). Im Oktober 1968 führte Herr P. eine Gruppe von Polizeibeamten in einer großen Polizeieinsatz gegen das Spiel der Tiere an, als sie das Bürogebäude eines großen *Bicheiro der damaligen Zeit*, Herrn T. M., stürmten.

Die Beteiligung von Polizeibeamten, Militärs und der Polizeikommissare an der Glücksspiel-Kriminalität wurde erst später, fast zehn Jahre nach dem Ende des Militärregimes, bestätigt. Und zwar in einer von der Staatsanwaltschaft von Rio de Janeiro organisierten Operation im Jahr 1994, als die Konten des Spiels und eine Liste mit den Namen mehrerer Polizeibeamter, anderer Beamter und sogar des stellvertretenden Gouverneurs des Staates Rio de Janeiro sowie die entsprechenden gezahlten Beträge im Besitz von Herrn A. gefunden wurden.

Neben dieser Art der Beteiligung durch Unterlassung, bei der Polizei- und Militäranghörige Bestechungsgelder erhielten, nur um nicht gegen das illegale Glücksspiel

⁵⁶ Vgl. Jupiana/Otávio 2015, S. 46.

⁵⁷ Vgl. Jupiana/Otávio 2015, S. 84.

⁵⁸ Die Abteilung für politische und soziale Ordnung (DOPS) war eine Abteilung der föderalen Innenministerien, die zur Spionagestruktur der politischen Repression gehörte.

vorgehen zu müssen, gab es auch eine andere Art der aktiveren Beteiligung durch andere Akteure.

Der Streit zwischen den *Bicheiros*, insbesondere in Rio de Janeiro, führte zu einem blutigen "Krieg" mit aufeinanderfolgenden Anschlägen und dem Tod von Personen, die mit jedem der Anführer in Verbindung standen. Dies führte dazu, dass sich die *Bicheiros* um einen wirksameren und professionelleren bewaffneten Schutz bemühen mussten. An dieser Stelle fällt uns das Vorgehen einiger staatlicher Akteure auf, die während der Militärdiktatur direkt an repressiven Aktivitäten beteiligt waren und gerade deshalb für die Organisation des Glücksspiels sehr nützlich wären.

Ein weiteres gutes Beispiel dafür ist der Polizeikommissar V. Während der "Kriegsjahre" zwischen der Militärregierung und den Organisationen der bewaffneten Linken (zwischen 1968 und 1974), dem Zeitraum, in dem die meisten Todesfälle und das Verschwindenlassen, die dem Regime zugeschrieben werden, stattfanden, war „Doktor L.“ – Deckname mit dem Herr V. in Nilópolis⁵⁹ bekannt war, einer der engagiertesten Akteure, die am meisten für die Verfolgungen und Folterungen, auch im "*Haus des Todes*", "engagierten".

In den Jahren des „Krieges“ zwischen der Militärregierung und den linken Organisationen (zwischen 1968 und 1974), in denen die meisten Todesfälle und das Verschwindenlassen von Personen auf das Konto des diktatorischen Regimes gingen, „Doktor L.“ – Deckname mit dem Herr V. in Nilópolis – einer der aktivsten und engagiertesten Vertreter der Repression und der Folter, auch im Todeshaus.

Auf der anderen Seite diente auch das Spiel der Tiere dem Militärregime. Ein Beispiel dafür war die finanzielle Unterstützung die die Spitze der Organisatoren des Spiels der Tiere einigen Kandidaten des Regimes gab. Dies war bei der Wahl von 1982 der Fall, als die *Bicheiros* Herr A. und Herr D. den Politiker **Herr F.** unterstützten, als Kandidat zum Gouverneurs von Rio de Janeiro. Herr F. war damals Mitglied einer Sozialdemokratische Partei⁶⁰, dieselbe Partei des damaligen Bundespräsidenten Brasiliens. Der Oppositionskandidaten war **Herr B.**, der sowohl von der Regierung als auch von den *Bicheiros* gehasst war, aber der schließlich der Sieger wurde.

Wie sich jedoch bald herausstellen sollte, halten sich die *Bicheiros* nicht an Ideologien und folgen nicht den politischen Richtlinien. Oder, wie *Bicheiro* A. einmal sagte: "*Das*

⁵⁹ Die Stadt grenzt an die Hauptstadt Rio de Janeiro.

⁶⁰ PDS – Partido da Democracia Social.

Vergehen hat ein Prinzip, das heißt, es ist immer für die Regierung und es ist nicht seine Schuld, dass die Regierung ständig wechselt".⁶¹

Ein Beweis dafür ist laut Jupiara & Otavio, dass Herr A. 1984, noch vor dem überraschenden Sieg der Opposition bei den Wahlen zum Gouverneur des Bundesstaates Rio de Janeiro, der den Weg für die Rückkehr zur Demokratie ebnete, begann, sich darauf vorzubereiten, seine Unterstützung für das diktatorische Regime aufzugeben. Denn um die Sympathie der Bevölkerung zu gewinnen, musste er sich mit den Interessen der Straße identifizieren. Er sprach sich für den Übergang zu einer demokratischen Regierung aus und kritisierte den "Radikalismus" derjenigen, die den Prozess der (Wieder-)Demokratisierung zu behindern versuchten. Außerdem versuchte er bereits, sich vom letzten Präsidenten des Militärregimes zu distanzieren.⁶²

Vier Jahre später, bei den Wahlen von 1986, schlossen sich dieselben *Bicheiros* mit Herrn B., dem damaligen Gouverneur des Bundesstaates Rio de Janeiro, zusammen, um die Kandidatur von Herrn R. als Nachfolger zu unterstützen. Denn, wie Herr G. im Namen der *Bicheiros* sagte, würde Herr B. "dem Spiel der Tiere den größten Frieden aller Zeiten bescheren und niemals Geld dafür verlangen".⁶³

Die Zusammenarbeit der *Bicheiros* mit der Militärdiktatur setzte sich jedoch fort, auch in den letzten Tagen vor ihrem Ende. So unterstützten die *Bicheiros* beispielsweise 1989 den Angriff auf ein Denkmal in der Stadt *Volta Redonda*, ebenfalls im Bundesstaat Rio de Janeiro, wo sich der Sitz eines Stahlunternehmens befindet⁶⁴. Es handelte sich um ein Denkmal für drei Arbeiter, die beim Einmarsch der Armee am 9. November 1988 getötet worden waren. Das Ziel des Angriffs von 1989 war die Destabilisierung der dort entstehenden Gewerkschaftsbewegung.

3.3 Verfolgung von Glücksspielen während des demokratischen Regimes

Obwohl die Verordnung, die das Spiel der Tiere ausdrücklich unter Strafe stellt, auf das Jahr 1941 zurückgeht, wird berichtet, dass dieses Glücksspiel in der Praxis erst am 1. Mai 1946 als illegal eingestuft wurde, als der damalige Bundespräsident Eurico Gaspar Dutra ein Gesetzesdekret erließ, das das Spiel der Tiere für illegal erklärte.

In dieser Zeit, d. h. ab 1946, als der Präsident per Dekret die Illegalität des Spiels der Tiere "erklärte" und seine Unterdrückung verstärkte, begann paradoxerweise der intensivste Zyklus des Wachstums und der Verbreitung des Glücksspiels. Dieser Zyklus wurde nur

⁶¹ Vgl. Jupiara/Otávio 2015, S. 153.

⁶² A.o.A., S. 145.

⁶³ A.o.A., S. 160.

⁶⁴ Companhia Vale do Rio Doce

vorübergehend im Jahr 1968 unterbrochen, als das Regierungsakt Nr. 5 erlassen wurde, wie in Abschnitt 3.2 beschrieben.

Ab 1946 kam es nicht nur zu einer stärkeren Ausweitung des Spiel der Tiere, sondern auch zu einer Zunahme der Korruption bei der Polizei. Das Spiel gewann an Schwung, begann sich zu organisieren und ging paradoxerweise ein offenes Verhältnis mit der Polizei ein, das seinen Höhepunkt erreichte, als das Verbrechen begann, von den Politikern geschützt zu werden, die es gewählt hatte.

Die Beziehungen zwischen den Polizeibehörden und den Glücksspielbossen waren so vielversprechend, dass es laut der *Zeitung Opinião* in der Zeit vor 1968 eine ausgewählte Gruppe von *Bicheiros gab*, die der Polizei sogar sagte, welche *Bicheiros* verhaftet werden sollten, um die Polizeistatistik zu gewährleisten.

Bei diesen Gelegenheiten wählten die Bankhalter die Glücksspielstelle an der die Polizei eindringen sollte, sowie einen *Bicheiro*, der zur vorläufigen Verhaftung erschien und ins Gefängnis ging, wo ihm das korrupte Geld Sicherheit garantierte, während seine Familie draußen weiterhin ihr Gehalt und ihren Lebensunterhalt erhielt.⁶⁵

Ein Beispiel für eine weitere dieser selektiven Repressionen ist in der Zeitung *O Globo* vom 31. März 1949 zu lesen. Auf der Titelseite heißt es: "*Die Kampagne gegen das Spiel der Tiere ist zum Scheitern verurteilt! Keinem Haftbefehl wird Folge geleistet, der die Verbrecher weiterhin unter den Schutz der Justiz stellt!*". Der Zeitungsbericht lautet wie folgt.

Ein Beispiel für eine weitere dieser punktuellen Repressionen ist in der *O Globo* Zeitung vom 31. März 1949 zu lesen. Auf seinem Cover stempelten sich die Nachrichten: „*Die Anti-Glücksspiel-Kampagne ist zum Scheitern verurteilt! Haftbefehle werden nicht befolgt, wodurch Kriminelle weiterhin unter dem Schutz der Justiz stehen werden!*“ Der Zeitungsbericht lautet wie folgt:

Um die Wirksamkeit der Polizeikampagne zu bewerten, sind wir am 17., 18. und 19. März gewesen, bei den Richter des Amtsgerichtes mit Zuständigkeit für Glücksspielsachen. Was wir sahen, war die Erkenntnis, dass die Kampagne gegen das Glücksspiel trotz der Maßnahmen der Polizeibehörden ein totaler Fehlschlag war.⁶⁶

Mit anderen Wörter, wurde es festgestellt, dass, trotz mehrerer durch die Polizeibehörde ausgebreiteten Verhaftungen, wurden solche Verhaftungen illegal durchgeführt, auch ohne Haftbefehl eines zuständigen Richters (laut der *Globo* Zeitung waren der legalen Verhaftungen es nur 1% der Fälle entsprechen). In einem der Polizeieinheiten (dem 7. Bezirk) wurden 70 Festnahmen durchgeführt, von denen jedoch nur 3 rechtmäßig waren. Mit

⁶⁵ *Opinião* Zeitung vom 21/02/1975, S. 7 (Übersetzung des Autors).

⁶⁶ *O Globo* Zeitung vom 31/03/1949. (Übersetzung des Verfassers).

anderen Worten: Alle anderen Festnahmen wurden ohne schriftliche Anordnung eines Richters durchgeführt.

Die Schwierigkeit, das Begehen des Glücksspiels als eine Straftat zu beweisen, wurde auch durch zwei Fakten erklärt:

- 1- Polizeieinsätze, die nicht nur saisonal stattfanden, sondern nur wenige Tage dauerten. Die Glücksspielstellen wurden dann diskreter (=unauffällig), beschränkt auf Regionen oder Nachbarschaften, die von den Operationen nicht erreicht wurden.
- 2- Um das Vorliegen der Straftat zu beweisen, wäre es effektiver, wenn die Polizeiaktionen nicht am Ort und zur Zeit der Wetten stattfänden, weil dort nur gekritzelte Papiere gefunden wurden. Es wäre wichtiger, wenn die Polizeiaktion an dem Ort stattfände, an dem die Ergebnisse der Spiele erzeugt wurden. Denn dort würden Gegenstände gefunden, die speziell mit dieser Art von Spiel zusammenhängen, wie Roulette und *Pinguelin*. Im Gegensatz zu den Glücksspielstellen waren die Orte, an denen die Ergebnisse erzeugt wurden, jedoch in der Regel mit legalen Aktivitäten getarnt, was es für die Polizei schwieriger machte, sie zu identifizieren.
- 3- Bei den Ermittlungen im Zusammenhang mit Glücksspielen gab es nur wenige Fälle, die zu einem Strafverfahren führten. Am Beispiel des Amtsgerichts – Bezirks 17^o, von Rio de Janeiro zeigt sich, dass nur 20 % der Fälle mit dem Straftatbestand des Spiels der Tiere zusammenhängen. Von diesen Fällen endete die überwiegende Mehrheit mit einem Freispruch der Angeklagten, da die Beweislage schwach war. Die einzigen Beweise, die in der Regel gefunden wurden, waren bloße Notizen ohne jegliche Unterschrift, die einen direkten Zusammenhang mit dem mutmaßlichen Täter herstellen könnten: "Die von der Polizei gesammelten Dokumente sind nichts weiter als alte Papiere, die der Spieler selbst gekritzelt hat, wie üblich".⁶⁷

Schon in dieser Zeit, die mit dem Höhepunkt der Verfolgung zusammenfallen sollte, berichtete eine Zeitung auch über die angeblich ausgenutzte hohe Toleranz gegenüber dem Spiel der Tiere: "Das Spiel ist offen und feurig, und es geschieht nur wenige Schritte von Polizeibeamter entfernt".

Die *Opinião Zeitung* berichtete im Jahr 1975: "Von 1950 bis 1968 hatte das Spiel des Tieres große Momente; es prägte das Leben der Stadt entscheidend, die schließlich in

⁶⁷ *O Globo Zeitung* vom 20/03/75.

*Handlungsfelder der Täter unterteilt wurde - angeführt von einem Gipfel aus finanzstarken Spielbanker.*⁶⁸

3.3.1 Das Spiel der Tiere in der Stadt Salvador – Bundesland Bahia

Anfang der 1990er Jahre entstand in Salvador, der Hauptstadt von Bahia, eine Abspaltung des Spiels der Tiere, das "Große Salvador-Roulett" („*Roleta Grande Salvador*“). Der Ursprung dieser Glücksspielorganisation in einem anderen Staat war das Ergebnis des Streits um die Kontrolle der Glücksspielindustrie in Rio de Janeiro. Damals gab es zwar Spielbanker in anderen Bundesstaaten, aber die entsprechenden Besitzer unterstanden der Kontrolle der Glücksspielbosse von Rio de Janeiro. Einige dieser „*Bicheiros*“ aus Bahia waren jedoch unzufrieden mit dem Prozentsatz der Gewinne, die sie von Rio de Janeiro erhielten, der nur 20 % betrug, während 80 % an die Zentrale in Rio de Janeiro gingen.

Nach der Gründung des "Großen Salvador-Rouletts" herrschte ein Klima der Feindseligkeit zwischen den *Bicheiros* in Bahia, da einige von ihnen der Gruppe von Rio de Janeiro treu blieben, und einen „Krieg“ der Verkaufsstellen des Spiels zwischen ihnen und den "Rebellen" *Bahianos*⁶⁹ erzeugten.⁷⁰

Das Bundesland Bahia ist ein weiteres Beispiel dafür, wie die Verfolgung oder Toleranz des Spiels der Tiere von der Freiwilligkeit der damaligen Strafverfolgungsbehörden, insbesondere des zeitgenössischen Gouverneure des Bundeslandes und seines Teams abhängt, da die Verfolgung des Spiels Sache der Länder war.

Das Spiel der Tiere existierte beispielsweise bereits in den 1950er in Bahia. Dennoch, während Gouverneur Antônio Balgino (1955-1959) jedoch völlig tolerant gegenüber es war, führte sein Nachfolger, Juracy Magalhães (1959-1963), schwere Repressionen durch.

Der Gouverneur des Zeitraums von 1983 bis 1987, João Durval Carneiro, erzielte eine Einigung mit den wichtigsten Spielbanker in Bahia, und gab die Aktivität gegen einen Prozentsatz der Einnahmen frei, um den Haushalt des Landeskriminalamts-Bahia zu stärken.

Diese Vereinbarung wurde von den nachfolgenden Landesregierungen (von 1987 bis 1991) aufrechterhalten, was schließlich das Interesse einer der stärksten Gruppen weckte, die das Spiel der Tiere in Rio de Janeiro unter der Leitung von Herrn A. betrieben, was zum Embryo eines großen Territorialstreits werden sollte.

⁶⁸ *Opinião* Zeitung, vom 21. Februar 1975, S. 7.

⁶⁹ So werden diejenigen genannt, die das im Bundesland Bahia geboren sind.

⁷⁰ *O Globo* Zeitung, vom 13.01.91, S. 09: „Krieg um das Spiel der Tiere verbreitet sich in Bahia“.

Unter dem Druck und der Führung von Herrn A., einem der "Capos" des Glücksspiels in Rio de Janeiro, gründete eine kleine Gruppe von *Bicheiros* aus Bahia (es waren nur 50), die der Führung in Rio de Janeiro treu waren, die die "Union der Spielbanker von Bahia" (*União de Banqueiros da Bahia*), und führte eine Abspaltung der "Paratodos" in Bahia ein, wie die Glücksspiellotterie der Gruppe von Herrn A. genannt wurde.⁷¹

Als Reaktion darauf gründeten eine zahlreicher Gruppe von *Bicheiros* aus Bahia, die von den *Cariocas*⁷² angeführten Gruppe bedroht wurden, am 15. Oktober 1990, den „Baianischen Verein“ (*Associação Bahiana*). Dies war der offizielle Name der Gruppe "Rouleta Grande Salvador", die von Herrn T. L. geleitet und gegründet wurde.

Obwohl einige behaupten, dass das *Große Salvador-Roulett* eine Ausdehnung der Rio de Janeiro-Gruppe *Paratodos* sei, muss man bedenken, dass seine Mitglieder in der zweiten Hälfte der 80er Jahre nach Bahia kamen, als das Spiel der Tiere in diesem Bundesstaat bereits existierte und von lokalen Persönlichkeiten ausgebeutet wurde.

Die Auseinandersetzung zwischen diesen beiden Gruppe würde sich in den folgenden Todesfällen zeigen. Am 20. November 1990 wurde Herr X. G. ermordet. Am 11. Januar 1991 war Herr T. L., Leiter und Gründer der neuen Gruppe aus Bahia dran⁷³. Ein paar Monate später, im April 1991, verursachte ein Angriff den Tod einer weiteren Person in diesem „Krieg“ zur Kontrolle der Stellungen des Spiels der Tiere in Salvador. Diesmal war das Opfer Herr J. M. (= Wilian Jacob Mendes), Sicherheitschef des *Großen Salvador-Rouletts*. Der Befehl für all diese Morde kam von Personen, die mit der Rio de Janeiro-Gruppe verbunden waren.⁷⁴

Der Streit um die Position in Bahia endete nicht damit. Schließlich stellte Bahia, wie im Januar 1993 berichtet *O Globo* Zeitung, einen Markt mit einem Nettogewinn von 3 Milliarden Cruzeiros dar, der mehr als 20.000 Menschen beschäftigte. Dieser Krieg setzte sich mit mehr Blutvergießen fort. Am 11. Dezember 1992 wurde ein weiteres Mitglied des *Großen Salvador-Rouletts* ermordet, Herr A. S. (Spitzname „*Toinho*“) der damalige Anführer der Bahia-Gruppe.⁷⁵

3.3.2 Spiel der Tiere, Karnevals und Sambaschulen

In den Jahren der Militärregierungen wurden die Beziehungen zwischen den *Bicheiros* und den für die Unterdrückung des Glücksspiels zuständigen Behörden im Schatten des Karnevals noch

⁷¹ *O Globo* Zeitung vom 30/04/1991, Seite 08.

⁷² So sind die Menschen genannt, die in der Hauptstadt Rio de Janeiro geboren sind.

⁷³ *O Globo* Zeitung vom 13.01.1991, S. 09.

⁷⁴ *O Globo* Zeitung vom 30/04/1991, S. 08.

⁷⁵ *O Globo* Zeitung vom 01.03.93, S. 8.

intensiver. Mit dem Aufkommen der Sambaschulen wandelte sich der Karneval von einem Volksfest zu einem kommerziellen Spektakel.

In den Jahren der Diktatur wuchs die Zahl der Glücksspielbarone, die zu Mäzenen der Schulen in ihren Glücksspielgebieten wurden und diese Sambaschulen kontrollierten, um ihre Geschäfte zu schützen und ihren sozialen Aufstieg zu sichern. Gleichzeitig kam es auf den Straßen zu einem blutigen Krieg um den Besitz dieser Gebiete und die Macht der Glücksspielindustrie.⁷⁶

Es ist nicht verwunderlich, dass die Bosse des Spiels der Tiere große Unterstützung in der Bevölkerung genossen. Angesichts der fehlenden oder unzureichenden öffentlichen Maßnahmen für die ärmsten Bevölkerungsschichten waren sie es, die denjenigen, die keine formale Ausbildung hatten, Arbeit boten. Sie waren es auch, die für die Sicherheit in den Gebieten sorgten, in denen die Polizei abwesend war. Darüber hinaus finanzierten die Chefs des Spiels der Tiere das, was für diese ärmeren Bevölkerungsschichten die einzige Zeit war, in der sie eine gewisse soziale Gleichheit genossen: den Karneval.

Während sich die Regierung der Militärdiktatur in den 1970er bemühte, das Spiel der Tiere zu bekämpfen oder diese Aufgabe dem Landeskriminalamt zu überlassen, versuchten Spielbanker wie Herr A. – immer noch inmitten blutiger Revierkämpfe – ihre soziale Repräsentation zu ändern. Die Spielbanker wollten von der Gesellschaft akzeptiert, als wichtige Persönlichkeiten aufgenommen und als Geschäftsleute und gute Menschen respektiert werden. Sie wählten die Sambaschulen, deren Paraden das Bürgertum erfreuten und internationale Touristen anzogen, um die Korruption und die Verbrechen, die sie begangen hatten, unter den Teppich zu kehren. (...) Viele von ihnen (die *Bicheiros*, d.h. die Spielbanker) hatten Geld, aber kein Prestige.⁷⁷

Unter diesen *Bicheiros*, die bereits in den 70er Jahren den Karneval finanzierten, waren: Herr E. P., ermordet am 1. Dezember 1976, damals Präsident der Sambaschule *Salgueiro*; Herr T. M., Präsident der Sambaschule *Portela*; Herr A., Schirmherr der Sambaschule *Mocidade Independente de Padre Miguel*, und Herr L. D., Präsident der Sambaschule *Imperatriz Leopoldinense*.

Auf dem Höhepunkt der Militärdiktatur, insbesondere zwischen den Jahren 1971 und 1975, gaben die von *Bicheiros* gesponserten Sambaschulen, einen klaren Ausdruck der Unterstützung des Regimes, mit ihren Hymnen⁷⁸, als erhebende Botschaften und die Begeisterung der Regierung,

⁷⁶ Jupiara/Otavio 2015, S. 62.

⁷⁷ A.o.A., S. 91/92.

⁷⁸ *Samba-enredo*.

Ein Beispiel für diese ideologische Unterstützung des diktatorischen Regimes war die Sambaschule *Beija-Flor*⁷⁹, die von der Familie von Herrn D. finanziert wurde, und die eigentlich zu ihm gehört. Es stimmt, dass die Verwendung des Karnevals zur Unterstützung der Militärregierung nicht nur ein Merkmal der *Beija-Flor-Samba-Schule* war: Hymnen mit nationalistischen Themen, Respekt vor historischen Figuren und Episoden sowie Lobpreisungen des Heimatlandes und der natürlichen Reichtümer Brasiliens wurden zu einem Trend in den Hymnen aller Sambaschulen. Ausnahmsweise konnte man in einigen wenigen Sambaschulen eine Art regimekritische Widerstandshymne ausmachen.

Was bei der Sambaschule *Beija-Flor* geschah, war jedoch etwas anders. Der Verein lobte nicht die Herrlichkeiten der Vergangenheit, sondern die Handlungen der autoritären Regierung der Zeit: „Brasilien, ein Land das in einer Militärdiktatur getaucht war, marschierte die Allee in der Farbe eines Paradieses oder eines Landes der Hoffnung vorbei.“⁸⁰

Im Karneval 1976 widmete Herr D., der Vorsitzende der Sambaschule *Beija Flor*, ihre Hymne dem Spiel der Tiere selbst und sein erfolgreiches Geschäft. Die Schule wurde in diesem Jahr und in den folgenden zwei Jahren (1977 und 1978) Meister des Karnevals, was Herr D. einen „König“ des Vergehens gemacht hat, und seine Figur zu einer Art von „Mäzen“ des Karnevals erhöhte.⁸¹

Sein Ruf sollte erst 1981 beschädigt werden, als er der Entführung und des Verschwindens des Malers J.M. und des Werbefachmanns J. im Januar desselben Jahres beschuldigt wurde. Der Grund für die Tötung der beiden durch Herrn D. war der Diebstahl von Schmuck und Geld aus seinem Strandhaus am 01.07.1981, der seiner Meinung nach von den beiden begangen worden war.⁸²

Ab 1979 war Herr A. dran., mit seiner Sambaschule, die *Mocidade Independente de Padre Miguel*, den Karneval-Umzug zu gewinnen, was ihn als einen weiteren *Mäzen* des Karnevals erhob.⁸³

1987 übernahm Herr G. den Vorsitz der mächtigen Vereinigung der Sambaschulen⁸⁴, die am 24. Juli 1984 gegründet wurde und für alle organisatorischen Maßnahmen der Karnevalsumzüge verantwortlich war. Unter dem Kommando von *Bicheiros* wie Herr D., Herr A., Herr L. D. und Herr G. wurden die Umzüge zu einem teuren Spektakel, mit hohen

⁷⁹ Anisio war der Präsident von *Beija Flor*, wie er selbst in einer Aussage bei dem 14. Strafrechtlichen Amtsgericht Rio de Janeiro erklärte (Prozess Nr. 28.104, S. 779).

⁸⁰ Vgl. Jupiará/Otávio 2015, S. 66.

⁸¹ Vgl. A.o.A., S. 72

⁸² Vgl. A.o.A., S. 125

⁸³ Vgl. A.o.A., S. 96.

⁸⁴ LIESA – Liga Independente das Escolas de Samba (Unabhängiger Verband der Sambaschulen).

Ausgaben für die Sambaschulen, aber auch mit einem immer höheren Umsatz, der die Sambaschulen auch zu einem Instrument der Geldwäsche machte.⁸⁵

Es stimmt, dass die Gründung des Vereins nicht nur als Folge einer Zeit gesehen werden kann, in der die Paraden zu teuren, von der Glücksspielindustrie finanzierten Spektakeln wurden. Dazu haben auch die Mitglieder der Sambaschulen beigetragen. Die Gelder aus dem Glücksspiel, die ab der zweiten Hälfte der 1970er Jahre in die großen Schulen flossen, führten jedoch zu einem erheblichen Anstieg des Umfangs dieses Spektakels, des Umsatzes, der Kosten und der Extravaganz.

3.3.3 Vom Spiel der Tiere bis hin zum Spielautomaten.

In den frühen 1960er Jahren begann die Verbindung zwischen der brasilianischen Glücksspielmafia und der italienischen Mafia durch den Import von Spielautomaten. Diese Verbindung begann mit Herrn A., der einen italienischen Mafioso aufnahm, als dieser auf der Flucht vor der italienischen Polizei in Rio de Janeiro landete. Herr A. gab ihm daraufhin einen Scheinjob in seiner Weberei. Er war eine der Verbindungen von Herrn A. zur Mafia, als die Spielautomaten in den 1980er Jahren auftauchten und sich im ganzen Land verbreiteten.⁸⁶

Ab der zweiten Hälfte der 1980er Jahre begannen dieselben Gruppen, die das Spiel der Tiere betrieben, eine neue Aktivität einzuführen: den Betrieb von Spielautomaten. Die Nutzung dieser neuen Art von Spiel folgte denselben Prinzipien wie die Organisationen, die das Spiel der Tiere beherrschten, einschließlich der territorialen Aufteilung der Gebiete, in der Zuständigkeit jedes Anführers lagen.

Ein Beispiel dafür war die Verhaftung von Herrn A., die sich am 26. März 1987 als Folge eines Polizeieinsatzes bei seiner Firma ereignete, wo etwa 300 *Slot Machines* beschlagnahmt wurden.

Nach dem Tod des wichtigsten Chefs der Glücksspielindustrie, Herr A., im Jahr 1997, wurde ein „Krieg“ zu ihrer Kontrolle in Rio de Janeiro begonnen. Es ging um das Erbe von Herrn A. Dieser Streit verschärfte sich noch mehr nach der Ermordung von Herrn P.A., dem Sohn von Herrn A. im Jahr 1998. Als Mittäter wurde Herr R. A., Neffe von Herrn A. und Cousin des Opfers, mit einer Freiheitsstrafe von 19 Jahren verurteilt.

Im Gegensatz zu anderen Mafiakriegen zwischen verschiedenen Familien handelt es sich hier um einen Streit zwischen verfeindeten Familien. Der Grund dafür ist das Erbe, das Herr A. im Zusammenhang mit dem Spiel der Tiere und dem Spielautomaten hinterlassen hat.

⁸⁵ Vgl. Jupiará/Otavio 2015, S. 105

⁸⁶ Vgl. A.o.A. S. 97

Nach seinem Tod wurden Herr R. A. und Herr I., der Neffe bzw. Schwiegersohn von Herrn A., zu den Protagonisten im Streit um die Macht über das Glücksspiel in Rio de Janeiro. Noch zu seinen Lebzeiten legte Herr A. fest, wessen Anteil am kriminellen Geschäft es sein sollte, soweit es die von ihm kontrollierten Gebiete betraf. So waren sein Sohn, Herr P.A., und sein Neffe, Herr R.A., für das Spiel der Tiere zuständig, während Herr I., der Schwiegersohn von Herrn A. und einer der Pioniere der Spielautomaten in Rio de Janeiro, für das elektronische Glücksspiel verantwortlich war. Diese Aufteilung wurde jedoch durch die Ermordung des Sohnes des Chefs in Frage gestellt.

Herr R. A. übernahm das hinterlassene Geschäft von Herrn P.A., der ermordet Sohn von Herrn A., und begann mit der Unterstützung von Herrn I. über die Hegemonie des Betriebs des Spiels der Tiere in western Rio de Janeiro zu streiten. Außerdem haben die beide auch mit dem illegalen Geschäft der Spielautomaten begonnen.

Von da an folgten Morde, Mordversuche und die Zerstörung von Spielautomaten auf beiden Seiten. Im Jahr 2001 entging Herr R. A. einem Mordanschlag, als ein ex-Militärpolizist in das Aparthotel eindrang, in dem er sich aufhielt, aber seine Waffe nicht funktionierte. Obwohl das Mobiltelefon des Auftragsmörders Anrufe von Herrn I. anzeigte, vermutete die Polizei, dass es sich um eine Simulation handelte, um Herrn I. zu involvieren und ihn zu verhaften.

Dieser Streit um die Kontrolle von Spielautomaten in der westlichen Zone von Rio de Janeiro hatte bereits in den späten 90er Jahre angefangen, und hat mehr als 50 Morden und Mordversuchen ausgelöst. Eines der beeindruckenden Kapitel dieser Geschichte ist aber im April 2010 geschehen: Eine Bombe explodiert in einem Auto das zu Herrn. R. A. gehörte, und, obwohl er selbst das wahrscheinlich Ziel des Angriffs war, aber damals war es sein 17. Jährige Sohn, der das Auto fuhr und sofort starb.

Es war nicht der erste Bombenanschlag auf diese Weise in Rio, mit der Explosion unter dem Fahrer. Im Oktober 2009 wurde einem Polizist das Bein abgerissen und sein gepanzertes Fahrzeug bei einer Explosion zerstört.

Der Spielautomat wurde Anfang 1984 in Brasilien eingeführt, und Herr A. wurde einer der wichtigsten Geschäftsmänner der für die Polizei so genannten „Máfia dos Caça-Níqueis“ (*Slot Machines-Mafia*). Die Beschlagnahme dieser Maschinen und die Verhaftung von Herrn A. waren Teil eines Einsatzes der Bundespolizei im ganzen Land, der "*Hurrikan-Einsatz*" genannt worden ist. Dieser Einsatz hat zur Beschlagnahme von insgesamt 1.300 Maschinen

geführt, mit der Verhaftung mehrerer Personen, entweder weil sie diese Art von Spielautomaten betrieben, oder weil sie Automatenhersteller oder Vermieter dieser Maschinen waren.⁸⁷

Überraschenderweise hat keine dieser Verhaftungen als Begründung die Veranstaltung eines Glücksspiels, sondern das Schmuggel, denn diese Maschinen enthielten Bestandteile ausländischer Herkunft, die verbotenerweise im Brasilien eingeführt wurden.

3.3.4 Die 90er Jahre: Zunahme der Verfolgung des Spiels der Tiere im Zusammenhang mit dem Streit um die Glücksspielgebieten

Die 1990er Jahre waren durch eine Intensivierung der Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden gegen das Glücksspiel gekennzeichnet. Einerseits wurden die Polizeieinsätze, die auf die Mitglieder der höchsten Hierarchieebenen des Glücksspiels abzielten, häufiger. Andererseits haben die wirksameren Ergebnisse dieser Polizeieinsätze in Verbindung mit einer mutigeren und unabhängigeren Haltung der Justiz zu einigen Entscheidungen geführt, die die Verfolgung gegen das Glücksspiel stärker zu beeinflussen begannen. Neben der vorläufigen Verhaftung mehrerer mutmaßlich am Glücksspiel beteiligter Personen sahen die Gerichtsurteile Ermittlungsmaßnahmen wie die Beschlagnahme der verwendeten Instrumente und die Schließung der für die Tätigkeit erforderlichen Einrichtungen vor.

3.3.4.1 Untersuchungshaft gegen den führenden Mitglieder der kriminellen Glücksspielorganisation (der sog. „*Cúpula do Jogo do Bicho*“).⁸⁸

Das wichtigste Strafverfahren gegen das Spiel der Tiere fand Anfang der 1990er Jahre statt. In einer beispiellosen Entscheidung hat eine Richterin von Rio de Janeiro die

⁸⁷ *O Globo* Zeitung vom 27.03.1987, S. 6.

⁸⁸ Am 29. November 2018 interviewte ich persönlich Herrn Antonio Carlos Biscaia in seinem Büro bei der Staatsanwaltschaft von Rio de Janeiro. Herr Biscaia, am Tag des Interviews bereits 76 Jahre alt, erlangte Anfang der 1990er Jahre Berühmtheit, weil er von 1991 bis 1994 tätig als Generalstaatsanwalt des Bundeslandes Rio de Janeiro war, und einer der Hauptprotagonisten des bis dahin größten Angriff gegen die Spitze des Glücksspiels gewesen war. Ziel des Gesprächs war es, die damaligen Umstände und die Fakten zu verstehen, die der Verhaftung der 14 mächtigsten Verbrecher vorausgingen, die die Spitze der Glücksspielkriminalität nicht nur in Rio de Janeiro, sondern in ganz Brasilien darstellten.

Die Hintergründe dieser Tatsache geht auf das Jahr 1985 zurück. Herr Biscaia war zunächst von April 1984 bis April 1986 als Generalstaatsanwalt-Rio de Janeiro tätig. 1985 strahlte der wichtigste Fernsehsender des Landes einen langen Reportage über das Glücksspiel in Rio de Janeiro aus, der enorme politische und soziale Auswirkungen hatte. Nach Aussage von Herrn Biscaia waren dieser Bericht und unangenehme Verlegenheit über die große Korruption bei der Polizei im Zusammenhang mit dem Glücksspiel die Faktoren, die ihn als Leiter der Staatsanwaltschaft veranlassten, eine gerichtliche Untersuchung einzuleiten, die nicht das Vergehen (unerlaubtes Glücksspiel), sondern die Korruption bei der Polizei zum Gegenstand hatte. In der Vergangenheit hatte es Strafverfahren wegen Morden gegeben, die mit dem Streit zwischen den Gruppen, die das Glücksspiel ausnutzten, zusammenhingen, ohne dass ein Spielbanker angeklagt worden wäre. Es gab jedoch nie eine Untersuchung über Glücksspiele und die damit verbundene Polizeikorruption.

Untersuchungshaft der 14 größten *Capos* des Glücksspiels angeordnet. Alle wurden am 14. Mai 1993 während einer Verhandlung festgenommen, und in diesem Verfahren verurteilt, aber nicht wegen des Glücksspiels selbst, sondern nur wegen Bildung krimineller Vereinigungen⁸⁹. Trotz des Verdachts auf die Beteiligung dieser 14 Bosse des Spiels der Tiere bei verschiedenen schweren Verbrechen, konnte es keine Klage dafür erhoben werden, weil es nicht einmal Beweise gegen sie gab.⁹⁰

Nach Angaben eines der Staatsanwälte, die die öffentliche Klage eingereicht haben, war diese Gruppe für insgesamt 53 Morde oder das Verschwindenlassen von Personen verantwortlich, deren Opfer in direktem Zusammenhang mit illegalen Glücksspielaktivitäten standen. „Bei den Opfern handelte es sich vor allem um Spielbanker, die Konkurrenten der Angeklagten waren, um Manager von Glücksspielzentren oder um Polizeibeamte, die es in irgendeiner Weise gewagt hatten, gegen die Interessen der Angeklagten zu handeln“.⁹¹

Das Festnahme der vierzehn Spitzennamen des Spiels der Tiere bestimmte den Beginn intensiveren Einsätze gegen das Vergehen, sowohl in der Polizei als auch in der Justiz. Danach folgten weitere Ermittlungen mit großen Polizeieinsätzen, die die große Reichweite und Macht der Glücksspielindustrie sowie ihre Verbindungen zu anderen Verbrechen aufdeckten. Diese Operationen führten zur vorläufigen Verhaftung vieler Beteiligter und sogar zur Verurteilung einiger zu langjährigen Freiheitsstrafen, aber die jeweiligen Fälle sind aufgrund der verschiedenen von der Verteidigung eingelegten Rechtsmittel noch nicht endgültig entschieden.

Die Entscheidung des Generalstaatsanwalts, Ermittlungen festzulegen, missfiel dem damaligen Gouverneur, der mit dem Verlust der Unterstützung der *Bicheiros* politischen Schaden befürchtete, da in diesem Jahr eine Wahl zum Bürgermeister der Stadt Rio de Janeiro stattfinden würde. Laut Herrn Biscaia machte dieser Widerstand des Gouverneurs die Einmischung der *Bicheiros* in die lokale Politik deutlich. Herr Biscaia blieb als Generalstaatsanwalt bis April 1986 tätig, als die Ermittlungen aufgrund der mangelnden Zusammenarbeit der Polizei selbst bis dahin zu keinem Ergebnis geführt hatten.

Die Entscheidung des Generalstaatsanwalts, diese Untersuchung einzuleiten, missfiel dem damaligen Gouverneur von Rio de Janeiro, der befürchtete, die Unterstützung der *Bicheiros* zu verlieren und dadurch politischen Schaden zu erleiden, da in jenem Jahr eine Wahl zum Bürgermeister von Rio de Janeiro stattfinden sollte. Herr Biscaia zufolge machte der Widerstand des Gouverneurs deutlich, dass die *Bicheiros* großen Einfluss auf die Lokalpolitik hatten. Herr Biscaia blieb bis April 1986 Generalstaatsanwalt, aber die Ermittlungen blieben ergebnislos, da die Polizei selbst nicht kooperierte. Erst 1991 kehrte Herr Biscaia in sein Amt als Generalstaatsanwalt zurück und ordnete die Wiederaufnahme der Ermittlungen an, die genügend Beweise erbrachten, um eine öffentliche Anklage zu erheben, allerdings nicht wegen des Glücksspiels selbst, sondern wegen Bildung krimineller Vereinigungen.

⁸⁹ Verfahren N. 28.104 – Entscheidung in den Seiten 7.453 bis 7.498. (Processo N. 28.104 – 14.^a Vara Criminal do Rio de Janeiro).

⁹⁰ Was den Straftatbestand des Glücksspiels betrifft, so war er nicht Gegenstand der öffentlichen Klage. Weder die Polizei noch die Staatsanwaltschaft machten sich die Mühe, Beweise für dieses Verhalten zu sammeln. Das mangelnde Interesse lässt sich aus zwei Gründen erklären: zum einen aus der Schwierigkeit, die Beteiligung der tatsächlichen Anführer des Geschäfts nachzuweisen, zum anderen aus der Geringfügigkeit der für das Vergehen vorgesehenen Strafe.

⁹¹ Öffentliche Klage im Prozess Nr. 28.104 des 14. Strafrechtlichen Amtsgericht Rio de Janeiro, S. 7.024.

3.3.4.2. Gladiator-Einsatz (*Operação Gladiador*)

Im Dezember 2006, als die *Gladiator*-Einsatz ausbrach, wurde aufgedeckt, dass eine Gruppe der Landespolizei von Rio de Janeiro seit langem in Korruption verwickelt war, und monatlich Bestechungsgelder von beiden Gruppen, die das Spiel kontrollierten, erhielten. Als Gegenleistung böten die Polizisten den Spielbanker Schutz an. Der Vorsitzende der Polizeieinheit, wo diese Polizisten arbeiteten, war selbst auch der Chef der Bande.

Die Klage wurde gegen 43 Personen erhoben, aber auch bei diesem Fall hatte das Verfahren nicht das illegale Glücksspiel zum Gegenstand, sondern anderen Straftaten wie Schmuggel, Korruption und Geldwäsche, obwohl alle in Verbindung mit dem Glücksspiel (dieses Mal dem Spielautomaten) standen. Die angeklagte wurden im Juli 2009 bei einem Richter des Bundeslandes Goiás verurteilt.⁹²

3.3.4.3 Hurrikane-Einsatz (*Operação Furacão*)

Als Ergebnis einer Untersuchung der Bundespolizei hatte der so genannte *Hurrikane-Einsatz* sein Höhepunkt am 13. April 2007 erreicht, als 25 Personen verhaftet wurden, die an in Verbindungen mit dem Glücksspiel stehenden Verbrechen mitgeteilt haben sollen. Unter den Verhafteten befanden sich neben Spielbanker auch drei Kommissare der Bundespolizei, Rechtsanwälte, Richter von ersten und zweiten Instanzen und ein Staatsanwalt

Gemäß der Anklage bildeten die Angeklagten eine kriminelle Organisation, die im Bundestaat Rio de Janeiro tätig war und sich auf die illegale Aktivitäten von Spielautomaten spezialisiert hatte. Obwohl sich die Tatsachen wieder auf das illegale Glücksspiel bezogen, betraf sich der Vorwurf nicht auf das Glücksspiel selbst, sondern auf andere Verbrechen, wie Korruption, Schmuggel und Geldwäsche.

Drei der Gefangenen, die direkt an illegalen Aktivitäten im Zusammenhang mit Spielautomaten beteiligt waren, sind dieselben Personen, die vor 14 Jahren für Bildung krimineller Vereinigungen im Zusammenhang mit dem Spiel der Tiere verurteilt wurden.

Herr D. zum Beispiel wurde zu insgesamt 48 (achtundvierzig) Jahren Gefängnis verurteilt. In Wirklichkeit ist die so genannte "Spielautomaten-Mafia" nichts anderes als der Nachfolger des alten Spiel der Tiere. Die Spielbanker sind dieselben oder die Nachfolger derjenigen, die bis in die 1990er Jahre an diesem Spiel beteiligt haben. Der *Hurrikane-Einsatz* wurde als der bisher größte Kampf gegen Korruption im Justizwesen bekannt.

⁹² Verfahren Nr. 2003.5101.504960-6, 4. Amtsgericht für Bundessachen von Rio de Janeiro (4.^a Vara Federal do Rio de Janeiro).

Der wichtigste Beamte in der Struktur der Justiz, Justizbeamte, dessen mögliche Teilnahme in die Mafia der Glücksspielautomaten bei diesem Polizeieinsatz aufgedeckt wurde, war ein Richter der brasilianischen Korrespondenzstelle des BGH.⁹³ Infolgedessen wurde die Zuständigkeit für das Verfahren auf den Obersten Gerichtshof übertragen. Den Ermittlungen zufolge wurde dem besagten Richter vorgeworfen, von Spielbankern R\$ 1 Million *reais*⁹⁴ als Gegenleistung für die Freigabe von 900 Glücksspielautomaten erhalten zu haben, die im April 2006 in Niterói⁹⁵ beschlagnahmt worden waren. Die Absprachen, die zur Freigabe der beschlagnahmten Automaten führen sollten, wurden angeblich über den Bruder des Richters getroffen, der bei einem Telefonat mit einem Anwalt einer Firma, die Spielautomaten importiert, erwischt wurde.

Alle diese Informationen beziehen sich auf ein Prozess⁹⁶, dessen ursprüngliche Zuständigkeit bei dem BVerfG vorgesehen war, denn zu diesem Zeitpunkt war einer der Angeklagten ein Richter des brasilianischen BGH. Nach seinem Rücktritt, und da es kein anderer Angeklagte gab, der auch das Recht auf ein solches privilegiertes Forum hatte, wurde das Verfahren auf das erster Instanz der Justiz von Rio de Janeiro gerichtet.

Die Ermittlungen des *Hurricane-Einsatzes* ergaben auch, dass es eine Art informelles Gericht gab⁹⁷, das von den Glücksspielbossen selbst geleitet wurde: den so genannten *Clube Barão de Drumond*, bei dem Anträge zu Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem illegalen Glücksspielbetrieb eingereicht wurden. „In der Struktur der Glücksspielindustrie war der Club das oberste Gericht, das für die Beilegung von Streitigkeiten über Gebieten, Vermögen und Erbschaften zuständig war, und die Macht hatte, über Leben und Tod derjenigen zu entscheiden, die seine Entscheidungen missachteten oder das Geschäft gefährdeten“.⁹⁸

Kapitel 3

Der Strafrechtstatbestand „strafbares Glücksspiel“ nach der brasilianischen Strafrechtsordnung

A. Der Tatbestand und seine Tatbestandsmerkmale

Der Ausdruck *Polizei der Sitten* kann von seinem moralischen Inhalt her mit anderen Moralkodexen verglichen werden, die sowohl in der deutschen- als auch in der brasilianischen

⁹³ STJ – Superior Tribunal de Justiça

⁹⁴ *Real* lautet der Name der brasilianische Währung.

⁹⁵ Eine Stadt im Bundesland Rio de Janeiro

⁹⁶ Prozess N. 0004120-47.2006.0.01.0000, des BVerfG (Supremo Tribunal Federal).

⁹⁷ Offensichtlich geht es um kein amtliches Gericht.

⁹⁸ Vgl. Jupiará/Otavio 2015, S. 165.

Rechtsordnungen zu finden sind, wie beispielweise *Sittengesetz*, *gute Sitten* oder *öffentliche Ordnung*. Es hängt von der "Ideologie" des jeweiligen Staates ab, welscher Stellenwert und welche Tragweite der Moral im Gesamtgefüge der verfolgten Staatszwecke zukommen lassen.

Mit der Wahl von Glücksspiel als Untersuchungsgegenstand wurde in der vorliegenden Untersuchung festgestellt, dass der Modalität Spiel der Tiere die größte Bedeutung zukommt, und die Gründe für diese Wahl wurden im vorhergehenden Kapitel erläutert.⁹⁹ Bei der Auseinandersetzung mit Tatbestandmerkmalen ist jedoch unbedingt zu bedenken, dass es neben dieser spezifischen Spielmodalität einen breiten Strafrechtstatbestand gibt, dessen Elemente recht ähnlich sind. In Art. 50 des Gesetzes des Vergehens (Gesetzesverordnung Nr. 3.688 vom 03. Oktober 1941) ist der Straftatbestand vorgesehen, der ein generelles Verbot enthält, das hier als allgemeines Verbot des Glücksspiels bezeichnen kann:

Art. 50 Veranstaltung oder Betrieb eines Glücksspiels an einem öffentlichen Ort oder an einem der Öffentlichkeit zugänglichen Ort, mit oder ohne Zahlung eines Eintrittsgeldes.

Strafe: Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu einem Jahr und Geldstrafe, mit der Erweiterung der Verurteilung auf den Verlust von Möbeln und von Inneneinrichtung des Ortes.

§ 2. Es wird mit einer Geldbuße von R\$ 2.000,00 bis R\$ 200.000,00 bestraft, wer als Zwischenhändler oder Spieler am Glücksspiel teilnimmt, auch wenn dies über das Internet oder ein anderes Kommunikationsmittel geschieht.¹⁰⁰

1. Zum Begriff des Glücksspiels

Glücksspiele gelten nach dem Gesetz als solche, in denen der Gewinn oder der Verlust ausschließlich oder vornehmlich vom Glück abgehängt wird. Zusätzlich zu dieser allgemeinen Definition hat das Gesetz klargestellt, dass Wetten auf Pferderennen auch dann als Glücksspiele gelten, wenn sie außerhalb einer Rennbahn abgeschlossen werden, und zwar überall dort, wo diese keine vorherige Genehmigung für solche Rennen hat.

Unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandmerkmale weist die brasilianische strafrechtliche Literatur jedoch einige Unterschiede zwischen den Straftatbeständen der Artikel

⁹⁹ Im Lauf dieser Untersuchung wird der Ausdruck *Spiel der Tiere* durch den Begriff *Glücksspiel* ersetzt, außer wenn ich die Absicht habe, eine spezifische Bezugnahme auf das Spiel der Tiere zu machen.

¹⁰⁰ Art. 50, § 3: Sind als Glücksspiele zu betrachten:

- a) Spiele, bei denen der Gewinn und der Verlust ausschließlich oder hauptsächlich vom Glück abhängen;
- b) Wetten auf Pferderennen, wenn diese außerhalb der Rennbahn stattfinden;
- c) Wetten auf einen anderen sportlichen Wettbewerb. (Übersetzung des Verfassers)

„§ 3º *Consideram-se, jogos de azar:*

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.”

50 (allgemeines Glücksspielverbot) und 58 (Spiel der Tiere), auf. Aus methodologischen Gründen werden daher einige Merkmale dieser Vorschriften gesondert dargestellt.

2. Tatbestandsmerkmale des allgemeinen Glücksspielverbotes

2.1 Objektiver Tatbestand

Die Tathandlungen des Tatbestands sind dabei *estabelecer* und *explorar*. Unter dem ersten Begriff versteht man *einrichten, festsetzen*; *explorar* bedeutet wiederum *betreiben*. Beide Handlungen sollen nach der vorherrschenden Meinung häufige, dauerhafte, gewohnheitsmäßige Aktivität sein.¹⁰¹ Der Paragraph 2.° jedoch, der auch das Verhalten des Spielteilnehmers unter Strafe stellt, verzichtet auf das Element der Gewöhnlichkeit, d.h. die Tatsache, dass jemand nur einmal am Spiel teilnimmt, erfüllt bereits das Vergehen.

Der Tatort der Veranstaltung des Glücksspiels muss öffentlich oder für die Öffentlichkeit zugänglich sein, und eine Bezahlung ist nicht als Bedingung für den Zutritt erforderlich. Das Verhalten wird auch dann als Straftat angesehen, wenn der Ort, an dem es ausgeführt wird, ein Haus oder eine private Einrichtung ist, einschließlich: (a) das private Haus, in dem Glücksspiele veranstaltet werden, an denen normalerweise auch andere Personen teilnehmen, die nicht bei der Familie der Veranstalter wohnen; (b) das Hotel oder die Wohnungsgemeinschaft, für deren Gäste und Mitbewohner Glücksspiele angeboten werden; (c) der Hauptsitz einer Vereinigung, wo Glücksspiele stattfinden; (d) die für das Glücksspiel vorgesehene Einrichtung, auch wenn dieser Bestimmungsort verborgen ist.¹⁰²

Die folgenden Tatbestandmerkmalen gelten für beide Verhaltensweisen (Art. 50 und § 2.°), d.h. sowohl für den Veranstalter als auch für den Spielteilnehmer.

2.2. Subjektiven Tatbestand

Nach herrschender Meinung ist für den subjektiven Tatbestand nicht erforderlich, dass der Täter das Glücksspiel veranstaltet, mit der Absicht Profit zu erreichen¹⁰³. So ist z.B. das Glücksspiel auch dann strafbar, wenn der Zweck darin besteht, Geld für einen wohltätigen oder solidarischen Zweck zu sammeln.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vgl. Lavorenti/Baldan/Bonini 2016, S. 527; Andreucci 2018, S. 21.

¹⁰² Art. 50 § 4.

¹⁰³ In anderen Richtung, Franco 2002, S. 252.

¹⁰⁴ Vgl. Franco 2002, S. 256.

2.3. Geschütztes Rechtsgut

Nach der vorherrschenden Literatur im brasilianischen Strafrecht ist das Rechtsgut, das durch die Vorschrift, die Glücksspiele unter Strafe stellt, geschützt wird, die guten Sitten. Was mit diesem vagen und abstrakten Begriff gemeint ist, ist nach wie vor unklar und wird weder in der Rechtsprechung noch in der Strafrechtslehre eingehend erörtert. Wie bereits hervorgehoben wurde, sind alle Formen des Glücksspiels in einem in einem Abschnitt des *Gesetzes des Vergehens* (Gesetzesverordnung Nr. 3.688 vom 03. Oktober 1941), der „*Vergehen im Zusammenhang mit der Polizei der Sitten*“ enthält, was den Autoren zu genügen scheint, um einfach zu wiederholen, dass das geschützte Rechtsgut die Sittlichkeit ist. Eine detaillierte Untersuchung des Rechtsguts ist Gegenstand von Kapitel 6, A, dieser Untersuchung.

2.4. Tätigkeitsdelikt

Es geht um *Tätigkeitsdelikte*¹⁰⁵, denn der Unrechtstatbestand in einer Handlung des Täters erschöpft, ohne dass ein Erfolg im Sinne einer raum-zeitlich unterscheidbaren Außenwirkung eingetreten sein müsste. Schon die bloße Tatsache, das Glücksspiel mit Gewohnheit zu veranstalten, oder daran teilzunehmen, wenn auch nur sporadisch, reicht es, um die Straftatbestandmerkmale zu erfüllen. Es ist nicht notwendig, dass der Veranstalter Gewinne erzielt, oder dass die Tathandlung zu einem Schaden für den Spielteilnehmer führt. Es genügt die Tat, das Spiel möglich zu machen oder daran teilzunehmen.

Es ist eine Tatsache, das geschützte Rechtsgut ist nach der vorherrschende Meinung die *gute Sitten*. Für die Erfüllung der Straftatbestände ist es jedoch im konkreten Fall nicht relevant, ob die Beeinträchtigung dieses Gutes eingetreten ist oder nicht. Wie die deutsche Strafrechtsliteratur lehrt, muss der tatbestandmäßige Erfolg von der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts unterschieden werden:

Ergolg bedeutet die von der Handlung raum-zeitlich getrennte Verletzung oder Gefährdung des Handlungsobjekts, während der Rechtsgutsverletzung die Beziehung der tatbestandmäßigen Handlung zu dem Achtungsanspruch des durch die Strafvorschrift geschützten Werts betrifft.¹⁰⁶

2.5. Verletzungsdelikt

Nach der Intensität der Beeinträchtigung kann das Glücksspiel als Verletzungsdelikt eingeordnet werden, weil setzt der Tatbestand eine Schädigung des geschützten Handlungsobjekts. Zwar hat der Ausdruck „*gute Sitten*“ einen vagen und abstrakten Inhalt, bedeutet das jedoch nicht, dass das Delikt als Gefährdungsdelikt einzustufen ist, denn als

¹⁰⁵ Delitos de atividade.

¹⁰⁶ Vgl. Jescheck/Weigend 1996, S. 263.

solches sollen diejenige Delikte eingestuft werden, bei denen die bloße Gefahr einer Verletzung als Erfolg der Handlung ausreicht. Dies ist bei der untersuchten Straftat nicht der Fall. Welche Bedeutung dem Begriff gute Sitten auch immer gegeben wird, das Gesetz geht davon aus, dass es immer aus der Tathandlung folgt als Ergebnis die Beeinträchtigung der guten Sitten. Gerade der Grund für die Kriminalisierung dieser Verhaltensweise sei die Tatsache, dass sie, nach dem Verständnis des Gesetzgebers, die gute Sitten einer Gesellschaft schadet.

3. Tatbestandsmerkmale des Spiels der Tiere

Die spezifische Art des Spiels der Tiere ist in Art. 58 desselben Gesetzes vorgesehen:

Art. 58: Ausnutzen oder veranstalten die sogenannte Lotterie Spiel der Tiere, oder eine Handlung zu begehen, die in Verbindung mit ihrer Ausbeuten (Betrieb) oder Veranstaltung steht:
Strafe - Freiheitsstrafe von vier Monaten bis zu einem Jahr und Geldstrafe.¹⁰⁷

Meines Erachtens wäre es sogar unnötig, für diese Art von Spiel einen autonomen Straftatbestand vorzusehen. Schliesslich decken die Elemente des Art. 50 (die des allgemeinen Glücksspielverbotes) bereits jede Art von Spiel ab, dessen Gewinn oder Verlust ausschliesslich vom Glück abhängt. Die ausdrückliche Vorhersage des Spiels der Tiere kann sich jedoch auf eine Debatte beziehen, die auf die Zeit zurückführt, als das erlassen wurde. Wie es im vorigen Kapitel (oben 1.2) erläutert wird, gab es bereits im brasilianischen RStGB von 1890¹⁰⁸ ein generelles Glücksspielverbot, ähnlich wie in Art. 50 des Gesetzes von 1941. Dennoch gab es, als das neue Spiel aufkam, strafrechtliche Wissenschaften, die die These verteidigten, dass es mangels ausdrücklicher Regelung nicht auf der Grundlage des damaligen Strafgesetzbuches bestraft werden könnte.

Nach dem Erlass des *Gesetzes des Vergehens* bestand es kein Zweifel mehr daran, dass die Veranstaltung des Spiels der Tiere, nach dem Wortlaut des Gesetzes, als eine Straftat zu betrachten war.

3.1. Objektiver Tatbestand

Die Tathandlungen des Tatbestands sind *explorar* und *realizar*. Unter diesen Begriffe sind beziehungsweise *betreiben* und *veranstalten* zu verstehen. Beide Handlungen sollten der Mehrheitsliteratur zufolge eine häufige, dauerhafte, gewohnheitsmäßige Aktivität sein.¹⁰⁹ Im

¹⁰⁷ “Art. 58. *Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:*
Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.” (Übersetzung des Verfassers.)

¹⁰⁸ *Código Penal do Império.*

¹⁰⁹ Vgl. Lavorenti/Baldan/Bonini 2016, S. 527; (Andreucci, 2018), S. 21.

Artikel 58, einzigen Paragraph, wird auch das Verhalten des Spielteilnehmers als strafbar vorgesehen, verzichtet aber auf das Element der Gewöhnlichkeit, d.h. die Tatsache, dass jemand nur einmal am Spiel der Tiere teilnimmt, erfüllt bereits die Tatbestandsmerkmale des Delikts.

3.2. Subjektiven Tatbestand

Nach herrschenden Meinung ist es für den subjektiven Tatbestand nicht erforderlich, dass der Täter das Glücksspiel veranstaltet, mit der Absicht Profit zu erreichen.¹¹⁰

3.3. Geschütztes Rechtsgut

Die guten Sitten. Das ist es, was die herrschende brasilianische strafrechtliche Literatur als das von der Norm geschützte Rechtsgut behauptet. Was unter diesem vagen und abstrakten Ausdruck zu verstehen ist, bleibt unklar. Weder die Rechtsprechung noch die strafrechtliche Dogmatik unternehmen keine tiefe Überprüfung über seine Bedeutung. Wie oben hervorgehoben, sind alle Formen des Glücksspiels in einem Kapitel des Gesetzes vorgesehen, die die *Vergehen bezüglich der Polizei der Sitten* enthält, was den Autoren zu genügen scheint, einfach zu wiederholen, dass das geschützte Rechtsgut die guten Sitten wäre.

3.4. Tätigkeitsdelikt

Es geht auch um ein Tätigkeitsdelikt, denn der Unrechtstatbestand in einer Handlung des Täters erschöpft, ohne dass ein Erfolg im Sinne einer raum-zeitlich unterscheidbaren Außenwirkung eingetreten sein müsste. Schon die bloße Tatsache, das Spiel der Tiere mit Gewohnheit zu veranstalten, oder daran teilzunehmen, wenn auch nur sporadisch, reicht es, um die Straftatbestandsmerkmale zu erfüllen. Es ist nicht notwendig, dass der Veranstalter Gewinne erzielt, oder dass die Tathandlung zu einem Schaden für den Spielteilnehmer führt. Es genügt die Handlung, das Spiel möglich zu machen oder daran teilzunehmen.

Es ist eine Tatsache, das geschützte Rechtsgut ist nach der vorherrschende Meinung die *gute Sitten*. Für die Erfüllung der Straftatbestände ist es jedoch im konkreten Fall nicht relevant, ob die Beeinträchtigung dieses Gutes eingetreten ist oder nicht.

3.5. Verletzungsdelikt

Nach der Intensität der Beeinträchtigung kann auch das Spiel der Tiere als Verletzungsdelikt eingeordnet werden, weil setzt der Tatbestand eine Schädigung des geschützten Handlungsobjekts. Zwar hat der Ausdruck „*gute Sitten*“ einen vagen und abstrakten Inhalt, bedeutet das jedoch nicht, dass die Straftat als Gefährdungsdelikt einzustufen ist, denn als

¹¹⁰ In anderen Richtung, Franco 2002, S. 252.

solches sollen diejenige Straftaten eingestuft werden, bei denen die bloße Gefahr einer Verletzung als Erfolg der Handlung ausreicht. Dies ist bei der untersuchten Straftat nicht der Fall. Welche Bedeutung dem Begriff gute Sitten auch immer gegeben wird, das Gesetz geht davon aus, dass es immer aus der Tathandlung folgt als Ergebnis die Beeinträchtigung der guten Sitten. Gerade der Grund für die Kriminalisierung dieser Verhaltensweise sei die Tatsache, dass sie, nach dem Verständnis des Gesetzgebers, die guten Sitten einer Gesellschaft schadet.

3.6. Vollendung

Im Falle des Glücksspiels handelt es sich um eine „permanente Straftat“ (*crime permanente*), d.h. das Verbrechen gilt während der gesamten Zeit, in der die Einrichtung in Betrieb ist, als vollzogen. Im Falle des Spielteilnehmers tritt der Vollzug erst dann ein, wenn er die Wette abschließt. Davor, während er zum Beispiel das Tier (oder die entsprechende Nummer) auswählt, spricht man von einem Versuch. Und nach Art. 4. des Gesetzes der Vergehen, der Versuch eines Vergehens ist niemals strafbar.

B. Der Tatbestand im Kontext der Systematik des brasilianischen Strafrechts.

1. Die Straftatbestände als Vergehen

Wie im deutschen Strafrecht gilt auch im brasilianischen Strafrecht die Dichotomie der Straftaten in Verbrechen und Vergehen, obwohl das brasilianische Strafgesetzbuch keine Legaldefinition für die Begriffe Verbrechen und des Vergehens enthält. Es besteht nur eine Definition was unter dem Begriff des Vergehens zu verstehen ist, nämlich im sog. Gesetz der Vergehen, wo sich das Verbot des Glücksspiels befindet. Es handelt sich um keine materielle Unterscheidungskriterien, sondern um eine reine formale Zweiteilung, nach Art und Höhe der Strafdrohung.

Nach der brasilianischen Rechtsordnung steht das umstrittene Glücksspielverbot, wie es schon hervorgehoben worden ist, nicht im Strafgesetzbuch, sondern im Nebenstrafrecht, wo das ein generelles Glücksspielverbot (Art. 50) und das Spiel der Tiere ausdrücklich als "Vergehen bezüglich der Polizei der Sitten" eingegliedert sind.

Der Gesetzgeber hatte ein solches Verhalten sogar als eine reine Ordnungswidrigkeit klassifizieren können, weil das Subsidiaritätsprinzip der inhaltliche Maßstab für die Abgrenzung ist. Der Gesetzgeber soll zur Ordnungswidrigkeit und zur Geldbuße greifen anstatt zur Kriminalisierung und zur Strafe, in Fällen, in denen die soziale Störung mit der wenig

belastenden Sanktion des Ordnungswidrigkeitsrechts besser oder ebenso gut zu beheben werden kann wie durch die Strafe.

Obwohl die Strafvorschrift über das Glücksspiel kein Verbrechen ist, sondern ein Vergehen, gibt es keinen Grund dafür auf eine strafrechtswürdige Legitimation zu verzichten. Schließlich unterscheiden sich die beiden Arten von Straftaten - Verbrechen und Vergehen - nicht durch das Vorliegen oder Fehlen eines Legitimationsgrundes, denn, je nach der Legitimationsversuche, beispielweise, beide verletzten - oder verletzen sollten - ein Rechtsgut, beide sind - oder sein sollten - schädliche Verhaltensweisen.

2. Zur Problematik der Spielautomaten: vorübergehende Legalisierungen

Obwohl das Verbots der Glücksspiele nicht einmal vollständig aufgehoben worden ist, waren gewisse Weise von ihnen innerhalb bestimmter Zeiträume und unter eingeschränkten Umständen gesetzlich genehmigt. Die erste Flexibilisierung des Verbots erfolgte am 6. Juli 1993 durch das Gesetz 8.672/93, genannt *Zico-Gesetz*¹¹¹. Artikel 57¹¹² dieses Gesetzes ermächtigte Sportvereine, die die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllten, *Bingos*¹¹³ oder ähnliche Verlosungen durchzuführen, um Gelder für den Verein einzunehmen. Die Genehmigung für diese Tätigkeit sollte von der Verwaltung jeweiligen Bundeslandes erteilt werden. Die Veranstaltung von *Bingos* wurde dann vorläufig legalisiert.¹¹⁴

Später wurde diese Legalisierung durch das Gesetz Nr. 9.615 vom 24. März 1998 erweitert¹¹⁵, dessen Artikel 59 festlegte, dass *Bingo-Spiele* Bundesweit erlaubt waren, und seit diesem neuen Gesetz lag die Zuständigkeit für die Erteilung von Genehmigungen an Sportvereine nicht mehr bei den Ländern, sondern bei der Bundesregierung. Die Genehmigung dürfe den Sportsvereine erteilt werden, insofern die in Art. 62 vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt wären. Ein Sportsverein dürfte aber die Genehmigung auf ein privates Unternehmen übertragen, das die Verwaltung und Verantwortung der Veranstaltung übernahm, und dem Sportsverein eine Provision von nicht weniger als 7% des eingenommenen Betrags zahlen sollte.

Die Artikel dieses Gesetzes, die die *Bingos* erlaubten, hatten jedoch eine kurze Gültigkeitsdauer, da sie durch das Gesetz 9.981 vom 14. Juli 2000 aufgehoben wurden. Das Problem bestand darin, dass, als die Tätigkeit durch dieses neue Gesetz erneut verboten wurde,

¹¹¹ An Ehre Fußballspieler *Zico*.

¹¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8672.htm

¹¹³ Spielart in der jeder Spieltenehmer ein Spielschein mit einigen Losnummer behält, während die Zahlen werden gezogen. Gewinnt derjenigen dessen in Spielschein stehende Losnummer gezogen werden.

¹¹⁴ Vgl. Andreucci 2018, Pg. 527

¹¹⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9615consol.htm#art96

einige Genehmigungen auf der Grundlage des vorherigen Gesetzes 9.615/98¹¹⁶ bereits erteilt werden hatten, die eine feste Laufzeit hatten, die noch auslief. Mit anderen Worten, es wäre möglich, dass ein Sportverein im Jahr 1999 die Erlaubnis erteilt wurde, Glücksspiele für einen Zeitraum von 5 Jahren zu veranstalten, der erst 2004 auslaufen würde. Es gibt Autoren, die der Meinung sind, dass, obwohl das Gesetz 9.615/98 durch das Gesetz 9.981/00¹¹⁷ aufgehoben wurde, die erteilten Genehmigungen bis zum Zeitpunkt seines Außerkrafttretens hätten respektiert werden müssen. In der Folge wurden solche Fälle durch eine Übergangsregelung geregelt¹¹⁸. Art. 17, MP Nr. 2.216-37, vom 31. August 2001 behielt die Möglichkeit der Genehmigung zur Veranstaltung von Glücksspielen bei¹¹⁹. Kurz gesagt, das Thema ist umstritten und noch nicht endgültig geklärt. Obwohl es Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser vorläufigen „Gesetze“ gibt, erteilen einige Richter Entscheidungen, die den Betrieb einiger Spielhallen mit den erwähnten Begründungen genehmigen.¹²⁰

3. Der Entwurf eines neuen brasilianischen Strafrechtsgesetzbuchs

Die Bewegung um eine Reform des brasilianischen Strafgesetzbuches begann im Oktober 2011 mit der Einsetzung einer Sonderkommission von Juristen, die im Juni 2012 einen Gesetzesvorschlag mit 543 Artikeln vorlegte, und daraus ergab sich den Gesetzentwurf PLS-N. 236/2012¹²¹. Aus diesem Entwurf lässt es sich ableiten, dass der Gesetzgeber die Absicht hat, die bedrohte Strafe der Glücksspieltatbestände zu verschärfen. So steht in der letzten Fassung des Berichts zur Strafrechtsreform zu entnehmen, die sich schon bereits zur Abstimmung im brasilianischen Parlament befindet.¹²²

Der Gesetzesentwurf Nr. 236/2012 des Bundessenats vorsieht, dass das Glücksspiel nicht mehr als Vergehen vorgesehen werden soll, sondern als ein Verbrechen. Der Entwurf wurde von einem Ausschuss von Rechtsexperten ausgearbeitet, der neben der Umwandlung des Vergehens in ein Verbrechen, den Straftatbestand mit Freiheitsstrafe von 1 bis zu zwei Jahren bedroht.¹²³ Am Ende der Beratungen im Senat wurde der Schlussbericht jedoch am 17.

¹¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9981.htm#art93

¹¹⁷ Vgl. Lavorenti/Baldan/Bonini 2016, S. 22.

¹¹⁸ *Medida Provisória*. Als *Medida Provisória* werden Vorschriften bezeichnet, die vom Bundespräsidenten der Republik erlassen werden und Gesetzeskraft haben, bis der Kongress analysiert und entscheidet, ob sie in ein endgültiges Gesetz umgewandelt werden sollen oder nicht. Seit dem Verfassungszusatz Nr. 32 vom 09.11.2001 verlieren solche Vorschriften nach maximal 120 Tagen ihre Gültigkeit.

¹¹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2216-37.htm

¹²⁰ Monteiro 2006, S. 248.

¹²¹ PLS (*Projeto de Lei do Senado*) – Gesetzentwurf des Bundessenats N. 236/2012.

¹²² Quelle: Agência Senado.

¹²³ Aktuell sind die Straftaten mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zum 1 Jahr und Geldstrafe für den Veranstalter, und nur mit Geldstrafe für den Spielteilnehmer, bedroht.

Dezember 2013 verabschiedet, der eine noch höhere Strafe vorsieht: Freiheitsstrafe von 3 bis zu 8 Jahre für den Besitzer von Glücksspiel-Saal, Spielhall oder Spielbank, und Freiheitsstrafe von 1 bis 3 Jahre für die Spielteilnehmer.¹²⁴

Im Abschlussbericht des Entwurfs steht:

"Bei dem Straftatbestand der Glücksspielausbeutung (art. 267), haben wir einen Absatz mit der Definition des Glücksspiels hinzugefügt, mit dem wir versuchen, den Anwendungsbereich der Glücksspiele abzugrenzen, die auf kommerzielle Nutzung (Gewinnzwecke) - und nicht etwa Veranstaltung auf Kirchweih - abzielen sollte, und klarstellen, dass er sich auf Spiele bezieht, deren Ergebnis nicht überwiegend von den Fähigkeiten des Spielers abhängt (d.h. dessen Gewinn überwiegend vom Glück abhängt), wie es heute im Gesetz der Vergehen vorgesehen ist."

„No crime de exploração do jogo de azar (art. 267), adicionamos parágrafo com a definição de jogo de azar, buscando delimitar o alcance do tipo, que deve mirar o uso comercial (fins de lucro) – e não bingos de quermesses, por exemplo –, e esclarecer que se refere ao jogo cujo resultado não dependa preponderantemente da habilidade do jogador (isto é, cujo resultado depende preponderantemente da sorte), tal como hoje previsto na Lei de Contravenções Penais.“

Dies zeigt die Absicht des Gesetzgebers, das Verhalten nicht nur als eine Straftat zu bewahren, sondern es sogar als noch schwerwiegender anzusehen. Und die im Gesetzentwurf stehenden Gründe, die diese Verschlechterung rechtfertigen sollen, setzen sich fort mit einem moralisierenden Inhalt, der dem vor 80 Jahre beschworenen sehr ähnlich ist.

Andererseits gibt es auch Gesetzentwürfe im Senat und in der Abgeordnetenkommission, die die Regulierung von Spielen zum Gegenstand haben. Dies ist der Fall des Gesetzentwurfs Nr. 186/2014 des Bundessenats¹²⁵, und des Gesetzentwurfs Nr. 2.254/2007 der Abgeordnetenkommission. Der erste ist bereit für die Abstimmung im Plenum, aber es ist kein Termin vorgesehen. Der zweite liegt seit dem 30. November 2010 ohne Bearbeitung.¹²⁶

C. Der Tatbestand in der brasilianischen Strafrechtsprechung

1. Allgemeine Bemerkungen

Wie oben erläutert, führten sowohl die großen Polizeieinsätze als auch die wichtigsten Fälle im Zusammenhang mit dem Glücksspiel nicht einmal zu Verurteilungen wegen dieses Vergehens. Der Schwerpunkt sowohl der Ermittlungen als auch der Strafverfolgungen lag auf den

¹²⁴ Art. 267 Betreiben des Glücksspiels und die Lotterie *Spiel der Tiere*, ohne behördliche rechtliche Genehmigung: Strafe: Freiheitsstrafe von 3 bis zu 8 Jahre.

§ 1.º Wer die *apontamento* oder eine sonstige entsprechende Handlung durchführt wird mit Freiheitsstrafe von 1 bis zu 3 Jahre bestraft.

“Art. 267. Explorar jogos de azar e a loteria denominada jogo do bicho, sem autorização legal regulamentar: Pena – prisão, de três a oito anos.

§1º A pena é de prisão, de um a três anos, para quem realiza o apontamento ou atividade equivalente nos jogos referidos neste artigo.“

¹²⁵ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117805>

¹²⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=372688>

Kriminelle-Organisationen im Zusammenhang mit anderen Straftäten wie Banden, Korruption, Schmuggel und Geldwäsche. Es gibt nur wenige Entscheidungen zu Tatbestandsmerkmalen der Art. 50 oder 58 des Gesetzes der Vergehen, ohne große Relevanz für die Diskussion, die Gegenstand dieser Untersuchung ist.

Was die Tathandlung betrifft, gibt es einige Diskussionen über die Abgrenzung des Glücksspiel-Begriffs, um abzugrenzen, ob andere Spielarten in diese Definition passen würden oder nicht. In diesem Sinne hat das brasilianische BVerfG bereits entschieden, dass Videopoker ein Glücksspiel ist und als solches unter die Verbotsregelung fallen sollte.¹²⁷ In ähnlicher Weise gelten nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts São Paulo das Roulett,¹²⁸ und der Vogelkampf auch als verbotene Glücksspiele¹²⁹, aber nicht das *Pif-paf*, der Poker¹³⁰ und das Snooker¹³¹.

Was den Ort betrifft, wo das Spiel veranstaltet wird, betrachtet das Gesetz es ebenfalls als Straftat, wenn es in einem Privathaus ausgeübt wird, wenn sich unter den Teilnehmern Personen befinden, die nicht aus der Familie stammen, die in diesem Haus lebt.¹³² Dazu entschied das brasilianische BVerfG, dass sich der Begriff Familie nur auf Personen bezieht, die in diesem Haus wohnen, so dass er das Spiel mit Verwandten von außerhalb nicht umfasst.¹³³ Dasselbe Gericht entschied, dass Wetten auf Pferderennen, wie ausdrücklich im Gesetz der Vergehen vorgesehen ist, nur dann als Straftat gelten, wenn sie außerhalb der Rennbahn durchgeführt werden.¹³⁴

Was das Spiel der Tiere angeht, so ist die Rechtsprechung des brasilianischen BGH eindeutig in dem Sinne, dass das Verhalten des Veranstalters auch dann zu bestrafen ist, wenn kein Spielteilnehmer oder Spielbanker identifiziert wurde, und es genügt, dass der Veranstalter lediglich im Besitz von für das Spiel bestimmtem Gegenstände angetroffen wird.¹³⁵

2. Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielverbotes

Jüngste Beschlüsse des Oberlandesgerichts Rio Grande do Sul haben Aufmerksamkeit erregt, weil die Strafvorschrift des Glücksspielverbotes im Hinblick auf den materiellen Verbrechensbegriff überprüft wurden. Als Beispiel solcher Entscheidungen nehmen wir eine

¹²⁷ STF – *Supremo Tribunal Federal* (Bundesverfassungsgericht) – RHC – RT 630/385.

¹²⁸ TAGB – RT 448/460. Franco 2002, S. 257.

¹²⁹ TACRIM-SP – AC – RT 500/339, Franco 2002, S. 253.

¹³⁰ TJSP – AC – RT 228/499, Franco 2002, S. 252/253.

¹³¹ TACRIM-SP – RT 239/370, Franco 2002, S. 258.

¹³² Gesetzesverordnung (*Decreto-Lei*) N.º 3.681/41, Art. 50, § 4.º, a.

¹³³ STF – *Supremo Tribunal Federal*, HC – RF 119/520; HC – RF 121/452.

¹³⁴ STF – *Supremo Tribunal Federal*, HC – RT 214/563 d 210/504.

¹³⁵ STJ – *Superior Tribunal de Justiça* (Bundesgerichtshof) Resp. – RT 749/628; *Súmula* (Präzedenzfall) N. 51.

aus dem Jahr 2018.¹³⁶ Nach dem Beschluss des erwähnten Oberlandesgerichts soll das Verhalten nicht unter Strafe gestellt werden, weil das Verbot gegen die Verhältnismäßigkeit- und Schadensgrundsätze verstößt. Das Gericht erkennt andererseits die Legitimität des Staates an, die Tathandlung nur als Ordnungswidrigkeit, nicht aber als Straftat einzufügen.

Der spezifische Fall bezog sich auf den Besitzer einer Bar, in der einige Spielautomaten aufgestellt worden waren. Die Richter stützten ihre Entscheidung auf die folgenden Argumente: a) weder individuelle noch soziale Schaden werden durch das Verhalten verursacht, da keine potentielle Gefahr für die Gesundheit und Würde des Spielers bestehe, vor allen wenn der Wert der Wetten so gering ist, und es sich um ein kleines Unternehmen handelt; b) Mangel an Verletzung von Rechtsgütern; c) Verstoß gegen das Handlungsfreiheitsgrundrecht, da die Entscheidung zu spielen oder nicht zu spielen, auf der Hand der Person liege; d) das Verhalten stelle zudem keine Beeinträchtigung eines überindividuellen Gutes oder eines Dritten dar; e) schließlich das ökonomische Argument, dass das Glücksspielverbot einen Verstoß gegen das Prinzip der freien ökonomischen Initiative darstelle.

Dies ist in der Begründung der Entscheidung angegeben:

Die strafrechtliche Dogmatik einigt sich, dass das geschützte Rechtsgut bei der Kriminalisierung des Glücksspiels die guten Sitten sei. Es ist unerlässlich zu sagen, dass sich die Definition (zu guten Sitten) mit der Zeit ändert, da es sich um einen Fall der Entwicklung, der historischen Auslegung und der Entwicklung bei der Anwendung des Strafrechts handelt. Die Lebensgewohnheiten, oder besser gesagt, die *guten Sitten*, unterliegen einer ständigen Entwicklung, da sich auch die Gesellschaft im Lauf der Zeit verändert, integriert und in der durch das Internet geschaffenen Verbindung akkulturiert. In den 40er Jahren des letzten Jahrhunderts beleidigte es die *guten Sitten*, wenn das Mädchen in der Öffentlichkeit seine Knie zeigte; heute beleidigt der anzügliche Kuss einer Fernsehserie um 21 Uhr die guten Sitten nicht, egal ob es um einen hetero- oder homosexueller Kuss geht.

Das Gericht weist auch das Argument der Folgekriminalität zurück, dass um das Spiel herum ein Netzwerk anderer Straftaten wie Korruption und Geldwäsche entstanden sei, und erklärt, es gebe keinen Beweis dafür, dass die Kriminalisierung des Verhaltens zu einem Rückgang dieser Straftaten geführt habe. Am Beispiel von Geldwäscherei und Korruption argumentieren die Richter, dass diese Verbrechen nur im Zusammenhang mit Glücksspielen existieren, eben wegen des Verbots selbst. Wenn das Verhalten nicht unter Straffe gestellt worden wäre, gäbe es keine Notwendigkeit, einem Amtsträger einen Vorteil als Gegenleistung anzubieten, oder das Geld, das aus der Glücksspielgeschäfte stammt, zu "waschen".

¹³⁶ TJ-RS – *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* (Oberlandesgericht-Rio Grande do Sul), RC 710077387426, veröffentlicht am 02.08.2018.

Die Entscheidung weist auch auf einen Widerspruch hin, in Bezug auf das moralische Argument: Wenn der Staat das Glücksspielmonopol der Lotterie habe, und diese Aktivität sogar fördert, ist es falsch zu behaupten, dass es „Moral“ und „gute Sitten“ gibt, die durch das verbotene Glücksspiel beleidigt werden, und es andere „Moral“ und „gute Sitten“ die gegen das vom Staat monopolisierten Glücksspiels immun sind.

Diese und andere ähnlichen Beschlüsse des Landesgerichts Rio Grande do Sul sind noch für das BVerfG zu überprüfen. Das Gericht hat zurzeit nur entschieden, ob der zukünftige Beschluss zum Thema, Auswirkung nur für den Einzelfall oder allgemein (d.h. *erga omnes*) herstellen wird. Eine Überprüfung ob die Strafvorschrift verfassungsmäßig oder verfassungswidrig ist, ist noch zu erwachen.

D. Der Tatbestand in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion

1. der Begriff *Sittenpolizei*

Definition über den Begriff Sittenpolizei sind selten und unbestimmt. Es lässt sich auch nicht leugnen, dass sich in der brasilianischen Lehre oder Rechtsprechung mit Leichtigkeit und Klarheit eine Kritische Funktion des Rechtsgutbegriffs finden lassen kann, der nach der Legitimität der Norm fragt.

In der brasilianischen Strafrechtsdogmatik sind zwei Prämissen nach wie vor sehr präsent: erstens, dass das geschützte Rechtsgut in einigen Fällen lediglich durch die Einfügung des Straftatbestands in die ihn vorsehende Vorschrift identifiziert wird; und zweitens, dass das Rechtsgut lediglich als Auslegungsinstrument fungiert. Wenn Richter und Strafrechtswissenschaftler im Fall des Glücksspiels nach einem geschütztem Rechtsgut suchen, so sagen sie, in einfacher Wiederholung der bekannten Argumentation, der Titel des Abschnitts, indem das Glücksspiel eingeordnet ist, sei die Sittenpolizei' das vermutete Rechtsgut. Dies führt zu einem unkritischen Umgang mit der Bedeutung des Begriffs "Sittenpolizei". Letztlich herrscht die Vorstellung vor, dass das Gesetz weise ist, dass es keine nutzlosen Wörter oder Begriffe enthält und dass es nur dem Richter als Ausleger des Gesetzes obliegt, diese Begriffe zu assimilieren.

Hintergrund hierfür ist ein gewisser Moralismus des Gesetzes, wie es im Kapitel IV (A) gezeigt werden wird. Die Sittenpolizei sei, so Benatte, eine Erfindung des bürgerlichen XIX. Jahrhunderts, die in Brasilien den Prozess der Urbanisierung der Gesellschaft begleitet. Seit Ende des 19. Jahrhunderts ist die Überwachung der "guten Sitten" zu einer intensiven und

alltäglichen Tätigkeit der Polizei geworden, vor allem in großen Metropolen wie São Paulo und Rio de Janeiro.¹³⁷

Unter einem ähnlichen Begriff gliederte auch das im Jahr 1940 in kraft tretenden brasilianischen Strafgesetzbuch die sexuellen Delikte, bezeichnet als "Straftaten gegen die Sitten". Erst ab dem Jahr 2009, seit der Reform der Sexualdelikte, werden solche Straftaten als "Straftaten gegen die sexuelle Würde" bezeichnet.

Der Gesetzgeber hat entschieden, das Glücksspielverbot als eine Straftat und nicht als eine bloße Ordnungswidrigkeit einzuordnen. Das Bestehen eines strafwürdig geschützten Rechtsguts in der genannten Vorschrift ist zweifelhaft oder zumindest fragwürdig.

In diesem Zusammenhang deutet vieles darauf hin, dass das Verbot von Glücksspielen auf den Schutz der Moral abzielt. Eine ähnliche Frage wurde in Deutschland auch hinsichtlich des Inzestverbots diskutiert, wie es im vierten Kapitel mit einigen Beispielen aus der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung gezeigt werden wird.

Die Entscheidung des Staates, durch das Strafrecht eine bestimmte "Sittenpolizei" zu schaffen, kann nicht aus dem Blickwinkel einer Ideologie getroffen werden, die totalitären Staaten eigen ist, die nur "eine" politisch dogmatisierte Moral kennen, mit der Absicht, das Leben in der Gesellschaft durch sie zu regeln.

¹³⁷ Benatte 2002, S. 148

Kapitel 4

Rechtsvergleichender Blick auf die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung

A. Kriminalisierung und Verfassungsrecht: *Das Sittengesetz als Grundrechtsschranke*

1. Zum Begriff *Sittengesetz*

Die Einführung des Begriffs "Sittengesetz" in das deutsche Grundgesetz steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der geschichtsphilosophischen Entwicklung ab 1945, die zu einer Wiederbelebung des Naturrechts führte.¹³⁸ Unter diesem Gesichtspunkt intensivierte sich in den 1950er und 1960er Jahren die Debatte über die Bedeutung von Moralvorstellungen für das Strafrecht.¹³⁹

Diese Wandlung des Rechtsverständnisses war das Ergebnis einer Abkehr vom Rechtspositivismus, der als vermeintliche theoretische Grundlage zur Rechtfertigung der unmenschlichen Handlungen des Nationalsozialismus herangezogen wurde. Demgegenüber hat der Begriff "Sittengesetz" einen starken ethischen Gehalt. Man kann ihn deshalb auch als eine verfassungsethische Generalklausel verstehen. Als solche bezeichnet er zugleich eine ethische Grenze der Freiheitsausübung, nunmehr als Bestandteil der deutschen Verfassung. Der Begriff "Sittengesetz" hat also den Charakter eines Moralkodexes, wie die Begriffe "guten Sitten" und der "öffentlichen Ordnung", aber auch der deutschen Verfassung wie, u.a., "*unantastbare Menschenwürde*" (GG Art. 1 Abs. I), "*unübertragbare Menschenrechte*" (GG, Art.1 Abs. II); und politische Zielsetzungen, wie *Frieden, Gerechtigkeit, Sozial- und Rechtsstaatlichkeit*.

Die brasilianische Verfassung kennt keinen Begriff, ähnlich dem des deutschen "Sittengesetzes". Dies bedeutet aber nicht, dass diese Verfassung keinen Bezug zu ethischen oder religiösen Werten aufweist. So heißt es zum Beispiel in ihrer Eingangsformel, dass die Verfassung "unter dem Schutz von Gott" verkündet worden ist. Sie hat auch keinen ausdrücklichen Bezug auf "die Rechte anderer", oder auf „die verfassungsmäßige Ordnung“. Die verfassungsrechtliche Garantie der Handlungsfreiheit, gemäß Art. 5, II der brasilianischen Verfassung ist die einzige, ausdrückliche Schranke in diesem Sinne, im Wortlaut: „*Niemand ist verpflichtet etwas zu tun oder zu unterlassen, wenn dies nicht im Gesetz vorgesehen ist*“.

In der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik gibt es eine gewisse Ungenauigkeit bei der Bestimmung des rechtlichen Gehalts des Begriffs "Sittengesetz", ohne auf sehr abstrakte

¹³⁸ Vgl. Erbel 1971, S. 257

¹³⁹ Vgl. Erbel 1971, S. 192

Begriffe zurückgreifen zu müssen. Für einige Autoren bezieht sich der Begriff "Sittengesetz" nur auf grundlegende moralische Überzeugungen, die gegenwärtig anerkannt sind, wie es in der älteren verfassungsrechtlichen Literatur der Fall ist.¹⁴⁰ Dies bedeutet aber, dass selbst das geltende Verfassungsrecht nicht mehr anerkennt, dass die verbreitete moralische Anschauungen den Grundrechten Grenzen setzen können.

Man unterscheidet eine "wahre Moral" von einer "konventionellen Moral". Diese letztere wird verstanden, so Hörnle, als "aktuelle Verhaltensmaximen, die mehrheitlich als gültige Vorgaben anerkannt werden."¹⁴¹ Der Begriff Sittengesetz könnte, so Hörnle, als konventionelle Moral verstanden werden.

Das Problem dieser mehrheitlich anerkannten moralischen Grundüberzeugungen ist, wo die Überzeugungen der Minderheit bleiben. So betont Hörnle: "Ein Staat, der seine Rechtsordnung nicht an den Rechten anderer ausrichtet, sondern die konventionelle Moral für Sanktionsnormen heranzieht, würde Minderheiten keine Freiheitssphären belassen."¹⁴²

Es fragt sich, ob der Begriff *Sittengesetz* einen normativen Gehalt besitzt, da er als solcher in den Text der deutschen Verfassung aufgenommen wurde. Die deutsche Verfassung erlaubt, dass die Handlungsfreiheit durch Moralvorstellungen oder die guten Sitten beschränkt werden kann. Eine mögliche Kritik der Art, dass das geltende Recht über keine legalen Instrumente verfüge, um Handlungsweisen zu beschränken, die als unmoralisch angesehen werden, erfordert angesichts des Wortlauts des Art. 2 Abs. 1 GG eine Begründung.

Einige Autoren beschäftigen sich damit, gewisse strafrechtliche Verbotsnormen zu rechtfertigen, aber ohne Bezug auf das Sittengesetz zu nehmen, mit der Argumentation, die der Anwendung des Konzeptes der "konventionellen Moral" sehr ähnlich sei. Dies sind die Vertreter der soziologisch-moralischen Lehre, wie Amelung, Stratenwerth und Hefendehl. In ihrer Argumentation nehmen sie nicht Bezug auf das Sittengesetz als legitimierende Basis sondern argumentieren, dass die Strafnormen zum Schutz „tief institutionalisierter Kulturüberzeugungen“ legitim seien, weil durch solche Verstöße der Bestand der Gesellschaft gefährdet werde.¹⁴³

Verstöße gegen die Sozialmoral werden, aus dieser Sicht, über den Umweg der "Sozialschädlichkeit" oder der "normativen gesellschaftlichen Verständigung" als

¹⁴⁰ Vgl. Erbel 1971, S. 145 ff.

¹⁴¹ Hörnle, 2005, S. 53.

¹⁴² Hörnle, 2005, S. 60

¹⁴³ Vgl. Amelung 1972, S. 346; Hefendehl 2002, S. 52 verwendet auch das Kriterium der „tief verwurzelten Kulturüberzeugungen“.

Eingriffsgrund eingestuft.¹⁴⁴ Amelung will seine Konzeption durch die fundamentalen Wertentscheidungen des Grundgesetzes (vor allem Art. 1. und 2. GG) einschränken. Diesbezüglich argumentiert Stratenwerth, dass bestimmte Verhaltensanforderungen zum “Minimalkonsens unserer Gesellschaft” gehöre¹⁴⁵. Auch Hefendehl, der die sog. *Verhaltensdelikte* für legitim hält,¹⁴⁶ kommt zu ihrem Verdikt: die Bestrafung reiner Unmoral widerspreche der Verfassung. Er gelangt zu dieser Auffassung ohne die Grundrechtsschranke des Art. 2. Abs. 1 GG zu thematisieren.

Geht man von einer normativen oder soziologischen Perspektive aus, so muss man anerkennen, dass das Sittengesetz, als Schranke der freien Persönlichkeitsentfaltung nicht in einem streng christlichen Sinne, sondern weltanschaulich neutral verstanden werden muss; ähnlich wie der Begriff “*Gewissen*” muss das “*Sittengesetz*” für alle Bekenntnisse und Weltanschauungen gleich ausgelegt werden, um eine “religiöse oder weltanschaulich dogmatisierte Gesinnungs- und Verhaltensethik¹⁴⁷ zu verhindern”.

In der verfassungsrechtlichen Literatur wird eine Gleichsetzung des Sittengesetzes mit einer bestimmten Weltanschauung oder Religion zu Recht abgelehnt, weil dies mit der weltanschaulichen Neutralität des Grundgesetzes nicht vereinbar ist¹⁴⁸. Es ist jedoch utopisch, eine Idee des moralischen Gesetzes anzustreben, die einer Neutralität der Weltanschauungen entspricht, d.h. eine Idee des Sittengesetzes, die mit den unterschiedlichsten Weltanschauungen vereinbar ist, da diese absolute Neutralität nicht erreicht werden kann. Zusammenfassend können wir feststellen, dass der normative Charakter des Begriffs Sittengesetz eine Neutralität aufweisen soll, der Art, dass dieser Begriff neutral für alle Bekenntnisse und Weltanschauungen sein muss. Jedoch ist es nicht möglich eine solche Neutralität inhaltlich zu bestimmen. Um ein Verhalten als kriminell zu bezeichnen, reicht es daher nicht aus, von einer vermeintlichen Weltanschauung auszugehen, die allein auf den Umständen einer bestimmten Epoche basiert. Erstens, weil die Weltanschauungen von Minderheiten nicht einfach ignoriert werden können als ob sie keinerlei Bedeutung hätten. Zweitens, weil es fragwürdig ist, warum der *Status Quo* konventioneller Anschauungen garantiert werden soll.¹⁴⁹

Man kann deshalb bekräftigen, dass der Begriff Sittengesetz auch in die Zukunft orientiert ist. Er ist ein verfassungsrechtliches Funktionselement und besitzt eine inhaltliche

¹⁴⁴ Vgl. Hörnle 2005, S. 55.

¹⁴⁵ Stratenwerth 1998, S. 389.

¹⁴⁶ Hefendehl 2002, S. 52.

¹⁴⁷ Vgl. Erbel 1971, S. 321.

¹⁴⁸ Vgl. Hörnle 2005, S. 61.

¹⁴⁹ Vgl. Papageorgiou 1994, S. 261.

Wandelbarkeit. Die inhaltliche Bestimmung des Sittengesetzes muss in Übereinstimmung mit den sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Veränderungen erfolgen. Diese Funktion betrifft insbesondere im Bereich des Strafrechts auch den Gesetzgeber, der das Sittengesetz unter den jeweiligen gesellschaftlichen Bedingungen verstehen muss, wenn man es als Inbegriff der sozial empirisch feststellbaren, allgemein anerkannten sittlichen Werturteile versteht.¹⁵⁰

Es bestehen z.B. einige Werte, die nur für bestimmte gesellschaftliche Gruppen von Bedeutung sind. Auf der anderen Seite kann es sich dabei auch um Überzeugungen handeln, die früher verbreitet waren, aber gegenwärtig einen Bedeutungsverlust hinnehmen mussten.¹⁵¹

Man kann deshalb feststellen, dass das Sittengesetz wirklich zur Festigung demokratischer Werte im Rechtsstaat dient, aber nicht, so Erbel,“ im Sinne einer vorgegebene, starren, durchnormierten Wertordnung, die den soziaethischen ‘*status quo*’ schlechthin konserviert oder irgendeine dogmatisierte Moral auf Ewigkeit perpetuieren will, also inhaltlich abschließend festgelegt”¹⁵² ist.

2. Das Sittengesetz in der Strafrechtswissenschaft

Obwohl das Sittengesetz als Schranke der Handlungsfreiheit ausdrücklich in Art. 2. Abs. 1 GG erwähnt wird, wird diese Grundrechtsschranke in der Strafrechtswissenschaft schlicht ignoriert. Die Verweis auf die Moral als Begründung für Strafrechtsnormen ist in der modernen Strafrechtswissenschaft nicht mehr zu finden.

Der meisten Autoren der gegenwärtigen strafrechtlichen Literatur ist gegen die Kriminalstrafe als Mittel zur Bekämpfung unmoralischen Verhaltens.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Bestrafung reiner Unmoral der Verfassung widerspricht. Hierbei greift man auf die Debatte “Konstitutionalismus *versus* Legalismus” zurück. Appel hat schon argumentiert, dass es keinen zwingenden verfassungsrechtlichen Grund gebe, bloße Moralwidrigkeiten von vornherein aus dem Kreis strafbarer Verhaltensweisen auszuschließen.¹⁵³

Dreier ist der Meinung, dass die Entscheidungen des Gesetzgebers nicht allein durch das Demokratieprinzip ihre Legitimation finden, sondern in der materiellen Werteordnung des Grundgesetzes.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Vgl. Erbel 1971, S. 310.

¹⁵¹ Vgl. Hörnle, 2005, S. 53.

¹⁵² Erbel 1971, S. 270.

¹⁵³ Vgl. Hörnle 2005, S. 52, Fn. 220.

¹⁵⁴ Vgl. Dreier 1988, S. 98.

In diesem Zusammenhang kann man aber nicht vergessen, dass es hier über die Beschränkung der Handlungsfreiheit durch Strafsanktionen spricht wird. Wenn schon Verwaltungsmaßnahmen, wie z.B. die staatliche Videoüberwachung im öffentlichen Raum, die die Handlungsfreiheit beschränken, einer rechtsstaatlichen Kontrolle unterliegen, muss dies umso mehr gelten, wenn die Handlungsfreiheit durch Strafandrohungen beschränkt wird.

Im Strafrecht gibt es Fälle, in denen ein spezifisches Grundrecht, wie beispielsweise der Meinungsfreiheit, Beschränkungen unterliegt, ohne dass dies ein Problem der Rechtfertigung schafft. Die §§ 90, 90a, 86a, StGB sind Beispiele hierfür. Auch die allgemeine Handlungsfreiheit kann strafrechtlichen Beschränkungen unterliegen, eben sowie das Sittengesetz.

Diesbezüglich stellen sich zwei wichtige Fragen: Zum ersten, ob jedes moralwidriges Verhalten unbedingt ein Verstoß gegen das Sittengesetz sei. Als einfachste Rechtfertigung einiger Tatbestände kann man darauf zu verweisen, dass es um Verhalten geht, die moralwidrig und deshalb ein Verstoß gegen das Sittengesetz seien. Zweitens: falls man die erste Frage bejaht, wäre dann zu fragen, ob die Tatsache, dass ein bestimmtes Verhalten dem Sittengesetz widerspricht, dies ausreichend sei um solches Verhalten zu kriminalisieren.

Bezüglich dieses Themas ist es wichtig zu unterscheiden, ob diese Verhaltensweisen innerhalb- oder außerhalb der Privatsphäre geschehen. Konventionelle Moralvorstellungen sind nicht geeignet, Verbotsnormen zu begründen, wenn sich das in Frage stehende Verhalten innerhalb der Privatsphäre des Betroffenen abspielt.¹⁵⁵ Das heißt, die Privatsphäre als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann durch das Sittengesetz nicht eingeschränkt werden.

Zur Privatsphäre gehört insbesondere die Gestaltung der eigenen Sexualität. Außer wenn der Handelnde Kontakt zu nicht einverstandenen, und deshalb nicht in seine Privatsphäre eingebundenen Personen herstellt. Beispielsweise: exhibitionistische Handlungen.¹⁵⁶

Dies gilt selbst für Verhaltensweisen außerhalb der Privatsphäre, wenn man argumentiert, es handele sich um ein Verhalten, das mit gängigen sozialemischen Vorstellungen nicht vereinbar sei, so stellt sich dann die Frage, ob das Sittengesetz als Freiheitschranke jedenfalls diese Verbote rechtfertigen könnte.

Es gibt Moralnormen, die ohne Schwierigkeit von konstitutionellen Normen abgeleitet werden können, ohne dass man sich hierbei auf religiöse oder weltanschauliche Moralsysteme beziehen muss. Dabei handelt es sich um Verhaltensnormen, die ohne Zweifel geeignet sind,

¹⁵⁵ Vgl. Hörnle 2005, S. 56.

die Handlungsfreiheit einzuschränken. Solche Normen beziehen sich auf Verhaltensweisen, die der Menschenwürde widersprechen. Ein Wert, der als ethisches Fundament des Verfassungsstaates angesehen wird.¹⁵⁷

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, dass man den Begriff Menschenwürde so versteht, wie er von der Verfassungsrechtsdogmatik inhaltlich entwickelt wurde. Dies um eine inhaltlich leere neue Interpretation des Begriffes zu vermeiden, die dazu dienen könnte die allgemeine Handlungsfreiheit zu beschränken, wie dies mit den Begriffen “konventionelle Moralvorstellung” oder “wahre Moral” geschieht.

Gleiches gilt bezüglich der Gefährdungsdelikte im Hinblick auf die Rechtfertigung strafrechtlicher Normen, wenn man kein zu schützendes Rechtsgut identifizieren kann. Zu dieser Kategorie darlegt Hefendehl, wenn man kein passendes Rechtsgut finde, helfe im Notfall das nichtssagende Etikett eines abstrakten Gefährdungsdeliktes.¹⁵⁸

Wie schon hervorgehoben wurde, gibt es einige Verhaltensnormen die geeignet sind, die Handlungsfreiheit einzuschränken, weil das zugrundeliegende Verhalten ein Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt. Nach Meinung von Hörnle: “Es muss sich allerdings um eine grundgesetzlich verankerte Verhaltensnorm handeln, bei der außer Frage steht, dass sie geeignet ist, die Handlungsfreiheit einzuschränken.”¹⁵⁹ Aus dieser Sicht sei das Sittengesetz mit dem Verbot der Verletzung der Menschenwürde identisch.

Eine solche Interpretation hätte auf der einen Seite den Vorteil, dem Sittengesetz einen normativen Gehalt zuzuordnen, aber andererseits wird damit zugleich die Gefahr begründet, diese Interpretation mit einer konventionellen Moral zu verwechseln. Dies deshalb, weil nicht selten ein menschenwürdewidriges Verhalten mit einer entsprechende ethische Regel, die von der gesellschaftlichen Mehrheit als richtig anerkannt wird, zusammenfällt.

Selbst wenn man also Strafrechtsnormen direkt mit der Menschenwürde legitimieren wollte, können sie weder mit der konventionellen Moral noch mit einer wahren Moral legitimiert werden. Man kann zwar mit solchen Überlegungen einige Sanktionsnormen erklären, daraus folgt aber nicht die Legitimation, um die Freiheitsphäre einzelner Personen zu beschränken

¹⁵⁷ Vgl. Hörnle 2005, S. 63

¹⁵⁸ Stratenwerth, 2006, S. 164.

¹⁵⁹ Hörnle 2005, S. 63.

3. Normative Bedeutung des Sittengesetzes

Für einige Autoren kann das Sittengesetz im Sinne des deutschen Grundgesetzes, in seiner normativen Bedeutung verstanden werden (*funktionelle Zweckbestimmung des Sittengesetzes*)¹⁶⁰, und dann kann das Sittengesetz seine Funktion als Freiheitsschranke erfüllen. Aber die Gleichstellung des Sittengesetzes mit der Idee einer “wahren Moral”, die auf diese Weise als Rechtfertigung für Beschränkungen dienen könnte, findet in der gegenwärtigen strafrechtlichen Literatur kein Echo. Die herrschende Meinung zieht es vor, mit dem Begriff der “zweckrationale Begründungen” zu argumentieren.

Die rechtliche Relevanz der in der Verfassung vorhergesehenen moralischen Prinzipien anzuerkennen, bedeutet nicht, so Erbel, dass das Sittengesetz als eine General-Verweisung auf irgendeine naturrechtliche, jedenfalls “überpositive” vorgegebene Wertordnung angesehen werden kann. Die Verfassung selbst habe eine objektive ethische Wertordnung errichtet, die das Sittengesetz bereits erklärt, sodass die Berufung auf ein weiterreichendes (naturrechtliches) Normsystem nicht nur unnötig als auch nicht unzulässig sei. In dieser Richtung, Erbel:

“Meines Erachtens kann das Sittengesetz seine Aufgabe als freiheitsbegrenzende ethische Klausel bei einer Begrenzung auf die ethische Substanz der Verfassung durchaus sozialwirksam und in einer den praktischen Bedürfnissen des Rechtslebens gerecht werdenden Weise erfüllen.”¹⁶¹

Ob über diese *ethische Generalklausel* etwaige ethische Postulate als rechtsverbindliche Normen die Bürger herangetragen werden können, könne nur aus der Verfassung beantwortet werden.¹⁶²

Diese *objektive Wertordnung*, die man aus konstitutionellen Normen ableiten kann, hat eine wichtige Bedeutung im Hinblick auf die Rechtfertigung strafrechtlicher Normen. Aus dieser Wertordnung kann man Kriterien für die Regulierung des Freiheitsgebrauchs im Interesse der unverzichtbaren Gemeinschaftsbelangen ableiten.

Es ist jedoch schwierig zu verneinen, dass auch das Sittengesetz einen normativen Gehalt besitzt. Insbesondere dann, wenn man z.B. das Lüth Urteil in Erwägung zieht, in dem das BVerfG das Prinzip der Güterabwägung in die Interpretation des Begriffs *gute Sitten*, sowie in die Auslegung des Begriffs *allgemeine Gesetze* einbezogen hat. Der Begriff “gute Sitten”

¹⁶⁰ Erbel 1971, S. 254

¹⁶¹ A.o.A., S. 258/259

¹⁶² Vgl. A.o.A., S. 210

wird verfassungskonform, unter Beachtung des besonderen Wertes der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit, ausgelegt.

Dies soll zumindest in diesem Moment nicht besagen, dass die Verfassung für alle denkbaren Konflikts Fälle zwischen Freiheitsausübung und den für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter fertige Lösungen anbietet.

Schließlich, so Hörnle, auch wenn das Strafrecht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt, muss jedes verbotenes Verhalten, um legitim zu sein, "in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unerträglich sein."¹⁶³

In diesem Sinn könnte das Sittengesetz als Schranke der Freiheitsausübung verstanden werden, aber nur dann wenn die Bestätigung der individuellen Entscheidungsfreiheit zu einer schweren Gefährdung oder Schädigung verfassungsrechtlich anerkannter vorrangiger öffentlicher Interessen oder sozialer Rechtsgüter führt.¹⁶⁴

Fraglich ist, welche Bedeutung diese Grundrechtsschranke für Entscheidungen des Gesetzgebers hat, insbesondere ob sich daraus Vorgaben für den Inhalte und die Reichweite von Verboten ergeben, die die Handlungsfreiheit einschränken.¹⁶⁵

Was den Spielraum des Gesetzgebers für die Schaffung von Strafrechtsnormen anbetrifft, besteht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein wichtiger Ausgangspunkt: der Gesetzgeber ist nicht völlig frei¹⁶⁶.

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dienen die Grundrechte als Maßstab für das Strafrecht. Eingriffe in die betroffenen Grundrechte rechtfertigen sich nur dann, wenn sie sich im Hinblick auf den verfolgten Zweck geeignet, erforderlich und angemessen erweisen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt aber keine klare Linie erkennen, an welchen Grundrechten strafrechtliche Regelungen zu prüfen seien. Wäre die Handlungsfreiheit eines – oder vielleicht das einzige – Kriterium? Nach Auffassung von Appel: "Teilweise deutet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf hin, dass das Gericht die Strafbewehrung ganz allgemein (nur) am Art. 1 Abs. 1 GG messen will."¹⁶⁷

Obwohl das Bundesverfassungsgericht üblicherweise die Strafbewehrung ganz allgemein nur am Art. 2 Abs. 1 GG messen will, werden häufig auch mehrere Grundrechte

¹⁶³ Hörnle, 51. BVerfGE 96, 245, 249.

¹⁶⁴ Vgl. Erbel 1971, S. 321.

¹⁶⁵ Vgl. Hörnle 2005, S. 47.

¹⁶⁶ Vgl. Appel 1998, S. 163.

¹⁶⁷ Appel 1998, S. 167.

genannt, oder werden Sanktionsnormen am Maßstab des Schuldprinzips geprüft, ohne dass ein konkretes Grundrecht als Prüfungsmaßstab benannt wird.¹⁶⁸

Tatsache ist, dass jede Beschränkung eines bestimmten Verhaltens einer grundrechtlichen Überprüfung unterliegt, derart, ob die Sanktion geeignet, erforderlich und angemessen ist, also vereinbar mit Erfordernissen, die vom Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitet werden. In gleicher Weise unterliegt jede Verschärfung einer Strafandrohung, wie beispielweise für den Fall des Glücksspielverbotes gilt, einer verfassungsrechtlichen Kontrolle.

Aus logischen Gründen muss die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der eigentlichen Strafrechtsnorm vor der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ihrer Strafandrohung erfolgen. Aber die Kontrolle von Strafandrohungen ist nicht Gegenstand der vorliegenden Forschungsarbeit. Was hier untersucht werden soll, ist die Verfassungsmäßigkeit der Strafrechtsnorm als solcher, insbesondere im Hinblick auf die Erfordernisse der Grundrechte und der Handlungsfreiheit.

Im Bezug auf ein Beschränkungskriterium des Strafrechts lässt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nicht klar entnehmen, am Maßstab welcher Grundrechte strafrechtliche Normen zu prüfen sind.

Bei den vom brasilianischen Strafrecht in Bezug genommenen Verhaltensnormen des Glücksspielverbotes, wäre das weniger problematisch wenn das Delikt dem deutschen Strafrecht unterliege, da es sich an den Freiheitsgrundrechten oder an der allgemeinen Handlungsfreiheit messen lassen könnte. Diese Unklarheit gilt insbesondere für die Bestimmung der tangierten Grundrechte bei der Prüfung der Strafbewehrung, also der konkreten Strafandrohung oder der Höhe der Strafe.

Gemäß der heutigen, herrschenden Meinung hat das Sittengesetz keine praktische Bedeutung mehr. Dem Sittengesetz kommt als Schranke der verfassungsrechtlich verbürgten Entfaltungsfreiheit keine unmittelbare positiv-rechtliche Bedeutung zu.¹⁶⁹

Die h.M. verneint eine unmittelbare Anwendbarkeit dieser Grundrechtsschranke. Ein direkter Rückgriff auf das Sittengesetz als unmittelbare Grundlage eines Eingriffs in Freiheitsrechte sei problematisch. Die Grundrechtsschranke „*Sittengesetz*“ sei heute von Bedeutung mehr für die Auslegung altbewährter Rechtsbegriffe wie gute Sitten, Treu und Glauben. Die habe aber keine Funktion für Kriminalisierungsentscheidungen.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Vgl. Appel 1998, S. 168

¹⁶⁹ Vgl. Lorenz 2008, S. 65, Rdnr. 134.

¹⁷⁰ Vgl. Hörnle 2005, S 54.

B. Das Glücksspielverbot und die Glücksspielregulierung

Eine Definition des Glücksspiels in der deutschen Gesetzgebung ist im GlüStV. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV, liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Rudolphi u.a. betonen: „ein Glücksspiel liegt dann vor, wenn über der Gewinn oder Verlust eines Vermögenswertes ein ungewisses Ereignis entscheidet, dessen Eintritt vom Zufall abhängt.“¹⁷¹

Das Rechtsgebiet des erlaubten Glücksspiels wird in Deutschland durch unterschiedliche nationale Rechtsquellen geregelt: Glücksspielstaatsvertrag, Rennwett- und Lotteriegesetz bis zur Gewerbeordnung. Mit der Föderalismusreform des Jahres 2006 wurde GG Art. 74 Abs. 1. Nr. 11 insofern geändert, dass sich die Gesetzgebung des Bundes für das Recht der Wirtschaft nicht mehr auf das Recht der Spielhallen erstreckt.

Von Interesse für diese Untersuchung ist aber hier das Kernstrafrecht des Glücksspiels, das in vier Vorschriften, in den §§ 284 bis 287 StGB, erfasst werden. § 284 pönalisiert nicht das Veranstellen von Glücksspiel an sich, sondern die Veranstaltung von Glücksspielen ohne amtliche Erlaubnis.

Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der §§ 284-287 StGB besteht keine Einigkeit. So werden als angebliche Rechtsgüter genannt:

(a) Drittinteressen, die von möglicher Beschaffungs-, Begleit- und Folgekriminalität betroffen werden können.

Eine derartige abstrakte Gefahr lässt sich aber erst kriminologisch nur belegen, wenn der Rahmen, in dem das Glücksspiel stattfindet, Bezüge zur organisierten Kriminalität aufweist. Auf die damit verbundenen Gefahren hat der Gesetzgeber reagiert, indem er durch das OrgKG 1992 den Qualifikationstatbestand des § 284 Abs. 3 einführte.

Ist der Veranstalter eines Glücksspiels jedoch nicht an Vermögensdelikten beteiligt, die mit dem Kontext des Spiels zusammenhängen, wäre es nicht systematisch logisch, ihn angesichts der bloß abstrakten Gefahr, dass im Zusammenhang mit dem Spiel andere Straftaten begangen werden, im Voraus strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

¹⁷¹ Rudolphi et al. 2013, p. 2260.

(b)- Eine weitere Hypothese für eine mögliche Beeinträchtigung der rechtlichen Interessen Dritter wäre, wenn sich das Glücksspiel von einer Spielleidenschaft zu einer Sucht unter den Spielern entwickelt.

Es besteht in der Tat die Gefahr, dass der Spielteilnehmer eine Sucht entwickelt und dass diese Sucht ein Problem darstellt, das nicht nur die Interessen des Spielers selbst, sondern auch die von Dritten (z. B. Familienangehörigen) beeinträchtigen kann. Es handelt sich jedoch um eine abstrakte Gefahr, die nicht die körperliche Unversehrtheit, sondern die psychische Gesundheit bedroht. Und anders als die körperliche Unversehrtheit kann die psychische Gesundheit selbst nicht als Rechtsgut betrachtet werden, das bei Straftaten mit Verletzung oder konkreter Gefahr geschützt ist, so dass es sicherlich nicht systematisch angemessen oder logisch wäre, die psychische Gesundheit als geschütztes Rechtsgut bei einer Straftat mit abstrakter Gefahr zu betrachten.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2006 in seiner Sportwetten-Entscheidung als Hauptzweck für die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht als besonders wichtiges Gemeinwohlziel anerkannt. Das Ziel wäre die wirtschaftliche Ausbeutung der natürlichen Spielleidenschaft unter staatliche Kontrolle zu stellen.

Hoyer erkennt als geschütztes Rechtsgut des § 284 Abs. 1 StGB nur das Vermögen der Glücksspielteilnehmer an. Nach Auffassung von Kinzig, seien die §§ 284 ff. StGB kaum zu legitimieren, da das staatlich monopolisierte Glücksspiel ein vergleichsweise Suchtpotential habe.¹⁷²

Ähnlich hält Rosenau § 284 StGB für legitim auf Grund des Gemeinwohlziels, die wirtschaftliche Ausbeutung der natürlichen Spielleidenschaft zu verhindern und so der Spielsucht vorzubeugen, wobei der Schutz der Allgemeinheit vor der Beschaffungs-, Begleit- und Folgekriminalität einen Nebenaspekt darstelle.

Die Auffassung, mit den §§ 284 ff. solle das Vermögen der Glücksspielteilnehmer geschützt werden, ist einem doppelten Einwand ausgesetzt: Zunächst einmal ist der Staat selbst der größte Veranstalter erlaubter Glücksspiele. Wäre die Zielsetzung tatsächlich die, den Spielteilnehmer vor einer aus der Beteiligung an Glücksspiel resultierenden Beeinträchtigung

¹⁷² Im Vordergrund der Kriminalisierung stehe eines“Bündels von Schutzzwecken...die Gefahren des Glücksspiels möglichst gering zu halten. ... Das Entstehen von Wett- und Glücksspielsucht zu verhindern, die Spielbegeisterung Einzelner in geordnete Bahnen zu lenken und sie vor betrügerischen Machenschaften zu schützen, die ordnungsgemäße Durchführung von Glücksspielen zu gewährleisten und durch die angebotsbegrenzende Staatliche Kanalisierung die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität möglichst zu vermeiden.”

seines Vermögens zu schützen, dann müsste konsequenterweise die Beschränkung des Strafbarkeitsbereiches auf die Sanktionierung unerlaubter Glücksspiele aufgegeben werden.

Zum Zweiten steht auch diesem Ansatz der Gedanke der Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen entgegen. Will man den Vorwurf des Paternalismus vermeiden, dann kann die Legitimation der §§ 283 ff. nur auf die Erwägung gestützt werden, Spielteilnehmer vor den Risiken zu schützen, die sie nicht willentlich eingegangen sind. § 284 wird dann allerdings notwendigerweise zu einem Delikt im Vorfeld des Betruges: Er gewährt den Spielteilnehmer Schutz davor, dass der Veranstalter die Gewinnchancen manipulativ entwertet.

Wohlers vertritt die Ansicht wonach, das durch die §§ 284 ff geschützte Rechtsgut nicht die staatliche Kontrolle des Glücksspiels, sondern das sozialwichtige „Etwas“ sei, das durch diese Kontrolle geschützt werden soll.

Die möglichen, dargelegten Begründungen für das Verbot der Glücksspiele können so zusammengefasst werden: die wirtschaftliche Ausbeutung des natürlichen Spieleidenschaft zu verhindern; die Spielteilnehmer vor betrügerischen Machenschaften zu schützen; die ordnungsgemäße Durchführung von Glücksspielen zu gewährleisten; das Vermögen der Glücksspielteilnehmer zu schützen; das Entstehen von Wett- und Glücksspielsucht zu verhindern; die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität möglichst zu vermeiden. Wie man sieht, beziehen sich diese Begründungen mehr auf den Zweck der Norm als auf die Legitimation der Vorschrift.

C. Die Reform der „Sittlichkeitsdelikte“

1. Zum Begriff *Unzucht* im RStGB

Wie die so genannten Gefühlsschutzdelikte, auf die weiter unten (Kapitel VI, C) eingegangen wird, kann die Verwendung des Begriffs "Sittlichkeit" zur Bezeichnung einer Gruppe von Straftaten bereits im Vorfeld ein gewisses Maß an Befremden hervorrufen. Immerhin suggerieren sie die Idee, dass es sich dabei um Straftaten handeln, die mit dem Schutz von Gefühlen (*Gefühlsschutzdelikte*) oder die mit dem Schutz von Sitten (*Sittlichkeitsdelikte*) verbunden sind. Es stimmt, dass Moral und Sittlichkeit nicht als synonyme Begriffe betrachtet werden können, aber es ist unbestreitbar, dass zwischen ihnen eine enge Beziehung besteht. Denn als unsittliche Verhaltensweise würde Tathandlungen gelten, die gegen die *Moral* und die *guten Sitten* verstoßen, und in diese Einstufung würde eine beträchtliche Anzahl von Straftaten passen.

In einer breiteren Auslegung, warnt wären Mord, Erpressung, Kindesmisshandlung, Tierquälerei und Bestechung nicht weniger unsittlich als den Verstoß im sexuellen Bereich.¹⁷³ In einem so weiten Sinne könnten zudem alle Delikte als der Sittlichkeit zuwiderlaufend betrachtet werden, da sie immer Handlungen darstellen, die aus Sicht einer staatlichen Vertragstheorie nicht als universalisierbar gelten würden, ohne das friedliche Zusammenleben zu gefährden. Es sei jedoch zumindest in Deutschland selbstverständlich geworden, dass der Begriff Sittlichkeitsdelikt auf sexuelle Inhalte bezogen sei. Er wird im Strafrecht nur verwendet, zur Bezeichnung von Straftaten im Zusammenhang mit dem sexuellen Verhalten von Personen, also von sogenannten Sexualdelikten. Unter Sexualmoral sei ein Gemisch von Ordnungsvorstellungen zu verstehen, die auf Tabus, Gewohnheiten, Konventionen, religiöse Gebote zurückgehen.

Das RStGB von 1871 regelte in seinem dreizehnten Abschnitt die sogenannten *Unzuchts-* oder *Fleischesdelikte* als Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit, und darunter wurden die nach damaligem Verständnis zu bestrafenden Verhaltensweisen zur Aufrechterhaltung "größtmöglicher Geschlechtsreinheit" und zur Bewahrung der öffentlichen Sittlichkeit eingestuft. Zwar gab es schon damals einige Tatbestände, die ebenfalls in zwölften Abschnitt aufgenommen wurden, und als Straftaten gegen Ehe und Familie einzustufen waren, so dass sie nur im weitesten Sinne als Sittlichkeitsdelikte betrachtet werden könnten. Dies war der Fall bei Doppelehe (Bigamie), Ehebruch und Blutsschande (Inzest).¹⁷⁴

Unzüchtige Handlung waren daher seit dem RStGB von 1871 von zentraler Bedeutung. Und seither gibt es keine objektiven Merkmale, die als Parameter dafür dienen könnten, was eine unzüchtige Handlung war, d.h. es gab kein materielles Kriterium zur Unterscheidung. So wird beispielsweise die Tätigkeit eines Proktologen bei der Untersuchung eines Patienten aus materieller Sicht nicht von einer Handlung mit sexueller Konnotation unterschieden. Dies würde als unzüchtige Handlung angesehen werden, während dies beim Arzt nicht der Fall wäre, da es sich um eine medizinische Untersuchung handelt. Als unzüchtige war damals jede Handlung zu verstehen, die einen geschlechtlichen Charakter beiwohnte, die außerehelich zwischen mindestens zwei Personen ausgeübt, und die von einer wollüstigen Absicht getragen wurde. Außerdem sollte diese Handlung geeignet sein, das allgemeine Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen.¹⁷⁵

¹⁷³ Vgl. Jäger 1957, S. 29.

¹⁷⁴ Vgl. Brüggemann 2013, S. 30/31.

¹⁷⁵ Vgl. A.o.A., S. 91.

Nach dem RStGB wäre "unzucht" z.B. jedes gegen Zucht und Sitte verstoßende Handeln im Bereich des geschlechtlichen Umgangs zwischen mindestens zwei Personen, wie z.B. der Geschlechtsverkehr vor der Ehe.¹⁷⁶

Seit dieser Zeit sollte die Tathandlung jedoch eine besondere Qualifikation, die erforderlich war, damit sie als unzüchtige Handlung und damit als strafbar zu gelten. Eine solche Qualität wird der Begehungsart vorgezogen, da die Handlung, um als Straftat zu gelten, in Öffentlichkeit hinrichtet werden sollte. Diese Tatsache hängt mit der eigentlichen Bedeutung des Begriffs "Sittlichkeit" zusammen. Denn sittliches Verhalten bedeute nicht etwas zu tun, weil man es für gut erkannt habe, oder etwas anderes zu lassen, weil es einem böse erscheint. Wie Jäger behauptet, „sittliche und unsittliche bestimmten sich nach rein äußeren Merkmalen; sie bedeuten Einhaltung eines Sittenkodex, der gebietet, dass gewisse Handlungen zu unterbleiben haben, gleichgültig, ob dahinter ein sittliches Wertbewußtsein lebendig ist oder nicht“.¹⁷⁷ So setzt die Vorstellung von dem, was unzüchtig ist, eine Handlung voraus, die nicht im Einklang mit den geltenden moralischen Werten steht, und die Handlung erhält diesen Charakter erst, wenn sie der Öffentlichkeit ausgesetzt und dann mit dem Verhalten konfrontiert wird, das nach dem gesellschaftlichen Konsens als Standard gilt.

2. Hintergrund der Reform

Einige Studien aus den 1950er und frühen 1960er Jahren stellten einen wichtigen Fortschritt in der Diskussion im Bereich der Intimsphäre dar, und begannen das Bild der Sexualität in der Gesellschaft zu verändern. Damit wurde den Weg für Reformen im Sexualstrafrecht geöffnet.

Die sog. Kinsey-Report, die erste große Studie über das Sexualverhalten der Menschen, stellte einen wichtigen Schritt in der Diskussion zu diesem Thema dar, der die Reform beeinflussen sollte. Die Ergebnisse dieser Studien wurden 1948 in Bezug auf das männliche Sexualverhalten und 1953 in Bezug auf das weibliche Sexualverhalten veröffentlicht.¹⁷⁸

Eine weitere wichtige Studie, die einer großen Strafrechtsreform vorausging, war der katholische sogenannte Griffin-Report, aus dem Jahr 1956. In diesem Bericht legte die katholische Kirche eine überraschende Position dar, indem sie die Bestrafung der einfachen Homosexualität im einem staatlichen Strafgesetzbuch zurückwies. Dies bedeutete keineswegs, dass die Kirche aufhörte, das Verhalten als Sünde zu betrachten. Sie machte jedoch deutlich,

¹⁷⁶A.o.A., S. 34.

¹⁷⁷ Vgl. Jäger 1957, S. 31.

¹⁷⁸ Vgl. Brüggemann 2013, S. 79.

dass es sich um ein Verhalten handelt, das vom Staat nicht unter Strafe gestellt werden sollte. Diese Stellung der Kirche wurde von Papst Pius XII. nur ein Jahr nach der Veröffentlichung des Griffin-Berichts offiziell bestätigt.

Lenckner zufolge begannen die Bemühungen um eine Gesamtreform im Jahr 1954, als der Bundesminister der Justiz eine große Kommission aus Strafrechtslehrern, hohen Richtern, Staatsanwälten, Vertretern der Rechtsanwaltschaft, Mitgliedern der Landesjustizverfahren und Bundestagsabgeordneten bildete. Dieser Auftrag führte zum Entwurf von 1960, aus dem später der Regierungsentwurf E 62 hervorging: "Der E 1962 stieß von Anfang an auf lebhafte und z.T. massive Kritik. Sie richtete sich einmal gegen die überall spürbare Tendenz des E 1962 zum dogmatischen Perfektionismus, vor allem aber gegen seine Kriminalpolitische Einstellung, die als veraltet empfunden wurde".¹⁷⁹

Im Bereich des Sexualstrafrechts wurden weder die Ergebnisse der Studien noch die Veränderungen in der Gesellschaft jedoch in den ersten Reformprojekten nicht berücksichtigt. Der E 60 spiegelten wieder viel mehr den Einfluss der Entwürfe aus den 1930er Jahre als das Muster der sozialen Veränderungen, die in den 1950er Jahren zu spüren waren. Auf der Tatbestandsseite war er stärker von E 36 beeinflusst; bei den Strafdrohungen war er etwas moderater als E 36 und näherte sich E 30 an. In jedem Fall aber war E 60 weit von den Ideen seiner Zeit entfernt.¹⁸⁰

Ähnlich wie bei E 60 fehlte auch in E 62 Berücksichtigung der Ergebnisse der neueren medizinischen, soziologischen und kriminologischen Forschung jener Zeit. Bei ihm war von einer freiheitlichen Ausrichtung auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts wie bei dem E 60 auch wenig zu spüren.

Bei dem E 62 berücksichtigte der Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen die moralischen Werte, die er als notwendig beurteilte, die bewahrt werden sollten. Trotz der avantgardistischen Stimmung, die bereits die Diskussionen über Sexualität in den 1950er Jahren prägte, war der Strafgesetzgeber weiterhin besorgt über die Reaktion der öffentlichen Meinung auf eine als empfundene unerwünschte Liberalisierung verstanden werden könnte. In der Weise, dass eine Aufhebung der Strafbarkeit einer Verhaltensweise von der Bevölkerung als eine Wertentscheidung verstanden werden könnte, die den Werten der Zeit zuwiderlief. Im Gegenteil sollte der Strafrechtsschutz möglichst weit ausgestaltet werden, um die Sittlichkeit und tradierte Moralvorstellungen umfänglich zu schützen. Die Idee, dass der Gesetzgeber die

¹⁷⁹ Lenckner 1969, S. 66.

¹⁸⁰ Vgl. Brüggemann 2013, S. 81.

Freiheit der Bürger nur in dem Maße einschränken sollte, wie es zur Gewährleistung eines geordneten Zusammenlebens unbedingt erforderlich wäre, gewann in den Entwürfen der frühen 1960er Jahre keine Substanz. Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten strafwürdig war oder nicht, die mit dem Prinzip *in dubio pro libertate* gelöst werden sollte, wurde bei den damaligen Entwürfen umgekehrt beantwortet. Der E 62 stellte eigentlich in erheblichem Umfang eine Kodifikation der Rechtsprechung zum damals geltenden Sexualstrafrecht dar.¹⁸¹

Diese Situation hat sich in der Schlussphase von E 62, insbesondere nach dem vorgelegten Alternativen Entwurf (AE) im Jahre 1968, als sich 14 deutsche und schweizerische Strafrechtslehrer zusammen die Aufgabe stellten, die bisherige kritische Auseinandersetzung mit dem E 1962 in formulierte Gesetzentwürfe zu fassen und dem Regierungsentwurf einen Alternativ-Entwurf gegenüberzustellen. Dieser Entwurf stellte einen Bruch mit dem Muster der Kriminalisierung dar, das bisher auf der Aufrechterhaltung bestimmter Moralvorstellungen beruhte und von dem AE auf der Grundlage einer Beschränkung des Sexualstrafrechts auf Rechtsgüterverletzungen befürwortet hatte. Der AE schlug vor, Sexualstraftaten auf zwei Fallgruppen zu beschränken, deren entsprechende Tatbestände in verschiedenen Abschnitten vorgesehen werden sollten, von denen einer für den Jugendschutz und der andere für den Schutz der persönlichen Freiheit bestimmt waren. So würden einerseits die Verhaltensweisen, die Angriffe auf die Jugend darstellten, kriminalisiert, solange das Verhalten das Potential hätte, die Entwicklung dieses Jugendlichen zu schaden; andererseits implizieren die Verhaltensweisen, die Angriffe auf Erwachsene darstellten, solange das Verhalten gewalttätig wäre, oder eine gravierende Form von Nötigung oder einen Missbrauch Wehrloser bildete.

Während E-1962 z.B. die einfache Homosexualität zwischen erwachsenen Männern, genau wie das damals geltende deutsche Strafrecht (§ 175 StGB) im wesentlichen festhalten wollte, beschränkte der AE-1966 die Kriminalisierung des Verhaltens auf sexuelle Beziehungen, an denen Minderjährig beteiligt war.¹⁸² Denn der AE hatte schon in seinem Allgemeinen Teil eine wichtige Entscheidung getroffen: In § 2 Abs. 1 AE wird als Grund von Strafen und Maßregeln der Schutz von Rechtsgüter angegeben. Wie Lenckner feststellt:

„Damit ist gesagt, daß der Gesetzgeber weder die Aufgabe hat noch legitimiert ist, ein nicht rechtsgüterverletzendes, d.h. nicht sozialschädliches Verhalten allein um seiner Unmoral willen unter Strafe zu stellen, zumal nicht in einer freiheitlich-pluralistischen

¹⁸¹ Vgl. Brüggemann 2013, S. 83.

¹⁸² AE: § 135 (=B 8) Gleichgeschlechtliche Handlungen an Minderjährigen

(1) Ein Mann, der an einem männlichen Minderjährigen zwischen 14 und 18 Jahren sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit vornimmt oder solche Handlungen an sich von dem Minderjährigen vornehmen lässt, wird mit Geldstrafe bis zu achtzehn Monaten bestraft.

(2) Bei Tätern unter 21 Jahren kann von Strafe abgesehen werden.

Gesellschaft, in der es moralische Maßstäbe von fragloser Gewissheit vielfach nicht mehr gibt.“¹⁸³

Zum Thema Homosexualität hatte Hassemer bereits auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass jedes Verbrechen ein wirkliches Rechtsgut haben muss, das geschützt werden muss. Würde sich die strafrechtliche Dogmatik darauf beschränken, ein etwaig geschütztes Rechtsgut aus den im Gesetz ausdrücklich genannten Wörter zu finden, würden einfach wiederholt werden, dass das vorliegende „*Rechtsgut*“ die „*Bewahrung der Sitten*“ sei. Eine ähnlich Situation wäre, wenn der Strafgesetzgeber das Recht hätte, die männliche Homosexualität zwischen erwachsenen Bürgern als gewaltfrei sexuelle Betätigung zu verbieten, mit dem Begründung, dass ein solches Verhalten wider die Natur sei.¹⁸⁴ In die gleiche Richtung Roxin, wenn er das sagt: "In das menschliche Intimverhalten mit Strafdrohungen einzugreifen, ist nicht nur sinnlos, sondern in hohem Maße schädlich.“¹⁸⁵

Aber die Diskussion um eine Strafrechtsreform war 1968 nicht nur durch die Entstehung des AE geprägt. Das Thema wurde auch während des 47. Deutsche Juristentag in Nürnberg (DJT), als es vorgeschlagen worden ist, dass der Gesetzgeber auch das Rechtsgutskonzept bei den Sexualdelikten anwenden sollte, wobei einige Straftatbestände geändert und andere, wie von der AE vorgeschlagen, gestrichen werden sollten. Dies spiegelte sich im 1. StrRG vom 25. Juni 1969, das den Beginn der großen Reform der Sexualdelikte bestimmte, und damit wurden, neben einigen Änderungen im allgemeinen Teil, zum 01. September 1969 aus dem Sexualstrafrecht entfernt, alle Straftaten, die nicht als Schutzgegenstand ein echtes Rechtsgut hatten. Darunter standen Ehebruch, einfache Homosexualität, Unzucht mit Tieren und die Erschleichung des außerehelichen Beischlafs.¹⁸⁶

3. Die Reform durch das 4. StrRG

Die grundlegende Reform des Sexualstrafrechts erfolgte durch das 4. StrRG, das Ergebnis eines Regierungsentwurfs aus dem Jahr 1970.¹⁸⁷ Dieser Reg. E. stellte das Verlassen des E 62 dar, und beschloss, den gesamten für die Sittlichkeitsdelikte vorgesehenen 13. Abschnitt zu reformieren, wobei nur diejenigen Straftaten beibehalten wurden, die gegen eines der folgenden

¹⁸³ Lenckner 1969, S. 67.

¹⁸⁴ Hassemer 1980, S. 26.

¹⁸⁵ Roxin 1969, S. 160.

¹⁸⁶ Vgl. Brüggemann 2013, S. 88.

¹⁸⁷ Die in den 1970er Jahren begonnenen Reformen reagierten auf einen grundlegenden gesellschaftlichen Wandel. Der für die im Reichsstrafgesetzbuch im 13. Abschnitt geregelten Sittlichkeitsdelikte zentrale Begriff der unzüchtigen Handlung wurde durch die neutrale Formulierung der sexuellen Handlung, die Sittlichkeitsdelikte durch eine Strafgesetzgebung ersetzt, die ein überzeugendes Rechtsgutskonzept der Sozialschädlichkeit zumindest umzusetzen versucht hat. Vgl. Frommel 2017, § 177, Rn. 5.

Rechtsgüter verstießen: Die Freiheit der Selbstbestimmung, die Entwicklung des jungen Menschen, den Schutz vor schwerwiegenden Belastungen in sexueller Hinsicht und die elementaren Grundlagen des friedlichen Zusammenlebens. Durch das 4. StrRG im Jahre 1973 ist die Abschaffung des Unzuchtsbegriffs geschehen.¹⁸⁸

Der aufgenommene Gedanke war: "Auf den Gebieten der Sexualmoral können bloß die Unmündigkeit, die freie Selbstbestimmung und die Gesundheit als Rechtsgüter in Betracht kommen, nie und nimmer die Sittlichkeit als solche(...)".¹⁸⁹

Die große Reform der Sexualdelikte vollendete mit dem Abschluss des 4. StrRG, das am 01. Januar 1974 in Kraft trat. Dadurch wurde der gesamte Abschnitt 13 des Strafgesetzbuches völlig neu formuliert, so dass nur noch die Straftaten beibehalten wurden, die tatsächlich eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung der Erwachsenen oder eine Bedrohung des Jugendschutzes darstellten. Die Homosexualität zum Beispiel wurde nur als Straftatbestand für den Jugendschutz beibehalten.

Dieses 4. StrRG war jedoch nicht von der Kritik ausgenommen, da die als kriminell eingestuften Sexualverhaltensweisen übermäßig detailliert dargestellt seien, was seine Rechtsanwendung kompliziert gemacht würde.

Dabei gab es zwei Neuerungen im 4. StrRG, die besondere Aufmerksamkeit erregten, weil sie sich auf den gesamten Abschnitt auswirkten.

Die erste Neuerung betraf den Begriff der Unzucht und unzüchtige Handlung, da dieser breite und vage Begriff der RStGB-Epoche von 1871¹⁹⁰ in der Gesellschaft der frühen 1970er Jahre, als das 4. StrRG konzipiert wurde, keinen Platz mehr hatte. Mit der Reform wurde der Unzuchtsbegriff als Aufschrift des 13. Abschnitt des StGB durch die "*sexuelle Handlung*" ersetzt.

Auch dieser Ausdruck – *sexuelle Handlung* – erwies sich zunächst als problematisch. Wegen seines Umfangs könnte man ihn als eine Straftat bezeichnen, die noch mehr Verhaltensweisen als der Unzuchtsbegriff abdecken könnte. Diese Kritik wurde teilweise durch die Rechtsprechung aufgelöst, die sich bereits vor Einführung des neuen Begriffs im Sinne eines gemeinsamen Verständnisses dessen, was als strafbar anzusehen ist, konsolidiert hatte.

¹⁸⁸ Jäger 1957, S. 32.

¹⁸⁹ Kraus 1987, S. 69.

¹⁹⁰ "Damit hing die Frage danach, was Unzucht war, immer von der Anstößigkeit und der Immoralität eines Verhaltens ab, also letztlich davon, ob ein Stempel und die Unterschrift eines Standesbeamten vorlagen oder nicht. So war der Geschlechtsverkehr von zwei erwachsenen Verlobten in der Nacht vor der Eheschließung Unzucht, in der darauffolgenden Nacht, der Hochzeitsnacht, nicht mehr." Brüggemann 2013, S. 91.

Die Idee der Reform bestand darin, die Bedeutung des Ausdruckes *sexuelle Handlung*, wie von den AE vorgeschlagen, aufzunehmen und ihm einen objektiveren Aspekt zu geben, losgelöst von Elementen wie "Wollust" oder "Geilheit", die in keiner Straftat mehr vorgesehen waren. Stattdessen sollte *sexuellen Handlung* im Sinne des geschützten Rechtsguts ausgelegt werden: Als *sexuelle Handlung* sei es nur zu verstehen, diejenigen die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit wäre.¹⁹¹

Die zweite Neuerung des 4. StRG war der Name der 13. Abschnitt, in dem die Sexualdelikte enthalten waren, der nicht mehr "*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*", sondern "*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*" lautet.¹⁹² Die Absicht der Änderung war auch mit einer Distanzierung von einer Moralisierung dieser Art von Straftaten und mit einer Verbindung zwischen jeder Straftat und dem jeweiligen geschützten Rechtsgut verbunden. Damit fand der Begriff *Sittlichkeitsdelikt* sein Ende.¹⁹³

Die Entkriminalisierung einer Vielzahl von Tatbeständen führte in der Folge nicht zu einem Rückgang der Kriminalstatistik nach dem 4. StRG. Im Gegenteil dazu, war die Zahl der Sexualdelikte (48.075) im Jahr 1974, dem ersten Jahr der Reform, bis zu etwas höher als 1973 (47.810). Die Gründe dafür waren vielfältig und hingen eher mit Fragen der Einstufung von Straftaten zusammen (Die verbotene Prostitutionsausübung, z.B., das als Übertretung eingeordnet war, ist zu einem Vergehen geworden).

Noch in den 1970er Jahren, nach dem 4. StRG.4. gab es keine wichtige Änderungen in Bezug auf Sexualdelikte, aber eine Änderung des AT, die Auswirkungen auf diese Kategorie von Straftaten hatte, soll erwähnt werden. Dies ist das Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31. Juli 1974, wobei die Volljährigkeit, die bislang mit Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres eintrat, ab dem 01. Januar 1975 mit Vollendung des achtzehnten Lebensjahres geworden ist.

4. Die weitere Entwicklung des Sexualstrafrechts bis zur Gegenwart

¹⁹¹ Vgl. Brüggemann 2013, S. 93.

¹⁹² Auch diese Wahl war nicht frei von Kritik, und es wurden weitere Vorschläge unterbreitet wie: "Sexualstraftaten", "Straftaten im sexuellen Bereich", "Straftaten im Bereich des Sexuallebens", "Sexualbezogene Straftaten", "Straftaten im Zusammenhang mit der Sexualität" und "Straftaten gegen die sexuelle Freiheit".

¹⁹³ Vgl. Roxin 1969, S. 159: „Eine Befugnis, erwachsene Bürger moralisch zu erziehen und durch Strafdrohungen sittlich zu festigen, steht ihm (das Strafrecht) dagegen schlechterdings nicht zu. Im Bereich der Sittlichkeitsdelikte bedeutet das: Die Strafgewalt ist darauf beschränkt, gewaltsame Anschläge auf die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung, deren Schwersten etwa die Notzucht darstellt, und außerdem Beeinträchtigungen der geschlechtlichen Integrität Jugendlicher zu verhindern.“

In den 1980er Jahren erfolgte die im Bereich der Sexualdelikte, namentlich im Rahmen des Pornografieverbotes, zu erwähnende Gesetzesänderung durch das "Gesetz zur Neuregelung des Jugendschutzes in der Öffentlichkeit" vom 25. Februar 1985, mit welchem der Gesetzgeber § 184 ergänzt hat. Dies geschah als Reaktion auf die große Verbreitung von Pornovideos, die sogar in Ladenlokalen erhältlich waren, wo Filme gemittelt werden konnten.

Die aktuelle Reformbewegung, die mit dem 26. StrÄG vom 14. Juli 1992 begonnen hat, hat eine andere Eigenschaft auf als jene Bewegungen, die der großen, von liberalen und entkriminalisierenden Forderungen geprägten Reform Anfang der 1970er Jahre vorausgingen. Die neue Bewegung fordert nicht nur Tatbestandsausweitungen und Rechtsfolgenverschärfungen sondern auch Neukriminalisierungen. Bei dem 26. StrÄG stellt Bekämpfung des Menschenhandels sein wesentliches Ziel dar. Ein Jahr später folgt das 27. StrÄG vom 23. Juli 1993, das sich gegen die Ausbreitung der Kinderpornografie richtete.

Die in einigen Bundesländern immer noch aus Gründen des Jugendschutzes kriminalisierte homosexuellen Handlungen wurde erst durch das 29. StrÄG vom 31. Mai 1994 aufgehoben, als das Verhalten schließlich völlig diskriminiert wurde.

Die seit 1997 durchgeführten Reformen zielten auf einen besseren Schutz der Opfer ab, was in der Praxis eine Verschärfung der Strafen für Verbrechen gegen die Freiheit der Opfer bedeutete. Durch die Reform von 1997 kam es zu einem Wandel in der Struktur der sexuellen Gewaltdelikte, wobei als praktisches Ergebnis die Korrektur der Rechtsprechung auffiel, die den Begriff "Gewalt" sehr eng ausgelegt hatte.¹⁹⁴

Das neue ProstG vom 20. Dezember 2001, "Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten", förderte Änderungen in § 180a I, 181a II und im Überschrift des § 180a, die die Einschränkungen der Eigenverantwortlichkeitskette von Prostituierten beseitigte und bessere Arbeitsbedingungen für diese Klasse ermöglichte, wobei Prostitution nun als Gewerbetätigkeit anerkannt wird.

Mit dem SexualdelÄndG vom 27. Dezember 2003 wurden einige Tatbestände ausgeweitet, neue Tatbestände eingefügt und Strafdrohungen nochmals verschärft, wie beispielweise bei § 174 II und § 184v IV. Dem SexualdelÄndG ist das 37. StrÄG vom 11. Februar 2005 nachgefolgt, dessen Gegenstand wieder die Menschenhandelstatbestände war. Damit wurden die bisherigen §§ 180b, 181 aufgehoben und die Vorschrift gegen den Menschenhandel aus dem dreizehnten Abschnitt ausgegliedert und in den achtzehnten Abschnitt eingefügt.

¹⁹⁴ Vgl. Frommel 2017, § 177, Rn. 1.

Im Jahr 2017 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Abschlussbericht der Reformkommission zur Sexualstrafrecht vorgelegt. In diesem Bericht wird eine Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches als unerlässlich anerkannt. Es ist beabsichtigt, die Änderungen, die auf die Reform von 1973 folgten, mit einer Reihe von Einzelgesetzen zu systematisieren, die den Abschnitt kompliziert und inkonsistent gemacht hätten. Darüber hinaus will die neue Reformbewegung eventuelle Lücken schließen, um in diesem Bereich einen umfassenden Schutz für Kinder und Jugendliche gleichermaßen wie für erwachsene Menschen zu gewährleisten. Die Reform wirft auch Fragen nach der Rechtfertigung der Beibehaltung bestimmter Arten von Strafrecht auf, wie etwa der Erregung öffentlichen Ärgernisses oder bei der Verbreitung tierpornographischer Schriften. Ein weiterer Punkt, der für die Reformbewegung von Interesse ist, betrifft die Herausforderungen, die sich aus der fortschreitenden Technisierung und ihren Auswirkungen auf das Strafrecht ergeben.

D. Die Cannabis-Entscheidung des BVerfG¹⁹⁵

Nach dem deutschen Betäubungsmittelstrafrecht werden der Besitz und der Erwerb von Cannabisprodukten auch in geringer Menge und für gelegentlichen Eigenkonsum unter Strafe gestellt. Die Berufungsstrafkammer des Landgerichts Lübeck hielt im Jahr 1994 dieses Verbot für verfassungswidrig und legte dem Bundesverfassungsgericht die entsprechenden Paragraphen zur Kontrolle vor¹⁹⁶. Sie hatte das Verfahren ausgesetzt und die Sache dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Prüfung vorgelegt, ob § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 BtMG und dessen Anlage I (Haschisch) mit dem Grundgesetz vereinbar seien. Die Notwendigkeit einer Entscheidung in diesem Bereich wurde dringend, da einerseits die Gerichte in Hessen und Schleswig-Holstein, und weiter in den meisten Bundesländern, Strafgesetze anzuwenden weigerten, wenn die Bestrafung des Cannabiskonsumenten als unverhältnismäßig beurteilt wurde; während andererseits in anderen Bundesländern wie in Bayern diese Verhaltensweise ausnahmslos bestraft worden war.

¹⁹⁵ BVerfGE 90, 145, 172. vom 9. März 1994, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1994/03/1s19940309_2bvl004392.html

¹⁹⁶ Die Angeklagte des Ausgangsverfahrens wurde durch Urteil des Amtsgerichts Lübeck - Strafrichter - vom 1. Oktober 1990 wegen vorsätzlicher unerlaubter Abgabe von Haschisch (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 BtMG und dessen Anlage I) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten verurteilt.

Bei der schon berühmten Cannabis-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht in sieben Verfahren eine Überprüfung dieser Strafvorschrift durchgeführt und urteilt, dass das Verbot von Cannabis verfassungsmäßig sei.

Die Auseinandersetzung um das Thema endete aber nicht mit der Entscheidung des BVerfG. Im Gegenteil, sie hat sogar noch an Intensität gewonnen, da sich mehrere Autoren mit dem Thema befasst und Aufsätze verfasst haben, die die Argumente des Beschlusses analysieren, und ein erheblicher Teil von ihnen widerspricht den Annahmen, auf die das BVerfG seine Schlussfolgerung zur Verfassungsmäßigkeit des Verbots gestützt hat. Im Folgenden werden die von den Richtern angeführten Gründe erläutert, und zwar nicht nur diejenigen, die die siegreiche These verteidigt haben, sondern auch diejenigen, die abweichende Meinungen vertreten haben; außerdem werden einige Einwände aus der Strafrechtswissenschaft zu diesem Thema dargelegt.

1. Die Begrenzung des *ius puniendi* des Staats durch die Grundrechte.

Eines der Argumente in der Entscheidung des Landesgerichts Lübeck war, dass die Strafbarkeit der Abgabe von Cannabisprodukten, die dem Eigenkonsum dienen, unvereinbar mit dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) sei. Das BVerfG hat jedoch entschieden, dass die Verfassungsbeschwerde unbegründet wäre. Nach dem Beschluss des Zweiten Senats findet die allgemeine Handlungsfreiheit jedoch ihre Grenzen an der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 S. 2 GG, d. h. an der verfassungsrechtlichen Ordnung, den Rechten anderer und dem Sittengesetz. Aus der allgemeinen Handlungsfreiheit könnte daher nicht den Schluss gezogen werden, dass es ein „Recht auf Rausch“ gäbe. Ein solches Recht, das diesen Beschränkungen entzogen wäre, bestünde es nicht.

Ebenso verneint das BVerfG, dass eben dieses „Recht auf Rausch“ sich auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ("die Freiheit der Person ist unverletzlich") stützen könnte, in dem Sinne dass das Verbot einen Verstoß gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach sich ziehen würde.

Die Argumente des Landgerichts Lübeck sind genau in die entgegengesetzte Richtung gegangen. Die Strafbarkeit der Verhaltensweise wäre mit dem Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar, da vor allem die Entscheidung, zu rauchen oder nicht zu rauchen, zu den Elementen der menschlichen Selbstbestimmung gehöre. Das bedeute, dass man sich eingestehen muss, dass die Menschen das Recht haben und die Verantwortung dafür tragen, wie sie im Allgemeinen leben wollen. Der Rausch gehöre zu den grundlegenden Bedürfnissen des Menschen.

Generell wird das Recht des Staates, eine Verhaltensweise unter Strafe zu stellen, durch das in Art. 1 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip begrenzt. Im gleichen Sinne der Gedanke von Appel¹⁹⁷ e Lagodny¹⁹⁸, die in den Grundrechte, nicht im Rechtsgutsbegriff ein Instrument zur Beschränkung im modernen Verfassungsstaat sehen. Die Begründung der Cannabis-Entscheidung lässt diese Prämisse nicht außer Acht, da sie das Recht des Staates anerkennt, das Prinzip der freien Entfaltung der Persönlichkeit auch strafrechtlich zu begrenzen. Das Gericht misst jedoch den Folgen des Rauchens größere Bedeutung bei und ist der Ansicht, dass diese die Einschränkung der Freiheit des Einzelnen zugunsten der verfassungsrechtlichen Ordnung und des Rechts anderer rechtfertigen.

Das Gericht verneint das Bestehen eines Rechts auf Rausch und räumt die Beschränkung der Handlungsfreiheit ein, indem es versteht, dass das Verhaltensverbot darauf abzielt, die gesamte Bevölkerung, insbesondere junge Menschen, vor den Folgen von Drogen zu schützen. Diese Folgen, vor allem im Zusammenhang mit Sucht und Abhängigkeit, würden das Recht des Staates rechtfertigen, in die Freiheit des Bürgers einzugreifen, selbst mit dem schwerwiegendsten Instrument, nämlich der strafrechtlichen Sanktion.

2. Rechtfertigung als Gefährdungsdelikt

Eine weitere Aussicht der Analyse der Entscheidung ist die der Legitimation der Strafvorschrift innerhalb der Kategorie der Gefährdungsdelikte. Denn eine der Grundlagen ihrer Argumentation ist die Verbindung zwischen dem Zweck der Vorschrift und der Gefahr, die das Verhalten nicht nur für die Person, die die Droge selbst konsumiert, sondern auch für vermutliche soziale Schaden, den ein solcher Konsum verursachen könne, mit sich bringt. Diese Diskussion ist untrennbar mit einem auch für den Fall wichtigen Punkt verbunden, nämlich der Selektivität der Verbote, da andere Verhaltensweisen und sogar der Konsum anderer Drogen größeren Schaden anrichten können und nicht bestraft werden.

Zunächst wird in Bezug auf die Gefährdung und Verletzung der eigenen Gesundheit darauf hingewiesen, dass die Tatsache, dass es schwerwiegendere Drogen oder ein schädlicheres Verhalten im Allgemeinen gibt, eine mögliche Illegitimität des strafrechtlichen Verbots des Cannabiskonsums nicht rechtfertigen würde.

¹⁹⁷ Appel 1998, S. 172: „Die gesteigerte Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Strafvorschrift wird vor allem in der Cannabis-Entscheidung (BVerfGE 90, 145, 172) hervorgehoben. Der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht entsprechend wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in dem bekannten Dreischritt konkretisiert: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Übermaßverbot (oder *Verhältnismäßigkeit* i.e.S.). Das Gesetz muss geeignet sein, den angestrebten Zweck zu erreichen. Es muss auch erforderlich sein, in Sinne, dass sich der Gesetzgeber fragen muss, über das etwaige Bestehen anderer, gleich wirksamer, aber weniger belastender Mittel. Schließlich muss der Gesetzgeber auch das Übermaßverbotsprinzip beachten.“

¹⁹⁸ Lagodny 1996, S. 138 ff., 290 ff., 533 f.

Da das Verbot des Verkaufs von Cannabisprodukten nicht zwangsläufig den Konsum anderer, nicht strafrechtlich verbotener Rauschmittel, wie z.B. Alkohol, nach sich zieht, beeinträchtigt dieses Verbot nicht das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, nämlich die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person. Die Entscheidung, die eigene Gesundheit durch den Missbrauch solcher handelsüblichen Rauschmittel zu schädigen, liegt in der Verantwortung der Konsumenten selbst.

Einige Autoren glauben jedoch, dass das BVerfG der Annahme der Gefährdungsdelikte als Legitimationskriterium einen sehr weiten Spielraum eingeräumt hätte. Paeffgen z.B. erklärt, sowohl die Senatsmehrheit des BVerfG als auch die Richterin Graßhof halten dem Gesetzgeber in den Fällen der abstrakten Gefährdungsdelikte einen sehr weiten Freiraum zugute.¹⁹⁹ In ihrem Sondervotum sagte Frau Graßhof: "Abstrakte Gefährdungsdelikte sehen den Rechtsgüterangriff des Täters darin, dass er durch das verbotene Verhalten eine Lage schafft, die es wahrscheinlich macht, dass dem geschützten Rechtsgut Verletzung oder konkrete Gefahr droht".

Die Abstrakten Gefährdungsdelikte seien zum einen dann zum Schutze des Rechtsguts geeignet und erforderlich, wenn das jeweilige Rechtsgut nach seinem Gegenstand sowie Art und Weise seiner Bedrohung des Schutzes vor abstrakter Gefährdung bedarf.

Die Auslegung, wann eine Bestrafung aufgrund der Gefahr, die ein Verhalten mit sich bringen kann, gerechtfertigt ist, steht in engem Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der im Folgenden (4.1) erörtert wird. Denn der Schutz eines Rechtsgutes auf der Grundlage der Gefahr wäre nur geeignet, wenn die verbotenen Handlungsformen für das geschützte Rechtsgut typischerweise die naheliegende Möglichkeit einer Gefahr begründen. Mit anderen Worten, eine solche Schlussfolgerung kann sich nicht aus einer nur vagen, beiläufigen und außergewöhnlichen Möglichkeit ergeben, dass das Rechtsgut beeinträchtigt werden kann. Wie Frau Graßhof in ihrem Votum einräumt, "je weiter etwa die verbotenen - abstrakt gefährlichen - Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Verletzungshandlung liegen, je mehr Reaktionsmöglichkeiten bleiben dem Staat und je seltener ist es erforderlich, das Strafrecht als schwerwiegendsten Eingriff einzusetzen." In ähnliche Richtung sagt Stefan Grotz, dass „das Recht des Einzelnen zur freiverantwortlichen Gefährdung und Verletzung seiner Gesundheit könne jedoch grundsätzlich nicht mit den Mitteln des Strafrechts verboten werden.“²⁰⁰

¹⁹⁹ Paeffgen 2000, (695), 705.

²⁰⁰ Grotz 2008, (243), 245.

Um auf die Frage der Selektivität kriminalisierenden Verhaltens zurückzukommen, so steht diese in engem Zusammenhang mit der Diskussion um die Gefährdungsdelikte und die Geeignetheit des Verbots eines vermeintlich schädlichen oder gefährlichen Verhaltens. Eine solche Selektivität ist im Fall der Kriminalisierung von drogenbezogenem Verhalten auffällig.

Eine der Fragen, mit denen die Entscheidung konfrontiert wird, ist, ob eine solche Selektivität einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten würde. Die selektive Kriminalisierung ist, wie Albrecht behauptet, nicht frei von Widersprüchen. "Für die heute illegalen Drogen kann gezeigt werden, dass sie in nicht allzu ferner Vergangenheit legal verfügbar waren und alltäglich konsumiert wurden. Und für die heute legalen Drogen kann gezeigt werden, dass sie zeitweilig verpönt und verboten waren". Was die Gesundheitsrisiken betrifft, sei hingegen den etablierten Kulturdrogen Nikotin und Alkohol eine ausgeprägte Gesundheitsschädlichkeit bekannt.²⁰¹ Dieses Problem ist in Sondervotum von Richterin Graßhof nicht unbemerkt geblieben, die eine Vergleichung mit dem Alkoholkonsum im Straßenverkehr macht, der in einer bestimmten Menge toleriert wird. Der Gesetzgeber hielt es daraufhin für angebracht, das durch Alkoholkonsum bedrohte Rechtsgut der Verkehrssicherheit durch drei verschiedene Straftatbestände zu schützen, die sich nach dem durch die Höhe des Konsums repräsentierten Gefährungsgrad richten: a) durch eine einfache Ordnungswidrigkeit (§ 24a StVG – „führen eines Fahrzeugs mit mehr als 0,8 Promille“), b) durch ein abstraktes Gefährungsdelikt (§ 316 StGB – „führen eines Fahrzeugs trotz unsicherer Fahrweise“); und c) durch ein konkretes Gefährungsdelikt (§ 315c Nr. 1a StGB).²⁰²

Die gleiche Behandlung wird vom Gesetzgeber in Bezug auf den Cannabiskonsum nicht eingehalten, und unabhängig von der Menge als Straftat angesehen wird. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber nicht immer rationalen Kriterien anwendet, selbst wenn er das Verbot auf ein soziales Risiko stützen will.

Die Sozialschädlichkeit, in Verbindung mit dem vagen Rechtsgut "Volksgesundheit", sind in der Tat wiederkehrende Themen in der Entscheidung, die im folgenden Abschnitt zum Rechtsgut behandelt werden.

²⁰¹ Albrecht 1992, S. 31.

²⁰² Abweichende Meinung der Richterin Graßhof zum Beschluss des Zweiten Senats vom 9. März 1994 - 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92: „Bei der Teilnahme am Straßenverkehr nach Alkoholgenuß lassen sich Handlungen, die das Rechtsgut im Vorfeld seiner Verletzung bedrohen, in ihrem Gefährlichkeitsgrad hinreichend sicher voneinander abgrenzen. Der Gesetzgeber findet hier in der sozialen Wirklichkeit und der Medizin die Bedingungen dafür vor, die es ihm erlauben, differenzierte Schutzmaßnahmen vorzusehen. Insbesondere ist es möglich, die Handlungen in ihrem unterschiedlichen Gefährungspotential zuverlässig einzustufen. Der Kreis derjenigen Verkehrsteilnehmer, die eine Alkoholmenge getrunken haben, die sie erfahrungsgemäß nicht absolut fahrunsicher macht und die daher das Rechtsgut weniger gefährden, kann daher unschwer aus dem Straftatbestand herausgenommen und mit einer Ordnungswidrigkeit bedroht werden

3. Überprüfung nach der Rechtsgutslehre

Das Verbot des Besitzes von Cannabis neben anderen Drogen nach den §§ 29 ff. des Betäubungsmittelgesetzes beruht auf dem Schutz von Rechtsgütern, die durch die Straftat bedroht oder verletzt würden, nämlich dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst und der Volksgesundheit der Allgemeinheit.

Doch ebenso wie bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Inzestverbots durch das Bundesverfassungsgericht hat sich dasselbe Gericht ein Jahrzehnt später auch bei der Cannabis-Entscheidung zurückhaltend gezeigt, insbesondere bei der Verwendung des Rechtsgutsbegriffs in seiner einschränkenden Funktion. Wie Roxin ausführt, hat das Bundesverfassungsgericht nie eine Verletzung von Rechtsgütern als Voraussetzung für eine rechtsgültige Strafe anerkannt, obwohl es mehrfach Gelegenheit hatte, dies zu tun.²⁰³

In diesem Sinne ist das Votum von Frau Graßhof gewissermaßen eine Ausnahme, wenn sie sagt: „verbietet ein Straftatbestand Handlungen, die dem Rechtsgut nicht schaden, so kann dieses Rechtsgut mit einem Verbot solcher Handlungen nicht geschützt werden; insoweit ist bereits in dieser Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Verfassungswidrigkeit einer Strafnorm festzustellen“.

Nestler weist jedoch darauf hin, dass die Kritik an der Volksgesundheit als vermeintlich geschütztem Rechtsgut keine praktische Auswirkung hat, weil die Prüfung der Geeignetheit des strafrechtlichen Cannabisverbots anhand der vom Gesetzgeber angestrebten Normzwecke der Vorschrift erfolgen muss, der nach der Rechtsprechung des BVerfG darin bestünde, „die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen als auch der Bevölkerung im ganzen vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen und die Bevölkerung, vor allem Jugendliche, vor Abhängigkeit von Betäubungsmitteln zu bewahren“.²⁰⁴ Eine Strafvorschrift sei dann ungeeignet, wenn der von ihr angestrebte Zweck nicht gefördert wird.

Dies setzt die Möglichkeit voraus, empirisch nachzuweisen, dass das kriminalisierte Verhalten das zu schützende Rechtsgut gefährdet oder verletzt. Nestlers Vergleich zwischen einem generellen Verbot in Deutschland und dem niederländischen Modell des Coffeeshop-Systems scheint darauf hinzuweisen, dass dieses Ziel durch die Verbotsnorm nicht erreicht wird. Schließlich gehört es, wie Hassemer mahnte, zu den Kernelementen der präventiven Theorie des Strafrechts, dass sich der strafende Staat in Frage stellen lassen und begründen

²⁰³ Roxin 2006, § 2. Fn. 36-38

²⁰⁴ Nestler 2010, (971), 975.

muss, dass Tatbestand und Wirklichkeit des Strafrechts mit den vorgegebenen Zielen in Einklang stehen.²⁰⁵

Das Argument bezüglich der möglichen Folgen einer Anti-Prohibition wird auch von Albrecht in Frage gestellt:

Die Befürchtungen, die Legalisierung der Drogen führe zu einer Zunahme des Drogenkonsums und der Drogenkonsumenten, zur Drogenzugänglichkeit auch für Jugendliche und Kinder, zur Zunahme von im Drogenrausch begangenen Gewalttaten wie auch zur Zunahme von Drogentoten, sind durchaus ernst zuzunehmen, insbesondere deshalb, weil derartige Folgen weder qualitativ noch quantitativ abschätzbar sind.²⁰⁶

Zu diesem Thema widerlegt Paeffgen das Kindhäusers Argument, und behaupteten, dass man von Rauschmitteln nicht wie von Viren oder Bakterien angefallen oder von nuklearen Strahlen unbemerkt geschädigt werden könne, sondern aktiv mitwirken müsse, um die Gefährlichkeit von Betäubungsmitteln zu entfalten, mangelt es an dieser Prämisse.²⁰⁷

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Der zentrale Punkt der Entscheidung liegt nicht in der Analyse, ob die Regel über ein strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut verfügt oder nicht. Wie Schönemann betont, habe sich die Cannabis-Entscheidung auch nicht auf die Beeinträchtigung eines Rechtsguts stützt.²⁰⁸ Die Frage wurde im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prinzipien analysiert, und somit wurde die Strafvorschrift unter der drei Stufen des Verhältnismäßigkeitsprinzips geprüft, insbesondere damit zu wissen, ob das strafrechtliche Verbot geeignet und erforderlich sei. In diesem Sinne sei ein strafrechtlicher Eingriff nur erforderlich, wenn es um den Schutz gewichtiger elementarer Gemeinschaftsgüter geht; nur die Verletzung solcher Schutzgüter sei strafwürdig. Diese Anforderungen würde nach der Senatsmehrheit des BVerfG durch § 29 BtMG erfüllt werden.

Im Senat besteht Einigkeit, der Gesetzgeber könne durch das Strafrecht daher den Zweck eines Rechtsgüterschutzes nur verfolgen, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird. „Es geht einmal darum, ob in dem Straftatbestand zum Schutze des jeweiligen Rechtsguts Strafe angedroht werden kann. Zum anderen stellt sich die Frage, ob Art und Höhe der angedrohten Strafe den Anforderungen der Verfassung standhalten“²⁰⁹. Die Richter gehen also von den gleichen Annahmen aus, aber Herr Richter Sommer kommt in seinem

²⁰⁵ Hassemer/Neumann 2010, Rn. 25 ff., 38; Nestler 2010, (971), 984.

²⁰⁶ Albrecht 1992, S. 37.

²⁰⁷ Paeffgen 2000, (695), 710.

²⁰⁸ Schönemann, Das Rechtsgutprinzip... S. 133 ff. (145)

²⁰⁹ Cannabis-Entscheidung (BVerfGE 90, 145, 172)

Sondervotum zu einem anderen Schluss, nämlich dass das Verbot einer Überprüfung des Übermaßverbotsprinzips nicht standhalte. Er weist darauf hin, dass der Verstoß gegen das Übermaßverbot nicht dadurch ausgeräumt werden würde, dass nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 29 Abs. 5 und 31a BtMG von Strafe oder von Verfolgung abgesehen oder das Verfahren eingestellt werden kann. Mit anderen Worten, die Tatsache, dass der Fall wegen der geringen Menge der Drogen eingestellt werden kann, macht die Regel nicht im Einklang mit Verhältnismäßigkeitsprinzip, da selbst beim Erwerb und Besitz geringer Mengen von Cannabisprodukten bereits die Existenz der als ungerechtfertigt angesehenen Untersuchung einen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht des Einzelnen darstellt.

5. Zwischenergebnis

Die von der Cannabis-Entscheidung eingebrachten Argumente und Diskussionen sind für die vorliegende Untersuchung von besonderer Bedeutung. Obwohl es hier um Glücksspielverbot geht, gibt es Probleme im Zusammenhang mit der Diskussion über die Legitimität, die beiden Straftaten gemeinsam sind: erstens, die Existenz eines fragwürdigen Rechtsguts, das die Verbotsregel im Blick hätte; zweitens, das Problem der Gefährdungsdelikte; drittens, die Annahme der Sozialschädlichkeit, und letztlich Unbestimmtheit, ob solche Strafvorschriften erforderlich und geeignet seien. Ganz zu schweigen, die Einwände die auf die beiden Verboten erhoben werden können, bezüglich einer *Moralisierung* des Strafrechts, die durch "Ethisierung" und "Subjektivierung" gekennzeichnet wird.²¹⁰ In diesem Sinne ist Krauß der Meinung, wenn das Strafrecht für ein bestimmtes Ziel keine vorbestimmten Schutzobjekte vorsieht, geht es über das Zeichen des "Aufhaltens" des bloß Unmoralischen hinaus.

6. Das Betäubungsmittelstrafrecht in anderen Ländern: Ein Überblick

Es besteht kein Zweifel, dass Droge eine Tatsache der sozialen Realität ist, die insbesondere seit Beginn des 20. Jahrhunderts zum sozialen Problem geworden ist. Die Gründe, die dazu geführt haben, dass die spezifische "Opiumfrage" zum so genannten "Drogenproblem" wurde, steht vor allen in Verbindung mit wirtschaftlichen Faktoren.

In Anerkennung des Mangels des in den meisten Ländern geltenden Modells forderte die 2011 gegründete Weltkommission für Drogenpolitik, der derzeit 22 Mitglieder angehören, darunter 12 ehemalige Staats- und Regierungschefs, sowie Persönlichkeiten wie der Literatur Nobelpreis, Mario Vargas Llosa, in seinem letzten Bericht vom September 2018 das Ende der Verbotspolitik.

²¹⁰ Vgl. Kelker 2007, S. 177.

Der Bericht erkennt an, dass rund 250 Millionen Menschen auf der ganzen Welt illegale Drogen konsumieren, und empfiehlt den Regierungen, den Drogenhandel zu regulieren und die Verbote zu lockern. "Die Politik sollte alle Aspekte des Rauschgifthandels kontrollieren und nicht einige Teile in den Händen der Kriminalität lassen", sagte Ruth Dreifuss, die Präsidentin der internationalen Kommission und ex-Präsidentin der Schweiz.

Ein anderes Mitglied der Kommission, der ehemalige kolumbianische Präsident César Gaviria, der dieses Land zu einer Zeit regierte, als Pablo Escobar und sein Medellín-Kartell stark waren, verteidigte die Regulierung, nicht die Legalisierung: "Wir glauben, dass es einen Unterschied zwischen der Regulierung und der Legalisierung von Drogen gibt, was bedeuten würde, dass staatliche Regeln für die Produktion, den Vertrieb und den Konsum von Drogen festgelegt und geprüft würden, ob sie eingehalten werden".

Nach dem am 22. Juni 2017 veröffentlichten Weltdrogenbericht der *UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime*,²¹¹ haben etwa 5% der Weltbevölkerung, d.h. etwa 250 Millionen Menschen, mindestens einmal im Erhebungsjahr irgendeine Art von illegaler Droge konsumiert. Eine weitere wichtige Tatsache, auf die im gleichen Dokument hingewiesen wird, ist dass rund 29 Millionen Menschen bis zur Behandlungsbedürftigkeit von Drogen abhängig sind.

Laut derselben Studie ist Cannabis die weltweit am meisten konsumierte Droge, wobei 3,8% der erwachsenen Weltbevölkerung sie jährlich konsumieren, dabei nur im Jahr 2015 schätzungsweise 183 Millionen Menschen die Droge konsumiert haben. Mit Recht sagte Schecaira dazu:

„In einigen Fällen haben gesetzgeberische Maßnahmen den Konsum bestimmter Drogen einfach entkriminalisiert. In anderen Ländern war die Entkriminalisierung das Ergebnis eines langen Fortschritts der Rechtsprechung, und das Verdienst solcher Maßnahmen sollte der Arbeit von Richtern und Staatsanwälten zugeschrieben werden. Das ist der Weg, der unserer Meinung nach eingeschlagen werden sollte.“²¹²

Auch in Spanien habe eine über Jahre hinweg aufgebaute „gewährleistende“²¹³ Rechtsprechung eine konkrete Entkriminalisierung als Folge der Rechtsprechung ermöglicht. Mit dem Vorteil gegenüber Portugal, dass im Falle von Drogen, die aus den im Baskenland gegründeten "Cannabis-Clubs" stammen würden, gälte als berechtigt, d.h. sie würde aus einem Schwarzmarkt stammen. Es ginge um ein Produkt das innerhalb der gesetzlichen Parameter angepflanzt, vermarktet und konsumiert würde.²¹⁴

²¹¹ UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime, World Drug Report 2017.

²¹² Schecaira 2014, (235), 240/241.

²¹³ Auf portugiesisch benutzt man das Wort „garantista“.

²¹⁴ Schecaira 2014, (235), 248.

7. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts in Argentinien

Das argentinische Verfassungsgericht prüfte die Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Verbotes des Drogenkonsums in seiner Entscheidung vom 25. September 2009, und kam zu dem Schluss, dass das Besitzes von Drogen für eigenen Konsum verfassungswidrig sei. Zu diesem Zweck berief sie sich auf Art. 19 der Verfassung dieses Landes, der lautet: "Die privaten Handlungen der Menschen, die in keiner Weise gegen die Ordnung und die öffentliche Moral verstoßen und auch nicht Dritten beeinträchtigen, gehen nur Gott an, und sind von der Autorität der Richter befreit."²¹⁵

In derselben Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts berufen sich die Richter Fayt (Paragraph 30) und Argibay (Paragraph 13) ebenfalls auf die Unannehmbarkeit eines auf starker Paternalismus beruhenden Arguments, da der Schutz des Individuums vor sich selbst nicht unter das Strafrecht falle.

8. Die Situation in Brasilien

Wie Santos Junior mit besonderem Bezug auf Brasilien betont, sei der Diskurs des Krieges gegen die Drogen, die Unterdrückung einer völkermörderischen Kriminalpolitik, in weiten Teilen der Polizei zu einem Dogma geworden und findet sowohl bei Richtern als auch bei Staatsanwälten Zustimmung.²¹⁶

In Brasilien ist der intensive Strafdiskurs zur Drogenproblematik in weiten Teilen der Polizei zum Dogma geworden und wird sowohl von der Justiz als auch von der brasilianischen Staatsanwaltschaft als relevant empfunden.

In der Tat. Nach den jüngsten Daten des im Juni 2016 veröffentlichten Berichts der Vollstreckungsbehörden,²¹⁷ gibt es in Brasilien 726.712 Gefängnisinsassen, was im Vergleich zur Gefängnisinsassen Jahr 1990 einer Zunahme von 707% entspricht. Die Gefangenenquote stieg von 137 pro 100.000 Einwohner im Jahr 2000 auf 352,6 im Jahr 2016, was einem Anstieg der Inhaftierungsquote um 157 % entspricht. In diesem Zeitraum - zwischen 2000 und 2016 - war der Anstieg dieser Quote konstant und progressiv: 183 Gefangene pro 100.000 Einwohner im Jahr 2004, 220 im Jahr 2007, 269,79 im Jahr 2011 und 287,31 im Jahr 2012.

Nach den von den Inhaftierten begangenen Straftaten wurden insgesamt 620.583 Straftaten erfasst, einschließlich der im Strafgesetzbuch und in Sondergesetzen vorgesehenen

²¹⁵ „Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados“. A. 891. XLIV. – Recurso de Hecho, Arriola, Sebastián y otros s/causa n.º 9080 <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6711401&cache=1504293704009>.

²¹⁶ Santos Jr. 2018, S. 222.

²¹⁷ INFOPEN/SENASP – *Informações Penitenciárias, da Secretaria Nacional de Segurança Pública.*

Straftaten. Die Zahl der Gefangenen wegen Drogendelikten (176.691) macht 28 % der Gesamtzahl aus, während dieser Prozentsatz im Jahr 2005 nur 9,1 % betrug. Seit 2006, als das neue brasilianische Betäubungsmittelgesetz in Kraft trat, ist dieser Prozentsatz kontinuierlich um etwa zwei Prozentpunkte pro Jahr gestiegen, bis im Jahr 2012 der Anteil der Gefangenen wegen Drogenhandels 25,21 Prozent der Gesamtzahl der Gefangenen im Lande ausmachte.²¹⁸

Der beträchtliche Anteil der Häftlinge wegen Drogenhandels im Verhältnis zur Gesamtzahl der Häftlinge ist ein Aspekt, der bei der Festlegung einer Politik der öffentlichen Sicherheit, die auf die Bekämpfung dieser Art von Kriminalität abzielt, nicht außer Acht gelassen werden darf und auch im Kontext der Kriminalpolitik besser untersucht werden sollte.

Das brasilianische Bundesverfassungsgericht beschäftigt sich mit diesem Thema, in einem Prozess wo die Verfassungsmäßigkeit des Verbotes des Drogenkonsums überprüft werden soll.²¹⁹

E. Das Inzesturteil des BVerfG

Wie in der vorangegangenen Ausführung angedeutet, kann man davon ausgehen, dass das Bestehen eines strafwürdig geschützten Rechtsguts in der umstrittenen Vorschrift zweifelhaft, oder zumindest fragwürdig ist. Man kann ferner behaupten, dass die Norm des Glücksspielverbotes tatsächlich auf den Schutz der Sittlichkeit zugeschnitten ist. Eine ähnliche Frage ist auch hinsichtlich des Inzestverbots in Deutschland gestellt worden.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008²²⁰ wurde die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB im Hinblick auf ihre Legitimation überprüft. Für die vorliegende Untersuchung gewinnt diese Entscheidung besonderes Gewicht hinsichtlich der Fragestellung über die Legitimation der Strafnorm, insbesondere wenn sie sich auf die Rechtsgutslehre stützt.

Darüber hinaus stellen sich auch die Fragen, inwieweit und mit welchen Begründungen das Bundesverfassungsgericht sein Kontrollkompetenz auf den Strafgesetzgeber ausgeübt hat, bzw. hätte ausüben dürfen. In der Tat ist es keine leichte Aufgabe zu präzisieren, wo die Grenze laufen soll, zwischen dem legislativen Spielraum und der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts.

²¹⁸ Boiteux 2014, (84), 93/94.

²¹⁹ STF – Supremo Tribunal Federal, Prozess Nr. 635.659 (Recurso Extraordinário).

²²⁰ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, abrufbar unter

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080226_2bvr039207.html

Der gerichtlichen Verwerfungskompetenz entspricht die Möglichkeit, Gesetzgeber Beschränkungen aufzuerlegen, von denen er immer dann Gebrauch machen kann, wenn er die Grenzen seiner Zuständigkeit überschreitet. Wie Krauß feststellt, „Freilich wird als Grundlage der Verwerfungskompetenz ursprünglich eine wesentlich differenziertere Zielbestimmung vorgegeben.“²²¹

Die Entscheidung über das Inzestverbot dient als Beispiel einer solchen Problematik, in denen zwei Aspekte in Betracht kommen. Erstens, ein formeller Aspekt, da es um die Grenze einer verfassungsrechtlichen Überprüfung geht, und zweitens, ein materieller Aspekt, der gerade mit der Legitimation der Strafnorm in Verbindung steht.

1. Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts

Im vorliegenden Fall hat das BVerfG sein restriktives Verständnis geäußert, immer mit dem Argument, es sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzustellen.

In der Tat wird nicht in Frage gestellt, dass dem Gesetzgeber keine absolute oder *unbeschränkte* Freiheit zusteht, um irgendein Verhalten unter Strafe zu stellen.

Die Grundlagen dafür stehen in der strafrechtlichen Literatur im Zusammenhang entweder mit der verfassungsrechtlichen Dogmatik oder mit anderen Konzeptionen, die Relevanz vor allen im Rahme der Kriminalpolitik gewinnen.

Aus kriminalpolitischer Sicht kann die Existenz eines Straftatbestandes als unnötig angesehen werden. Wenn es jedoch darum geht, die Legitimität des Gesetzgebers zur Kriminalisierung von Verhaltensweisen in Frage zu stellen, kann dies nicht geschehen, ohne die verfassungsmäßige Rolle des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

Sowohl im Beschluss des zweiten Senats, als auch in der abweichenden Meinung des Richters Hassemer²²² wird die Strafnorm des Inzestverbots zwischen Geschwistern überprüft, dahingehend, ob die dem entsprechenden Tatbestand unterliegenden Zwecke anzuerkennen sind, ob sie auch als *verfassungsrechtlich legitime Regelungsziele* gelten. Gerade die verfassungsrechtliche Legitimation des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB war die Streitfrage, die das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hatte.

Vergleicht man jedoch den Beschluss des Senats mit dem Sondervotum, so erkennt man sofort, dass die rechtliche Prüfung des BVerfG unvollständig war, da sie sich auf den

²²¹ Krauß 2010, S. 423 ff.

²²² 2 BvR 392/07 – 2, Beschluss des Zweiten Senats v. 26. Februar 2008; und abweichende Meinung des Richters Hassemer (Sondervotum).

formellen Aspekt konzentrierte, d.h. auf die Tatsache, dass das Gesetz formell korrekt war, da der Gesetzgeber innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit handelte. Das abweichende Votum von Hassemer hingegen analysierte den materiellen Aspekt, d.h. er kam zu dem Schluss, dass das Gesetz verfassungswidrig sei.

Das besagt aber nicht, dass das Gericht die materiell rechtlich - dogmatischen Gesichtspunkte schlechterdings außer Acht gelassen hat, sondern nur, dass der Senat diese Gesichtspunkte nicht ausreichend erhoben und ausgewertet hat.

Deswegen kann man es für eine Übertreibung halten, wenn Krauß hervorhebt *„der Beschluss dagegen (die abweichende Meinung) argumentiert auf einer anderen Ebene. Er fragt nicht abschließend nach der Qualität des Gesetzes und nicht einmal nach dessen materieller Verfassungswidrigkeit, sondern ausschließlich danach, ob das Bundesverfassungsgericht befugt sei, das Gesetz in allen Punkten zu überprüfen und bei einem negativen Befund zu verwerfen.“*²²³

Allerdings hat das Gericht, nicht nur in diesem Fall als auch im Lauf der Zeit wenig dazu beigetragen, um eine verfassungsrechtliche Grenze des materiellen Strafrechts zu ziehen. Dies ist so weil das Gericht eine Selbstbeschränkung in seiner Entscheidungskompetenz gezogen, und nur eine Willkürüberprüfung durchgeführt hat.

In vorliegendem Fall, z.B., hat das BVerfG geäußert, dass es die Überschreitung äußerster Grenzen nur beanstanden und dem Gesetzgeber entgentreten kann, wenn für eine von ihm getroffene Unterscheidung sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht erkennbar sind.²²⁴

2. Verfassungsrechtlich legitimer Zweck und geschütztes Rechtsgut als Maßstäbe der Legitimation der Strafnorm

Die Schwierigkeit der Rechtsprechung in bestimmten Fällen, den Gegenstand des Strafschutzes zu identifizieren, ist schon seit längerer Zeit bekannt. Jäger hatte darauf hingewiesen, dass das Reichsgericht in einer frühen Entscheidung (RG 2, 240) bestimmte Gesichtspunkte aufgezeigt hat, die sich „als die entscheidenden Grundpositionen innerhalb der Rechtsgüterdiskussion im wesentlichen durchgesetzt, ohne dass jedoch das RG seinen Standpunkt eingehender erläutert hätte“²²⁵. Genau im Bezug auf den Zweck des § 173 ²²⁶ sagte der Autor bereits im Jahr 1957,

²²³ Krauß 2010, S. 423 ff.

²²⁴ Beschluss, Rn. 54.

²²⁵ Jäger 1957, S. 57.

²²⁶ § 173 StGB entstand aus der Dritten Strafrechtsgesetzänderung vom 4. August 1953 (BGBl S. 735)

dass die Frage nach dem geschützten Rechtsgut bis zur damaligen Zeit im unklaren geblieben sei, und in der heutigen Zeit, über 50 Jahre später, bleibt diese Unklarheit weiterhin bestehen.

Seit früher, wenn es von der Begründung einer Strafnorm die Rede war, sprach man von Schutz auf „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“, oder „Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftsleben“, „wichtige Gemeinschaftsleben“, „besondere öffentliche Interessen“, oder noch auf „wichtige Anliegen der Gemeinschaft“.²²⁷

Aber um ein Kriterium zur Beschränkung des Strafrechts bestimmen zu können, das nicht lediglich kriminalpolitische sondern auch dogmatische Bedeutung hat, muss es als Voraussetzung für eine verfassungsrechtliche Legitimation gelten, weil es nur dann rechtsverbindliche Wirkung haben wird.

Man kann somit aus der Entscheidung des Inzestverbots ableiten, dass sich zwei Begriffspaare als Überprüfungsmaßstäbe zur Legitimation des Strafnorm erwiesen haben, die miteinander in Verbindung stehen: *verfolgte Normzwecke* und *geschützte Rechtsgüter*.

Wie stellt sich das Verhältnis von Rechtsgut und Normenziel dar? Gilt der dem Gesetz unterliegenden verfolgte Zweck als Voraussetzung für seine verfassungsrechtliche Legitimation, oder findet die Strafvorschrift ihre Legitimation im dem durch sie geschützten Rechtsgut?

Verfolgte Regelungszwecke und *geschütztes Rechtsgut* sind Begriffe, die immer noch in der Entscheidung angeführt werden, ohne dass deutlich gemacht wird, welches Verhältnis zwischen ihnen besteht. Aber es scheint zweifelfrei, dass der Senat versorgt ist, die Normziele des Inzestverbotes zu identifizieren, als Kriterium der Verfassungsmäßigkeit der Norm.

Sowohl im Beschluss als auch im Sondervotum scheint es, dass diese Begriffe sogar als Synonym verwendet werden, so dass man verstanden werden könnte, dass die Frage nach legitimen Strafrechtsgütern eigentlich die Frage nach verfassungsrechtlich zulässigen Zwecken sein könnte. Darauf weist Appel besonders deutlich hin:

Das Bundesverfassungsgericht prüft dementsprechend nicht im Sinne der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, ob das vom Gesetzgeber mit den Mitteln des Strafrechts geschützte Gut Teil einer schützenswerten (objektiven) Wertordnung ist. Erforderlich ist allein, dass die vom Gesetzgeber verfolgten Belange vor der Verfassung Bestand haben.²²⁸

Zusammengefasst, was sich aus der Entscheidung des Inzestverbots ableiten lässt ist die Vorstellung des BVerfG, wonach die verfolgten Regelungszwecke der Strafnorm ihr verfassungsrechtliche Rechtfertigung verleihen können.

²²⁷ Vgl. Appel 1998, S. 198.

²²⁸ Appel 1998, S. 200.

Allerdings reicht es natürlich nicht aus, dass irgendein Normzweck anerkannt werden kann, vielmehr müssen diese Zwecke auch verfassungskonform sein. Mit anderen Worten: Um eine Strafnorm als vor der Verfassung bestehend ansehen zu können, ist es unabdingbar, dass neben solchen verfolgten Regelungszwecken auch verfassungsrechtlich legitime Zwecke gegeben sind. Eine solche Aussage klingt allerdings noch etwas unpräzise.

Aus einer Konzeption von Normzweck, die kein Schutzobjekt ausschließen soll, folgt eine sehr allgemeine Formulierung der Strafnorm, die so diffus und abstrakt wäre, dass ihre einzelnen Schutzobjekte nicht mehr deutlich erkannt werden könnte.

Der Gesetzzweck der Strafnorm darf aber nicht vage, sondern muss präzise sein, um die Frage beantworten zu können, was das Gesetz wirklich will und wozu es taugt.

Wie Appel darauf hinweist, reiche im Ergebnis für die Strafbewehrung der Bezug zu irgendeinem verfassungsrechtlich legitimen Zweck aus. Auf der anderen Seite gebe es eine Diskrepanz zwischen dem verbalen Anspruch des Bundesverfassungsgerichts und der im Ergebnis tatsächlich gezogenen Grenze. Dann fährt er fort: „Diese Unstimmigkeit gilt es näher zu beleuchten, wenn die Frage geklärt werden soll, welche verfassungsrechtlich zulässigen Zwecke der Gesetzgeber nach dem Verständnis des Verfassungsgerichts mit einer Strafbewehrung verfolgen darf.“²²⁹

Appel ist der Auffassung, dass eine Begrenzung des Strafrechts auf den Schutz bedeutsamer Güter im Sinne der strafrechtlichen Rechtsgutslehre verbunden ist, nachhaltig trüge. In der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts sei tatsächlich die Verpflichtung des Strafgesetzgebers auf den Schutz wichtiger Gemeinschaftsbelange weitgehend verbal und die damit vermeintlich aufgestellte Hürde denkbar gering.

Um die Strafnorm des Inzestverbots für verfassungswidrig zu erachten, überprüft Hassemer ihre möglich verfolgten Zwecke, und dadurch kommt er zu dem Schluss, dass die Norm keinem verfassungsrechtlich legitimen Zweck unterliegt.

Mit seinen Argumenten, auf der Ebene sowohl verfassungsrechtlicher als auch strafrechtlicher Dogmatik, gelang es Hassemer zu belegen, dass die übergeprüfte Norm verfassungswidrig sei.

²²⁹ Appel 1998, S. 199.

3. Überprüfung der Legitimation durch das geschützte Rechtsgut und strafrechtliche Grundsätze (insb. das Verhältnismäßigkeitsgebot)

Die in der Entscheidung dogmatisch vorgegebenen Gesichtspunkte, nämlich, Schutz von Ehe und Familie, eugenischer Grund, sexuelle Selbstbestimmung, gelten als Normzwecke des § 173, die der Senat als äußerste Grenze bemüht hat.

Nach Meinung Hassemers findet das Verbot des Geschwisterinzests ein mögliches Rechtsgut und seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung weder im Schutz von Ehe und Familie,²³⁰ noch in eugenischen Gesichtspunkte oder in der sexuellen Selbstbestimmung.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass, wenn vom strafrechtlichen Rechtsgut als möglicher Legitimationsbegründung einer Strafnorm die Rede ist, nicht schlechthin zu prüfen ist, ob überhaupt ein Rechtsgut im Tatbestand enthalten ist. Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Legitimität einer Strafnorm ist vielmehr auch, dass es sich um ein strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut handelt.

Allerdings fällt es überreichenderweise auf, wie Krauß darlegt, dass nicht nur der Senat die Lehre vom Rechtsgut „mit spitzen Fingern anfasst“, sondern auch Hassemer das Reizwort nach Möglichkeit vermied. „Regelungsziel und Übermaßverbot leisten auch so für die verfassungsrechtliche Überprüfung die notwendigen Dienste. Die Lehre vom Rechtsgut würde sich für billige Münze weggeben, wenn sie sich auf eine bloße Willkürüberprüfung einlassen sollte.“²³¹

Sogar in der abweichende Meinung erweist sich klar erkennbar die Vorstellung, wonach verfassungsrechtlich legitime Zwecke zu Legitimationsmaßstäbe einer Strafnorm erhoben werden können. Dazu lässt sich im Beschluss lesen:

„Soweit man die Vorschrift im Übrigen als geeignet ansehen wollte, der Möglichkeit der Zeugung von behinderten Kindern durch leibliche Geschwister entgegenzuwirken, verfolgt sie in dieser Wirkrichtung – wie oben dargelegt – keinen verfassungsrechtliche legitimen Zweck.“²³²

4. Die Problematik der Strafnorm des Inzestverbotes als bloß unsittlicher Tatbestand

Sei es die Rede von geschützten Rechtsgütern oder verfolgten Normziele, so ist ein anderer Aspekt zu behandeln. Es geht um den Inhalt der strafrechtlichen Vorschrift, denn es kann Strafnormen geben, die ausschließlich Moralvorstellungen schützen und nicht dem Rechtsgüterschutz dienen.

²³⁰ Beschluss, Rn. 92

²³¹ Krauß 2010, S. 423

²³² Sondervotum, R. 112

Dies betrifft eines der Hauptprobleme der strafrechtliche Rechtsgutslehre, „nämlich die Ausscheidung bloß unsittlichen oder unmoralischen Verhaltens aus dem Strafrechtsschutz, von vornherein eine klare, dem Bestreben der Rechtsgutslehre freilich zuwiderlaufende Aussage: Aus der Sicht des Verfassungsrechts kann (auch) die Strafbewehrung (vermeintlich) bloß unsittlichen oder unmoralischen Verhaltens ein verfassungsrechtlich zulässiger Zweck sein“.²³³

Es kann keine Ausformung des Rechtsgutsbegriffs akzeptiert werden, die Binding den einzelnen Rechtsgütern verleiht, „wenn sie das Pietätgefühl gegen Gott oder die Ungeschlechtlichkeit des Verkehrs zwischen nächsten Blutsverwandten zu Rechtsgütern erklärt.“²³⁴

Nach herrschenden Meinung darf der strafrechtliche Gesetzgeber jedoch nicht Verhalten unter Strafe stellen, die kein Rechtsgut bedrohen, sondern lediglich gegen die Moral gerichtet sind. Im konkreten Fall des Inzestverbots wird nach wie vor in Frage gestellt, ob die Vorschrift ein schutzwürdiges Rechtsgut beinhaltet, oder im Gegenteil, ob es um eine Strafnorm geht, die sich allein in Moralvorstellungen gründen.

Im Bezug auf den Tatbestand des § 173 StGB, vor dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973, stellte Jäger fest:

„Ausschließlich moralische Gründe lassen sich für die Bestrafung des Beischlafs Verschwägerter auf- und absteigender Linien finden. Das Vorhandensein eines geschützten Rechtsguts ist hier erst recht zu verneinen. Das RG motiviert die Strafbarkeit ganz allgemein mit ‚Rücksichten auf die Sittlichkeit‘. Die Bestrafung entspricht also, wie Mittermaier zutreffend feststellt, nicht einem Schutzzweck. Er hat sich deshalb mit Recht gegen eine solche ‚prinziplose Bestrafung einer reinen Unmoral‘ ausgesprochen“.²³⁵

4.1 Überprüfung der Strafnorm des Inzestverbots hinsichtlich ungeschriebener Verfassungsgrundsätzen

Sollte man die Auffassung vertreten, dass jedem Tatbestand ein Ziel unterliegt, soll darauf aufmerksam gemacht werden, auf welcher Basis dieser Gedanke entwickelt worden ist. Man könnte argumentieren, dass solches vorausgesetzte Ziel aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abzuleiten ist.

²³³ Appel 1998, S. 200.

²³⁴ Schönemann 2003, S. 133

²³⁵ Jäger 1957, S. 57.

„Es genügt dem Senat, dass jedenfalls ‚eine gewisse Plausibilität (schädigender Wirkungen) bestehe‘, oder dass eine Überzeugung ‚jedenfalls nicht als irrational bezeichnet werden könne‘“²³⁶

Hierhin erkennt man den Versuch des Senats, eine Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit vorzuzeichnen, indem er, bei der Überprüfung der Strafnorm des Inzestverbots, auf eine Analyse der Grundsätze wie Verhältnismäßigkeit und des auf dem Spiel stehenden Rechtsguts sich bezogen hat.

Aber dazu kommt immer noch die Frage, wie das Verhältnis anzusehen ist, zwischen diesen Grundsätze und der Rechtsgutslehre.

Appel vertritt dabei die Position, dass: die Frage der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, ob und inwieweit ein als bloß unsittlich oder sittenwidrig angesehenes Verhalten vom Gesetzgeber mit Strafe bedroht werden darf, verfassungsrechtlich gesehen keine Frage des verfassungsrechtlich zulässigen Zwecks, sondern (allenfalls) der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Einsatzes gerade strafrechtlicher Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks sei.

Nach der abweichenden Meinung steht die Norm des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht in Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Darüber hinaus zeigt Hassemer auch andere Grundsätze auf: „Es gibt andere und besser geeignete Mittel im Sinne des *Ultima-Ratio-Prinzip* und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtliche Schranken strafrechtlicher Eingriffe“²³⁷

Auch von der Geeignetheit, als eine der Stufen der Verhältnismäßigkeit, ist die Rede: „Fraglich ist schon grundsätzlich, ob Instrumente des Strafrechts geeignete Mittel sein können, um die Familie von sexuellen Handlungen freizuhalten und dadurch ihr schädliche Wirkungen auszuschließen oder entscheidend zu mindern.“ Schließlich kollidierte die umstrittene Strafvorschrift mit dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot.²³⁸

Dass bei der Schaffung einer Strafvorschrift der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu respektieren ist, ist eine Selbstverständlichkeit. Aber „daß sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkrete Maßstäbe zur Umschreibung strafbaren menschlichen Verhaltens ableiten lassen, erscheint jedoch zweifelhaft.“²³⁹

²³⁶ Krauß 2010, S. 423.

²³⁷ Sondervotum, Rn. 100

²³⁸ Sondervotum, Rn. 106

²³⁹ Anastasopoulou 2005, S. 288.

Kapitel 5

Das strafrechtliche Glücksspielverbot vor dem Hintergrund der Debatte über die Abgrenzung und den Zusammenhang von Moral und Strafrecht

A. Die (generelle) Zusammenhang und Abgrenzung zwischen Recht und Moral

Das Glücksspiel ist ein Verhalten unter vielen anderen, das als paradigmatisches Beispiel für die Analyse der bestehenden Beziehungen zwischen Moral und Recht dienen kann. Daher ist es wichtig, den Zusammenhang und die Abgrenzung zwischen beiden zu analysieren, und zwar innerhalb der engen Grenzen des Gegenstandes der vorliegenden Arbeit, d. h. mit besonderem Augenmerk auf das Glücksspielverbot, ohne die Beziehungen und Grenzen zwischen Recht und Moral für jeden Einzelfall festlegen zu wollen. Schließlich handelt es sich um eine der weitreichendsten und schwierigsten Fragen, die von der Wissenschaft noch nicht beantwortet wurden, sei es in der Philosophie, in der Rechts-, Politik- oder Sozialwissenschaft.

Der allgemeine Zusammenhang zwischen Recht und Moral ist Gegenstand mehrerer Theorien. Die Beziehung zwischen Recht und Moral ergibt sich aus der Tatsache, dass sowohl das Gesetz als auch die Moral in Systemen sozialer Normen konstituiert sind, weil es vorausgesetzt wird, dass Rechts- und Moralnormen menschliches Verhalten irgendwie steuern.

Wenn es um das Verhältnis von Recht und Moral geht, sind die meisten Autoren der Meinung, dass die beiden Bereiche zumindest eine Gemeinsamkeit haben: Sie sind Komplexe präskriptiver Normen, die der Steuerung menschlichen Verhaltens einigermassen dienen.

Nachdem die Grenzen der Analyse festgelegt worden sind, möchten wir hier die Gedanken einiger Philosophen thematisieren, die als Beispiele dessen dienen können, was in dieser Diskussion auf dem Spiel steht.

1. Das Naturrecht: Ein Überblick von Aristoteles bis Radbruch

1.1 Gerechtigkeitsphilosophie bei Aristoteles

1.1.1 Das Höchste Gut

Aristoteles' moralische Idee basiert auf einer Tugendethik. Es handelt sich um eine finale und heteronome Konzeption in dem Sinne, dass nicht die Willensfreiheit des Menschen (Autonomie) vorherrscht. Ein Verhalten, das als moralisch zu betrachten ist, muss darauf

ausgerichtet sein, das höchste Gut, nämlich das Glück als Endziel, zu erreichen. Es ist dieses höchste Gut, das alle menschlichen Handlungen leiten muss.

Aber die Idee des Glücks als höchstes Gut ist nicht das Verständnis, das jeder Einzelne über das Glück hat. Glück zu erreichen bedeutet, so zu leben, dass man die menschlichen Tugenden (Besonnenheit, Tapferkeit u. a.) anstrebt. Das Ziel tugendhafter moralischer Handlungen ist die Verbesserung des menschlichen Charakters, um ein glückliches Leben zu führen, d. h. ein Leben, in dem die Handlungen nach den menschlichen Tugenden bestimmt werden.

„Das Endziel ist das, was sich an sich gewollt wird und niemals um eines anderen willen. Als solches Endziel gilt insbesondere das Glück. Dieses wählen wir immer um seiner selbst willen und niemals um etwas anderes willen; Ehre, Lust, Vernunft und jede Tugend wählen wir zwar auch um ihrer selbst willen (denn wenn wir auch nichts von ihnen hätten, würden wir doch jedes von ihnen wählen), wir wählen sie aber auch wegen des Glücks, weil wir annehmen, wir würden durch sie glücklich sein. Das Glück aber wählt niemand wegen dieser Dinge, ja überhaupt nicht um andere Sache willen.“²⁴⁰

Der Glücksbegriff sollte nach Aristoteles nicht mit der bloßen Suche nach Vergnügen verwechselt werden. Eine uneingeschränkte Suche nach Vergnügen würde in den meisten Fällen zu einer zügellosen Suche nach dem körperlichen Genuss führen, das am leichtesten zu erreichen wäre. Aristoteles verwirft schnell die Identifikation zwischen Glück und der Suche nach Vergnügen ohne Vorbehalt, denn ein auf dieses Ziel ausgerichtetes Leben wäre ein menschenunwürdiges Tierleben.

Ein Glücksbegriff nach den eigenen Interessen wäre einem Gerechtigkeitsbegriff im weitesten Sinne nahe, nicht aber einem Begriff der eingeschränkten Gerechtigkeit, der der Gerechtigkeitspolitik entspricht. "Was für einen Herrn und für einen Vater gerecht ist, ist mit dem Gerechten im Staat nicht identisch, sondern ihm ähnlich. Denn es gibt keine Ungerechtigkeit gegenüber dem, was einem schlechthin gehört".²⁴¹

Das sei das Gerechte im häuslichen Bereich, das sich vom Gerechten im Staat (politische Gerechtigkeit) unterscheidet lässt, wie wir weiter unten sehen werden.

1.1.2 Ord nende Gerechtigkeit und verteilende Gerechtigkeit

Für Aristoteles ist der Begriff der Moral unmittelbar mit dem der Gerechtigkeit, der wichtigsten aller Tugenden, verbunden. In seiner *Nikomachischen Ethik* betrachtet er die Gerechtigkeit nicht als eine weitere Tugend, die für den Bürger notwendig ist, sondern als die Einheit aller

²⁴⁰ Aristoteles (e-Book) 1. Buch, Abschnitt 4.

²⁴¹ Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

Tugenden. Darüber hinaus gibt es in der Auffassung des griechischen Philosophen eine gewisse Verwirrung zwischen Recht und Gerechtigkeit. „Denn ein Gerechtes gibt es nur dort, wo auch ein Gesetz Verhältnis der Menschen zueinander bestimmt. Ein Gesetz aber gibt es nur dort, wo es auch Ungerechtigkeit gibt; denn das Recht ist die Unterscheidung des Gerechten vom Ungerechten“.²⁴²

Bevor man die Bedeutung der politischen Gerechtigkeit erörtert, die in dieser Studie am wichtigsten ist, sollte man nicht die beiden Arten von Gerechtigkeit vergessen, die bei Aristoteles unterschieden werden können: Verteilungsgerechtigkeit und ordnende Gerechtigkeit.

Im Falle der Verteilungsgerechtigkeit, ist das Gerechte ein Mittleres und das Unrecht ist ein Verstoß gegen die Proportion: "Die Gerechtigkeit ist eine Art Mitte, aber nicht so wie übrigen Tugenden, sondern weil sie zum Mittleren gehört, die Ungerechtigkeit hingegen zu den Extremen". Diese Art von Gerechtigkeit gehört zu den Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern, sie ist eine Tugend der proportionalen Gleichheit, die sich in der Verteilung von Reichtum, Ehre und anderen Gütern unter den Menschen einer bestimmten Gesellschaft manifestiert.

Andererseits ist die ordnende Gerechtigkeit eine Tugend von einfachem, arithmetisch egalitärem Charakter. Sie strebt ein Gleichgewicht in den Beziehungen der Bürger untereinander an. Das Gesetz müsse darauf achten, den Unterschied bezüglich des Schadens, also des Unrechts, das jemand anderem getan wurde, und des Schadens, den andere erlitten haben. Und der Richter sollte versuchen, diese Situation durch Strafe auszugleichen. Diesem Gedanken scheint eine reine Wiedervergeltung zu entsprechen, wie der Pythagoreer sagte. Denn sie bestimmten das Gerechte schlechthin als Vergeltung für das, was man einem anderen zugefügt hat. Bei Aristoteles hat die Wiedervergeltung allein nichts mit Gerechtigkeit zu tun, weder mit der verteilenden noch mit der ordnenden Gerechtigkeit.²⁴³

Man kann jedoch nicht umhin, an diesem aristotelischen Gerechtigkeitsbegriff, insbesondere an der Gerechtigkeitsordnung, einen Wiedervergeltungscharakter zu erkennen. Der Unterschied wäre, dass es um eine Wiedervergeltung gemäß der Proportion und nicht gemäß der Gleichheit gehe.

²⁴² Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

²⁴³ Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

1.1.3 Politische Gerechtigkeit: Naturrecht gegen gesetztes Recht (*Physis* gegen *Nomos*).

Aristoteles unterscheidet zwischen dem Naturrecht als dem Gerechten von Natur aus (*Physis*) und dem gesetzten Recht (*Nomos*), das ein Gerechtes durch Satzung wäre. Das Gerechte im Staat sei zum Teil Naturrecht, zum Teil gesetztes Recht. "Das natürliche Recht hat überall die gleiche Geltung und hängt nicht von der Meinung (der Menschen) ab; beim gesetzten Recht kommt es ursprünglich nicht darauf an, ob es so oder anders ist, wenn es aber einmal festgesetzt ist, dann kommt es sehr wohl darauf an(...)".²⁴⁴

Was das *Gerechte von Natur aus* betrifft, könnte man einwenden, dass Aristoteles die Ansicht vertreten habe, es gebe einen Standard dessen, was gerecht oder ungerecht ist, das zu jeder Zeit und an jedem Ort gelte. Diejenigen, die solchen Einwand machen, argumentieren, dass selbst das Gerechte von Natur aus veränderlich wäre, und zwar genauso wie das gesetzte Recht. Ein solcher Einwand wäre jedoch nicht richtig, da Aristoteles einräumt, dass nicht alles, was von Natur aus ist, unveränderlich sei und überall dieselbe Geltung habe, wie das Feuer ebenso hier wie auch in Persien brennt.

Um dies zu veranschaulichen, stellt Aristoteles fest: "Von Natur aus ist nämlich die rechte Hand stärker, und doch wäre es möglich, dass alle Menschen beide Hände gleich gut gebrauchen können"²⁴⁵. Das heißt, im Gegensatz zu einer oberflächlichen Interpretation des aristotelischen Denkens hätte selbst das natürliche Recht keinen absoluten und unveränderlichen Charakter.

Wie bereits erwähnt, sind das bloß menschliche Recht, also die Rechtsbestimmungen die auf Übereinkunft beruhen, und das naturgegebene Recht, nicht überall dasselbe. Wenn auch das Gerechte von Natur veränderlich ist, so sei es erst recht auch das bloß menschlich Gerechte.

Aristoteles vergleicht die auf Übereinkunft beruhenden Rechtsbestimmungen mit Maßeinheiten, denn die Maße etwa für Wein und Getreide sind nicht überall gleich. Sie sind größer, wenn sie im Großhandel verkauft werden, und kleiner, wenn sie im Einzelhandel verkauft werden. "Ebenso ist das nicht naturgegebene, sondern bloßes menschliches Recht nicht überall dasselbe."²⁴⁶

Diese Form der Gerechtigkeit, die durch das gesetzte Recht konkretisiert wird und die Aristoteles fast als Synonym für das Recht behandelt, lässt offensichtlich auch andere Auffassungen zu, die sich nicht nur zwischen verschiedenen Völkern unterscheiden, sondern eine und dieselbe Person kann auch unterschiedliche Vorstellungen über dieselbe Handlung

²⁴⁴ Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

²⁴⁵ Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

²⁴⁶ Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

haben, die je nach den Umständen in einem Moment als gerecht und in einem anderen als ungerecht angesehen werden kann. Deshalb sagt Aristoteles, dass eine gerechte Handlung und das Recht nicht dasselbe sind. Eine ungerechte Handlung und das Unrecht sind nicht dasselbe. "Ob eine Handlung gerecht und ebenso ob sie ungerecht ist, wird durch den Umstand der Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit bestimmt."²⁴⁷

Die Idee der Wandlungsfähigkeit, die Aristoteles auf die Gerechtigkeit anwendet, um zu definieren, was eine gerechte Handlung ist, kann meiner Meinung nach auch auf die Moral angewendet werden, um zu definieren, was eine moralische Handlung ist, da die Gerechtigkeit als die größte aller Tugenden auch die Moral des Menschen bestimmten müsste.

Der Gerechtigkeitsbegriff im Sinne des gesetzten Rechts (*nomos*) umfasst zwei Aspekte: den Gehorsam gegenüber der Norm und die praktische Ausübung der Gerechtigkeit im Verhältnis zum anderen.

Es ist das Gesetz, das Aristoteles zufolge eine Handlung gerecht oder ungerecht macht. Vor dem Gesetz, d. h. vor der Erlassung eines Gesetzes über bestimmte Verhaltensweisen, ist es nicht möglich, ein solches Verhalten als gerecht oder ungerecht zu charakterisieren. Es ist die Gesetzesbefolgung, das einen Menschen tugendhaft oder nicht, gerecht oder ungerecht, macht. Durch Übung gerechter Handlungen aus Gewohnheit (d. h., das Gesetz zu befolgen) wird ein Mensch gerecht, und wenn man ein gerechter Mensch ist, wird man in Bezug auf andere auch gerecht handeln. Der Gesetzgeber macht gute Bürger, wenn er sie zu guten Gewohnheiten, die im Gesetz vorgesehen sind, anreizt.

Obwohl Aristoteles von der Prämisse ausgeht, dass der Gesetzgeber gut ist, und deshalb gerechte Normen schafft, bedeutet es nicht, dass Aristoteles auf diese Weise das Normenwerk jeder Gesellschaft, unabhängig von seinem Inhalt, als gerecht und moralisch anerkennen würde. Schließlich besteht die Methodik selbst, die er in seiner Ethik anwendet, eben in einer kritischen Analyse der gemeinsamen moralischen Meinungen.

In diesem Sinne räumt Aristoteles, wenn er sich auf die Verfassungen der Völker bezieht, die mögliche Existenz sowohl gerechter als auch korrupter Verfassungen ein. Anders ausgedrückt: Die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber kein gutes Gesetz macht, wird in seinem Denken nicht ignoriert, was nach meinem Verständnis einer Rechtsetzung ohne Beachtung des natürlichen Rechts entsprechen würde. Darin bestünde der Unterschied zwischen einem guten und einem schlechten Gesetz. Schließlich sollte der Zweck des Gesetzes kein anderes sein, als den Bürgern zu helfen, tugendhaft zu sein.

²⁴⁷ Aristoteles (e-Book) 5. Buch, Abschnitt 10.

Zwar können die Staatsverfassungen nicht überall dieselben sein, aber nur eine sei überall der Natur nach die beste. Es muss also eine Übereinstimmung zwischen den Regeln des natürlichen und des gesetzten Rechts geben, insofern die Menschen Gesetze auf der Grundlage des Gerechten machen (oder machen sollten). Sie müssen zudem auch entsprechend handeln.

Der größte Unterschied zwischen dem gesetzten Recht und dem Naturrecht besteht darin, dass die normative Kraft des gesetzten Rechts eine andere Bedeutung hat als die des Gerechten von Natur, da sie im ersten Fall mit der Sanktionsgewalt des Staates ausgestattet ist, während im Falle des Gerechten von Natur die normative Kraft ausschließlich moralischen Charakter hat.

2. Gerechtigkeit aus einer teleologischen Aussicht

Obwohl die Lebenszeiträume von Aurelius Augustinus und Thomas von Aquin mehr als acht Jahrhunderte auseinander liegen, haben beide Philosophen gemeinsam, dass sie ihre Vorstellungen über den Begriff der Gerechtigkeit, der Moral und des Gesetzes selbst, die von einer auf theologischen Maßstäben beruhenden Philosophie durchdrungen sind, aus einer Art theozentrischem Naturrecht gewinnen. Das heißt, gerecht und moralisch wäre das Verhalten, das dem Willen Gottes entspricht und nicht unbedingt mit menschlichen Werten übereinstimmen muss, sei es aus dem menschlichen Willen oder der Vernunft heraus. Für diese Vertreter der mittelalterlichen christlichen Philosophie wäre das höchste Gut, das für Aristoteles das Glück ist, genau der Wille Gottes.

In dem umfangreichen Werk des **Aurelius Augustinus**, dessen Analyse nie in den engen Grenzen des vorliegenden Werkes passen würde, kann sein zwischen 416 und 427 n. Chr. geschriebenes *De civitate Dei* (Über den Gottesstaat), in der er auf die Möglichkeit zweier Staatsformen hinweist: *civitas dei* und *civitas diaboli*, als wichtig für die politische Philosophie hervorgehoben werden. Beide stehen unter der Herrschaft eines Regenten, also die himmlische Stadt unter der Herrschaft Gottes und die irdische unter der des Teufels.

In den ersten vier Büchern von *De civitate dei* steht die Staatskritik des Kirchenvaters über die Geschichte des römischen Expansionismus, wonach der Staat moralisch, nicht pragmatisch, beurteilt wird. Das lässt sich besonders an der berühmten Seeräuber-Anekdote im Buch IV, 4. - "was sind überhaupt Reiche, wenn die Gerechtigkeit fehlt, anders als große Räuberbande?" (*remote itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*) erkennen.²⁴⁸

²⁴⁸ "Hübsch und wahr ist der Ausspruch den ein ertappter Seeräuber Alexander dem Großen gegenüber getan hat. Auf die Frage des Königs, was ihm denn einfallen, daß er das Meer unsicher mache, erwiderte er mit freimütigem

In Augustinus' Aufsatz über den Wert in Bezug auf das Verhältnis zwischen Staat und Gerechtigkeit weiß Christoph Horn, Professor der Universität-Bonn, darauf hin, dass es einen scheinbaren Widerspruch bei Augustinus gibt, sofern er einerseits die Überzeugung hat, dass Gerechtigkeit die größte Tugend eines Volkes wäre, und dass er es andererseits für unmöglich hält, in einer heidnischen Gesellschaft (irdischer Gemeinschaft) überhaupt von Gerechtigkeit sprechen zu können.²⁴⁹

Horn vertritt die These, es gäbe drei Möglichkeiten, die Seeräuber-Anekdote zu interpretieren, unter denen eine hier hervorgehoben wird: Die rechtsmoralische Deutung, wonach ein Gerechtigkeitsfundament, d. h. eine moralische Basis, zu jedem Staat als unverzichtbares Definitionsmerkmal gehöre. Darin unterscheiden sich Staaten prinzipiell von Räuberbanden.

Die Schlussfolgerung, dass Gerechtigkeit bei Augustinus ein staatsdefinierendes Element sei, würde auf dem Argument beruhen, dass das Fehlen von Gerechtigkeit es unmöglich machen würde, einen Staat von einer Räuberbande zu unterscheiden. Tatsächlich stellt Augustinus in *De civitate dei* IV, 4 einige konstitutive Elemente des Staates fest, die sowohl Staaten als auch Räuberbanden kennzeichnen.²⁵⁰

Unter diesem Gesichtspunkt seien alle irdischen Gemeinschaften ungerecht, "da ihre Mitglieder bösen Strebenszielen nachgehen; irdische Gemeinschaften, seien es Staaten oder Räuberbanden, beruhen auf einem rein pragmatischen Konsens über Strebensziele."²⁵¹

Den von Augustinus geprägten Begriffe *iustitia* und *vera iustitia* entsprechen den Begriffen Recht und Gesetz. Die römische Republik gilt als ein Beispiel, das als *terrena ista* bezeichnet wird, wo keine wahre oder höhere Gerechtigkeit (*vera iustitia*), sondern eine innerweltliche *iustitia* herrscht, die „wenigstens einen relativen Wert besitzt, weshalb sie ja den Namen *iustitia* tragen darf, und deren Fehlen in einem irdischen Staat diesen zum *magnum*

Trotz: Und was fällt dir ein, daß du den Erdkreis unsicher machst? aber freilich, weil ich es mit einem armseligen Fahrzeug tue, nennt man mich einen Räuber, und dich nennt man Gebieter, weil du es mit einer großen Flotte tust.“

²⁴⁹ Vgl. Horn 2007, S. 46.

²⁵⁰ Horn 2007, S. 62: "Es handelt sich um: (i) das Vorhandensein einer (hinreichend großen) Gruppe von Menschen, (ii) eine entscheidungs- und zwangsbefugte Führung, (iii) einen Sozialvertrag (*pactum societatis*), (iv) die Geltung eines Gesetzes (*lex*), (v) die Geltung bestimmter Verteilungsregeln und Prozeduren für die erworbenen Güter und (vi) den Expansionsdrang oder eine andere nach außen gerichtete strategische Interessenvertretung". Dabei fügt Horn vier Merkmalen hinzu, die nur für Staaten gelten, aber nur deskriptive und kontingente, nicht normative, gerechtigkeitsrelevante seien:

"(vii) eine ausreichend große Menschenmenge, damit man von einem Volk sprechen kann, (viii) eine feste, zumal städtische Siedlungsform, (ix) der Besitz eines festen Territoriums und (x) rechtliche Straflosigkeit, d.h. das Fehlen einer übergeordneten zwangsbefugten Instanz (und damit die allgemeine Anerkennung als legitime Gemeinschaft)".

²⁵¹ Vgl. Horn 2007, S. 65.

latrocinium machen würde (c. d. IV 4)²⁵². In einem solchen Staat wird unter irdischen Bedingungen die Gerechtigkeit durch eine *lex temporalis* konkretisiert, und diese ist maßgebend für die Existenz eines Volks (*populus*).

In dieser Hinsicht weist Augustinus' Denken neoplatonische Merkmale auf, außerdem kann man darin einen wesentlichen Einfluss von Marcus Tullius Cicero, einem weiteren römischen Philosophen, der aber in der Zeit vor Christus gelebt hat, identifizieren. Das Denken Ciceros zu Staat, Recht und Gerechtigkeit soll hier nur ansatzweise behandelt werden, um einen Vergleich mit Augustinus zu ermöglichen.

Bei Cicero gibt es außerhalb der christlichen Religion keine wahre Gerechtigkeit, und folglich existiere außerhalb derselben auch kein Recht, kein Volk (keine *res populi*) und kein Staat. Der von ihm selbst geprägte Begriff „*iuris consensus*“ gilt als zentraler Punkt seines Verständnisses über „Gesetz“ und „Recht“. Unter Bezugnahme auf eine Rede des Scipio Africanus weist Augustinus auf Ciceros Definition von Staat als "*Unternehmen des Volkes*" hin, und unter Volk sollte man nicht nur eine Reihe von Individuen verstehen, sondern eine Gemeinschaft, die das Gesetz und die Interessengemeinschaft unter diesen Individuen als Grundlage hat. Bei einem nicht-christlich geprägten Gemeinwesen, wie Cicero es im Auge hat, konnte es sich somit nicht einen Staat handeln.²⁵³

Um von einem Volk zu sprechen, würde es also nicht ausreichen, nur eine bestimmte Zahl von Menschen zu haben. Ein Volk setzt eine Gemeinschaft vieler Menschen voraus, die durch rechtliche Übereinstimmung (*iuris consensus*) und Nutzungsgemeinschaft (*utilitatis communio*) verbunden ist. Staaten sind einfach nach dem Prinzip des gemeinsamen Nutzens zu legitimieren. Darüber hinaus muss die Organisation dieser Gesellschaft auf dem Recht basieren, denn ohne dieses Recht gibt es keine Gerechtigkeit, und ohne dieses Recht gäbe es keinen Staat²⁵⁴. Die Definition eines Staates setzt daher für Cicero diese beiden Bedingungen voraus: Rechtliche Übereinstimmung (*iuris consensus*) und Nutzungsgemeinschaft (*utilitatis communio*). In diesem Sinne, wenn der Gedanke von Scipio Africanus und Cicero, die im Zusammenhang mit dem Staat den Begriff *Volkssache (res populi)* verwenden, richtig ist, gab es eigentlich niemals einen römischen Staat.

In der augustinischen Geschichts- und Staatsanalyse wird anschließend eine gewisse Distanz zur ciceronischen These vom staatsfundierenden Charakter der Gerechtigkeit als rechtsmoralischen Fundaments des Staates genommen. Wenn Augustinus die

²⁵² Vgl. Girardet 1995, S. 277-278

²⁵³ Agostinho 1996, S. 251.

²⁵⁴ Horn 2007, S. 66.

Unterscheidungsmerkmale von Staaten und Räuberbanden so oberflächlich ansetzt, kann dies nur bedeuten, dass er Gerechtigkeit nicht als Kriterium legitimer Staatlichkeit betrachtet. Das ist zwar eine moralische Hinsicht, aber es lässt sich daraus nicht entnehmen, dass Gerechtigkeit für Augustinus eine *conditio sine qua non* von Staatlichkeit sei.

Der Kirchenvater stellt dem ciceronischen Staatsbegriff entgegen, dass die Forderung nach wahrer Gerechtigkeit in einer irdischen Gemeinschaft als Kriterium für die Existenz eines Staates eine unrealistische moralische Forderung sei. In der Tat sieht er die Geschichte politischer Herrschaft selbst als Unrecht, so dass etwa das Römische Reich trotz seiner langen Geschichte gar kein Staat gewesen sei.

In dieser Hinsicht kann jedoch die augustinische Gerechtigkeitsströmung eher unter Staatsskeptikern gehalten werden, weil sie realistischer ist. Und obwohl er Gerechtigkeit unter irdischen Bedingungen als ausgeschlossen ansieht, räumt er die Existenz einer innerweltlichen *justitia* ein, die mit einer irdischen Gemeinschaft vereinbar wäre. Diese Form der Gerechtigkeit wäre das konstitutive Element seiner Staatlichkeitsauffassung. Das heißt, man kann auch von Staaten sprechen, die aufgrund ihrer Gerechtigkeit nicht mit Räuberbanden gleichgesetzt werden dürfen.

Denn, so Horn, Augustinus habe eine neue Definition des Begriffs "Volk" entwickelt, als „Vereinigung einer vernunftbegabten Menge, die durch einträchtiges Streben nach gewissen geliebten Dingen zusammengehalten wird". Auf diese Weise, indem Augustinus das "beliebige gemeinsame Interesse" als das wichtigste staatskonstituierende Element ansieht, hätte er vermieden, den gleichen Fehler wie Cicero zu machen, für den die rechtliche Übereinstimmung (*iuris-Konsens*) die wichtigste Grundlage für einen Staatsbegriff sei.²⁵⁵

Nach der als Patristik bezeichneten Periode (2. bis 6. Jahrhundert), die in Augustinus ihren prominentesten Namen hatte, erreichte die christliche Philosophie ihren Höhepunkt im unteren Mittelalter mit den Autoren der Scholastik (12. und 13. Jahrhundert) – eine Zeit, die durch eine große theologische und naturrechtliche Produktion geprägt war, die **Thomas von Aquin** als bedeutenden Vertreter hatte.

Thomas von Aquin, der stark vom aristotelischen Denken beeinflusst ist, kehrt zu dessen Vorstellungen von verteilenden und ordnenden Gerechtigkeit zurück, fügt die mittelalterliche christliche Ansicht hinzu und verstärkt sogar die Idee der Gerechtigkeit als eine durch Gewohnheit erworbene Tugend. Dies kann für Thomas von Aquin nur durch seinen

²⁵⁵ Horn 2007, S. 67.

formalen Gegenstand, das Gesetz, präzisiert werden. Der wahre Gegenstand der Gerechtigkeit sei also das Recht, das auf dem Prinzip der Gleichheit beruht.

Einer der stärksten Punkte in der Lehre des Thomas von Aquin über Recht und Gerechtigkeit ist die Unterscheidung, die der christliche Philosoph zwischen den vier Arten von Gesetzen macht, die das Universum regieren: dem ewigen Gesetz (*lex aeterna*), dem natürlichen Gesetz (*lex naturalis*), dem menschlichen Gesetz (*lex humanis*) und vor allem dem göttlichen Gesetz (*lex divine*).²⁵⁶

In fast allen von ihnen - mit Ausnahme des göttlichen Gesetzes - erlangt die Vernunft die Vormachtstellung über dem Willen. Villey interpretiert Thomas von Aquins Denken und stellt dabei klar, dass das ewige Gesetz die Rationalität des eigentlichen Gottes, die göttliche Weisheit, ist, die die natürlichen und menschlichen Phänomene beherrscht und somit der *lex aeterna* als Kriterium dient, um beide Ordnungen, die natürliche und die menschliche, zu definieren. Das natürliche Gesetz ist ein Bezugspunkt für das Leben von Mensch und Tier, und die Menschen sollten sich in ihren familiären und sozialen Beziehungen daran orientieren. Das menschliche Gesetz hingegen ist das Produkt der menschlichen Vernunft selbst. Die von Menschen gemachten Gesetze sind menschliche Gesetze, die dem Gesetz im "positiven" Sinne entsprechen würden. Es handelt sich um besondere Bestimmungen, also um eine Frucht der menschlichen Vernunft selbst. Das göttliche Gesetz ist genau das von Gott geoffenbarte Gesetz, das alle Dinge zu ihrem Ende führt²⁵⁷. Sie entspricht den Offenbarungen der heiligen Schriften, die dazu bestimmt sind, die Unvollkommenheiten der Menschen zu heilen, und die festlegen, wie sie ihr Leben führen sollen.

Offensichtlich macht die Komplexität des Denkens des Thomas von Aquin jede Zusammenfassung über die Bedeutung dieser vier Arten von Gesetzen, wie es gerade im vorigen Absatz geschehen ist, nicht nur unzureichend, sondern sogar gefährlich. Diese Zusammenfassung rechtfertigt sich nur durch den Kerngegenstand der vorliegenden Arbeit. Hier können die *lex naturalis* und die *lex humane* als besonders relevant hervorgehoben werden.

Über diese beiden Arten macht der katholische Theologe Gerhard Beestermöller einige interessante Beobachtungen, indem er ein Werk mit dem zentralen Thema des "gerechten Krieges" vorlegt. Die *lex humana* sei die gesetzliche Ordnung, die sich Menschen für das Zusammenleben geben, und die durch menschliche Vernunft entworfen werde. Und dieselbe menschliche Vernunft setze ein am Gemeingut orientiertes Handeln voraus. Aber eine

²⁵⁶ Vgl. Reale, 2014, S. 566.

²⁵⁷ Vgl. Villey 2005, S. 141-142.

gesetzliche Ordnung könne nur als *lex humana* betrachtet werden, wenn sie sich auf die allgemeinen Grundsätze ethischer (sittlicher) Praxis zurückführen lässt.

Beestermöller führt ein Verhältnis zwischen dieser sittlichen Praxis und der *lex naturalis* ein. Denn die Ethik gehört zu den Ordnungen, die nach den vierartigen Wissenschaften der aristotelischen Nikomachischen Ethik vom Menschen hergestellt wird, nämlich zu derjenigen Ordnung, die der Mensch freiwillig herstellt.

In der sittlichen Praxis lässt sich die Identität des Menschen erkennen, ebenso wie das Wesen seiner Handlungen. Was er ist und was er zu tun hat, steht nicht in Verbindung mit den vorgegebenen Dingen. In sich selbst, und nicht in den äußeren Dingen, findet man eine Vielzahl von Möglichkeiten, sein Wesen zu bestimmen und Wissen zu erlangen. Die Aufgabe, Erkenntnis zu erlangen, kann nur durch eine Reflexion auf dem Gebiet der Ethik erfüllt werden. Dabei handelt es sich um eine Reflexion des Menschen über seine Erfahrung (sittliche *Praxis*), durch die es möglich ist, die zielgerichteten Strebungen zu entdecken, die der Natur des Menschen zugrunde liegen. Die so definierten Ziele und Bestrebungen bilden die gemeinmenschliche Natur, das heißt, die *lex naturalis*. Für Thomas von Aquin, wie Beestermöller betont, "ist das Gute das, wonach alle streben, alles, was auf das Tun gerichtete Vernunft auf natürliche Weise als menschliches Gut erfaßt, zählt als zu tun oder zu lassen zu den Geboten des Naturgesetzes".²⁵⁸

Die konkreten Gebote oder Verbote zu bestimmen ist die Aufgabe der *lex humana*; sie werden aus der *lex naturalis* hergeleitet. Die *lex humana* gilt als Maßstab für das sittliche Handeln, wie beispielweise hinsichtlich eines Mörders: Die Bestrafung der Verbrecher ist eine Forderung der *lex naturalis*, wohingegen das Strafmaß von der *lex humana* abhängt.

In der thomistischen Philosophie würde die Macht der Könige, wie Villey betont, nicht durch die Macht der Kirche, sondern durch das Naturrecht legitimiert, wodurch die Grundlagen für die Wiedererlangung der Autonomie des Staates von der Kirche eingeführt würden. Thomas von Aquin akzeptierte nicht die Notwendigkeit von Gesetzen, dessen Definition von Sünde abhängig sein würde. Jedes menschliche Gesetz würde sich aus dem Naturrecht ableiten lassen. Das Recht ist also sowohl die Frucht der Vernunft als auch des Willens. Aus der Vernunft, weil es etwas erfasst, das als schon selbstverständlich angesehen wird, und aus dem Willen, weil es das Produkt einer gesetzgebenden Macht sei.

Die Ordnung, sagt Beestermöller, „die durch die *lex humana* hergestellt werden soll, ist nicht rein funktional bestimmt. Es geht vielmehr um eine Ordnung der Gerechtigkeit, die

²⁵⁸ Beestermöller 1990, S. 46

unter den Menschen beobachtet werden muss.“ Hier werde die Widervergeltung in Thomas von Aquins Denken als Richtschnur der Gerechtigkeit innerhalb einer gesetzlichen Ordnung anerkannt. Bemerkenswert sei jedoch auch, dass Thomas von Aquin praktische Bedenken hinsichtlich der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, die das Gesetz im Auge haben sollte, geäußert habe. Als Beispiel einer *lex humana* könne ein Strafrechtsgesetz genannt werden, das nicht so schwere Unrechtstaten nur dann unterbinden dürfe, wenn daraus für die gerechte Ordnung mehr Nutzen erwächst als aus deren Duldung. Umgekehrt muss es andererseits alle Unrechtstaten ahnden, die das Fundament der Gemeinschaft zerstören²⁵⁹. Es sei wie ein Preis-Leistungs-Verhältnis, das sich aus einer Art “folgenorientierten Vernunft” ableitet. Die Schäden, die aus der Bestrafung derart schwerer Vergehen entstehen können, seien niemals „die schlimmeren Übel (*mala peiora*)“ " im Vergleich zu ihrer Duldung.

In diesem Sinne, was das menschliche Gesetz angeht, seien bereits im Denken von Thomas von Aquin die Wurzeln des *Ultima-Ratio-Prinzips* zu identifizieren, insofern der Philosoph sagt, dass nicht alle sündhaften Taten von menschlichem Gesetz bestraft werden sollten. Darüber hinaus lässt sich dabei auch die Aufforderung zur Toleranz von Sünden erkennen, deren Bestrafung zu einem friedlichen menschlichen Zusammenleben nicht notwendig sei.

3. Kants praktische Philosophie

Wollte man die Komplexität der kantischen Überlegungen zum Verhältnis von Moral und Recht zusammenfassen, so könnte man als Grundlage seiner Theorie in diesem Zusammenhang die Annahme der Existenz einer absoluten, überall und jederzeit gültigen Moral hervorheben, die als Maßstab für die Bestimmung des Inhalts von Rechtsnormen dienen könnte. Die Angemessenheit dieses Maßstabs sei notwendig, um nicht nur die Gültigkeit, sondern auch die Legitimität des vom Staat gesetzten Rechts zu gewährleisten.

3.1 Zum guten Willen

In seiner *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, dem ersten Werk in dem er sich intensiver mit der menschlichen Moral auseinandersetzt, versucht Kant, das a priori universelle Werturteil zu identifizieren. Einer der Grundbegriffe, die dabei zur Identifizierung moralischen Handelns herangezogen werden, ist der Begriff des guten Willens, der durch rationale Kriterien bestimmt, als Selbstzweck charakterisiert und nicht durch sinnliche Reize der Individuen oder deren Erfahrungen in der praktischen Welt bedingt ist. Schon im ersten Abschnitt sagt der Philosoph,

²⁵⁹ Beestermöller 1990, S. 48

dass es überall in der Welt nichts gebe, was ohne Einschränkung für gut gehalten werden könnte, als allein der gute Wille.²⁶⁰ Der gute Wille ist die Frucht der autonomen Entscheidung des Individuums, die nicht durch sinnliche Begierden, d.h. nicht durch die biologischen Neigungen des praktischen Lebens, sondern durch die Argumente der Vernunft bestimmt wird. hat einen aprioristischen Charakter in dem Sinne, dass sie auf dem bloßen Pflichtgefühl als Selbstzweck beruht, unabhängig von den praktischen Absichten des Handelnden und den von ihm angestrebten Folgen.²⁶¹

Ein wesentliches Merkmal des Willens im Kantischen Denken ist die Freiheit. Der Wille ist gerade dann frei, wenn er rein an die Vernunft gebunden ist, losgelöst von sinnlichen Erfahrungen. Es gäbe keine Freiheit des Willens, wenn er sich von seinem Wesen leiten ließe, so als ob der Wille durch äußere, von den Sinnen und nicht von der Vernunft diktierte Elemente verunreinigt wäre. Nur die vernunftgeleitete Entscheidung sei wirklich frei. Umgekehrt ist derjenige unfrei, der sich für eine bestimmte Wahl entscheidet, die nur der Befriedigung eines Wunsches oder dem Interesse an etwas Gutem dient, auch wenn es sich dabei um Glückseligkeit handelt.

In diesem Sinne verbindet Kant den Willen mit der Handlungsfreiheit des Menschen in Bezug auf die Wünsche seines Willens. Nur der von der reinen Vernunft bestimmte Wille kann als freie Willkür angesehen werden²⁶². Die durch Neigungen oder Instinkte bestimmte Willkür sei nicht rein und könne daher nicht als frei betrachtet werden. Wie Höffe, der Kant zitiert, hervorhebt: "Das Recht ist die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen der Wille des einen mit dem Willen des anderen gemäß einem universellen Freiheitsgesetz in Einklang stehen kann".²⁶³

3.2 Autonomie des Willens

Was dem Willen zu einem unbegrenzt Guten macht, ist die Autonomie, die das Handelnden bei der Wahl seines Handelns hat, und zwar gefördert durch reinen Respekt vor der Pflicht. In diesem Sinne setzt das Fundament der Moral einen autonomen Willen voraus. Die Autonomie des Willens wird zum obersten Prinzip der Sittlichkeit erhoben: "Das Prinzip der Autonomie

²⁶⁰ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) 2010), S. 15.

²⁶¹ "Der gute Wille ist nicht durch das, was er bewirkt oder ausrichtet, nicht durch seine Tauglichkeit zur Erreichung irgendeines vorgesetzten Zweckes, sondern allein durch das Wollen, d. i., an sich, gut und für sich selbst betrachtet, ohne Vergleich weit höher zu schätzen als alles, was durch ihn zugunsten irgend einer Neigung, ja wenn man will, der Summe aller Neigungen nur zustande gebracht werden kann". Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) 2010), S. 16.

²⁶² "Freiheit muss als Eigenschaft des Willens aller vernünftigen Wesen vorausgesetzt werden." Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) 2010), S. 90.

²⁶³ Höffe 2014, S. 407.

ist also: nichts anders zu wählen als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seien.“²⁶⁴

In der kantischen Philosophie liegt der Ursprung der Moral, wie Höffe betont, in der Autonomie²⁶⁵, d.h., in der Selbstgesetzgebung des Willens²⁶⁶. Mit den Worten des Autors: "Autonomie des Willens ist die Beschaffenheit des Willens, dadurch derselbe ihm selbst (unabhängig von aller Beschaffenheit der Gegenstände des Willens) ein Gesetz ist". Der Wille wird also als die Fähigkeit aufgefasst, selbst zu bestimmen, nach bestimmten Gesetzen zu handeln. Die Existenz eines autonomen Willens, der nicht an irgendeinen *animus* gebunden ist, macht die Fähigkeit realisierbar, selbst Gesetze zu formulieren, die man ohne Sinn (*propensio intellectualis*), d.h. auf der Grundlage der Vernunft wählt.

Kants Annahme, dass moralisches Handeln aus dem bloßen Gefühl der Pflicht entspringt, führt zu einem wichtigen Punkt in seinem Werk, nämlich der Unterscheidung zwischen Legalität und Moralität. Wie Kühl anmerkt, hat Kant dieses Theorem (Legalität *versus* Moralität) „zwar nicht erfunden, aber doch so formuliert, dass es bis heute fast allgemeine Zustimmung findet. Legalität kann das Recht beanspruchen, Moralität nur die Moral“. Die Legalität verlangt nur, dass der Einzelne in Übereinstimmung mit dem Gesetz handelt, „mehr verlangt das Recht nicht und darf es legitimerweise auch nicht verlangen“.²⁶⁷

Ein Politiker zum Beispiel, der ehrlich regiert und keine korrupten Handlungen begeht, handelt in Übereinstimmung mit dem Gesetz, und das genügt. Aus der Sicht der Legalität ist es nicht notwendig, dass er aus altruistischen Gründen oder aus republikanischem Gewissen so handelt. Es kommt nur darauf an, in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu handeln, als äußere Ursache selbst (heteronomer Grund). Andererseits setzt die Moral voraus, dass der Handelnde aus Pflicht (autonomer Grund) und nicht aus äußeren Gründen handelt. Nehmen wir das Beispiel des Politikers: Es ist für die moralische Richtigkeit seines Handelns notwendig, dass er keine korrupten Handlungen begeht, denn ein öffentlicher Verwalter soll mit Eifer für die öffentliche Sache und unter Beachtung der Prinzipien des Rechtsstaates handeln. Er muss einen gewissen *animus* haben, wobei die Korruption dann nicht aus Angst vor Strafe unterlassen wird, sondern eben aus dem *animus*, die Korruption abzulehnen, oder in Kantischer Sprache: *aus guter Gesinnung*. Nur wenn eine gute Gesinnung die moralische Handlung begleitet, wird die Moralität erreicht, ohne sie bleibt die Legalität".²⁶⁸

²⁶⁴ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) 2010), S. 80.

²⁶⁵ Höffe 2014, S. 216.

²⁶⁶ Höffe 2014, S. 219.

²⁶⁷ Kühl 2011, S. 654.

²⁶⁸ Kühl 2011, S. 654.

3.3 Der kategorische Imperativ

Ein zentrales Merkmal des kategorischen Imperativs ist seine Verallgemeinerbarkeit, denn daraus lässt sich ableiten, dass das einzige Kriterium, das für Kant als Maßstab für die Definition moralischen Verhaltens dienen können, darin besteht, dass es in eine universalisierbare Maxime umgewandelt werden kann. "Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger, nämlich dieser: Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde"²⁶⁹. Der kategorische Imperativ bezieht sich nicht auf einen Zweck *a posteriori*, sondern gilt als praktisches Prinzip, da er eine Handlung als in sich gut und damit universalisierbar ansieht.²⁷⁰

Für Kant gibt es zwei Arten von Imperativen: Der hypothetische Imperativ ist die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu einem zu erreichenden Zweck. Dieser Imperativ folgt aus der Heteronomie des Willens, die sich so formulieren lässt: "Ich soll etwas tun, weil ich etwas anderes will". Die andere Art des kategorischen Imperativs, führt Kant fort, "würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen anderen Zweck, als objektiv-notwendig vorstelle"²⁷¹. Dem entspricht der Ansatz: Ich soll so oder so handeln, als ob ich gleich nichts anderes wollte.²⁷²

Dieser kurze Hinweis auf das Kantische Denken zeigt, dass für den Philosophen das Recht eine übergeordnete, von der Moral nicht zu trennende Grundlage hat: den kategorischen Imperativ. Und darin manifestiere sich eine Gemeinsamkeit der beiden Sphären, nämlich, wie Kühl betont, dass sowohl das Recht als auch die Moral dem Prinzip der Verallgemeinerbarkeit verpflichtet seien.²⁷³ Was sein Denken von den als klassisches Naturrecht bezeichnete Auffassung unterscheidet, ist die Voraussetzung einer absoluten, von sinnlichen Neigungen freien Moral als Frucht der Vernunft und eines (guten) freien Willens. Ein Wille, der das moralische Handeln bestimmt, weil er unabhängig von den Folgen und in sich gut ist.

4. Die Wiederentdeckung des Naturrechts bei Radbruch

Als Gustav Radbruch 1932 seine *Rechtsphilosophie* veröffentlichte, konnte er als einer der prominentesten Namen des Rechtspositivismus in der Weimarer Republik gelten, der sich insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis von Recht und Moral durch den Einfluss des Neukantianismus auszeichnete. Nach seiner Lehre setzt *sittliches Handeln* in dem Sinne voraus, dass die Pflicht aus Pflichtgefühl erfüllt wird, also nicht nur eine Pflicht, die sich an den Folgen

²⁶⁹ Kant *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (1785) 2010).

²⁷⁰ Vgl. Kant *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (1785) 2010), S. 81.

²⁷¹ Kant *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (1785) 2010), S. 44

²⁷² Kant *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (1785) 2010), S. 81.

²⁷³ Kühl 2011, S. 653.

pflichtwidrigen Handelns orientiert. Wäre dies der Fall, so würde man im Kantischen Sinne nur pflichtgemäß, nicht aber aus Pflichtgefühl handeln. Moralisches Handeln setzt den Willen und das Gefühl voraus, so zu handeln, weil es richtig ist, nicht weil es Pflicht ist. Demgegenüber setzt das Gesetz nur die bloße Rechtmäßigkeit des Handelns voraus. Auf die Triebfeder, die dahinter steht, kommt es nicht an, solange die Handlung gesetzmäßig ist.

Nach Radbruchs Theorie lässt sich der Rechtsgedanke in drei Elemente gliedern: Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit.

4.1 Gerechtigkeit

Gerechtigkeit ist für Radbruch ebenso wie Sittlichkeit ein Wertbegriff und kann daher nicht unmittelbar mit moralischen Gesichtspunkten in Verbindung gebracht werden. Dennoch besteht ein begrifflicher Zusammenhang zwischen Recht und Moral, und wenn es darum geht, Unterschiede zwischen den beiden Ordnungen aufzuzeigen, verwendet Radbruch auch das Kriterium der *In- und Äußerlichkeit*: Moral ist eine Innerliche- imd das Recht eine äußerliche Gestaltung.

Das Recht ist nach Murmann ein Vernunftbegriff, der die äußeren Verhältnisse der Menschen zum Gegenstand hat. Es umfasst die Bedingungen, „unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.²⁷⁴

Radbruchs Denken hebt die Gerechtigkeit als Bestandteil der Rechtsidee hervor, wie der aristotelische Begriff der austeilenden Gerechtigkeit, auf den sich Radbruch direkt bezieht und der als Orientierungspunkt seines Denkens gilt: "Gleiche gleich, Ungleiche ungleich zu behandeln".

Die Idee der Gerechtigkeit hat nach Radbruchs Auffassung, in der sich auch eine platonische Idee erkennen lässt, einen absoluten Charakter, an dem sich alles Recht zu orientieren hat. Es handele sich um eine objektive Idee der Gerechtigkeit, nicht im Sinne eines tugendhaften und moralischen Handelns. Bei der praktischen Umsetzung wird nach dem Ideal der Geschäftsführung gestrebt.

Dies reicht jedoch nicht aus, um die Idee des Rechts zu definieren, da es nicht dazu dient, das Gleiche oder Ungleiche zu charakterisieren. Das bedeutet, dass man unter diesem Gesichtspunkt ein Verhalten als gerecht oder ungerecht charakterisieren kann, nicht aber das Ausmaß der Behandlung. Aus diesem Grund, weil die Frage nach Gleichheit und Ungleichheit

²⁷⁴ Murmann 2005, S. 174.

weitgehend ungeklärt bleibt, führt Radbruch neben dem Begriff der Gerechtigkeit den Begriff der Zweckmäßigkeit als zweites Element der Gerechtigkeitsidee ein.

4.2 Zweckmäßigkeit

Zweckmäßigkeit ist nicht absolut, sondern relativ, d.h. sie variiert je nach Zeit und Ort und je nach Staats- und Rechtsverständnis einer bestimmten Gesellschaft. In Anerkennung dieser Relativität erklärt Radbruch, dass die Idee des Rechts unvollständig wäre. Aufgrund dieser Relativität könne das Recht nicht den unterschiedlichen Weltanschauungen der Parteien oder der Machthaber zu einer bestimmten Zeit und in einem bestimmten Staat unterworfen werden, denn das Recht könne nicht den Meinungsverschiedenheiten der Individuen überlassen werden.

4.3 Rechtssicherheit

Gerade um dieser Anfälligkeit zu begegnen und die Frage nach dem Zweck und der Zweckmäßigkeit des Rechts zu beantworten, weist Radbruch auf die Rechtssicherheit als drittes Element der Rechtsidee hin: "Die Sicherheit des Rechts fordert Positivität des Rechts: Wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muss festgestellt werden, was Recht sein soll, und zwar von einer Stelle, die, was sie festsetzt, auch durchzusetzen in der Lage ist. Der Rechtssicherheit entspricht die Existenz einer Rechtsordnung; sie gilt nach Radbruch als wichtigstes Element der Rechtsidee."²⁷⁵

4.4 Ambivalentes Verhältnis von Recht und Moral

Eine der Einsichten in Radbruchs Rechtsphilosophie, die Aufmerksamkeit erregt, ist, dass nicht nur äußere menschliche Handlungen Gegenstand der Aufmerksamkeit sowohl der Moral als auch des Rechts sein sollten. Deshalb ist die klassische Unterscheidung zwischen Moral und Recht, die nur auf dem Vorhandensein einer staatlichen Sanktion beruht, die im zweiten Fall vorhanden wäre und im ersten nicht, nicht ausreichend. Denn während das Recht uns durch eine äußere Sanktion zwingt, zwingt uns die Moral innerlich durch die reine Pflicht selbst, d.h. auf der Grundlage eines inneren Aspekts.

Der innere Wille ist vor allem für die Moral relevant, auch wenn er sich noch nicht in einer äußeren Handlung manifestiert hat, aber noch manifestieren kann. Eine Person kann in einer Situation in Übereinstimmung mit dem Gesetz (oder der Moral) und gegen ihren Willen gehandelt haben, aber ihr Verhalten in Bezug auf denselben Gegenstand kann in einer anderen Situation genau ihrem Willen entsprechen und daher gegen die Norm verstoßen, sei es eine moralische oder eine rechtliche Norm. Ein der Handlung entgegenstehender Wille ist nicht zu verachten, da er als Parameter für künftige Handlungen dienen kann, wenn er diese nicht

²⁷⁵ Radbruch *Rechtsphilosophie*, (1932) 2003), S. 181.

bestimmt, so doch zumindest einen Hinweis auf künftige Handlungen gibt. Äußeres Verhalten ist also nach Radbruch für die Moral nur insofern von Interesse, als es ein inneres Verhalten ausdrückt; inneres Verhalten ist für das Recht nur insofern von Interesse, als es ein äußeres Verhalten signalisiert.

Wenn man von der moralischen Verbindlichkeit des Rechts spricht, so findet man sie nicht in der Setzung des Rechts, weil das Recht nur als "äußerer Wille" aufgefaßt wird. Man kann nicht von moralischer Verbindlichkeit sprechen, wenn im Falle der Moral das bestehende Verhältnis nicht ein Verhältnis der Heteronomie, sondern ein Verhältnis der Autonomie ist. Recht und Moral haben also unterschiedliche Geltungsquellen: Das Recht ist heteronom, weil ein fremder Wille auf das Handeln des Handelnden einwirkt; die Moral hingegen ist autonom in dem Sinne, dass die eigene sittliche Persönlichkeit des Individuums bei einer Handlung berücksichtigt wird.

Radbruchs Überlegungen zum ambivalenten Verhältnis von Recht und Moral lassen sich wie folgt zusammenfassen: Einerseits sei die Moral der Zweck des Rechts, andererseits die Grundlage seiner Geltung und Durchsetzbarkeit. "Nur die Moral vermag die Verbindlichkeit des Rechts zu begründen", wie es Radbruch formuliert: Ein Recht ist im Grunde das Recht, eine moralische Pflicht zu erfüllen.²⁷⁶

Fragt man nach den drei Elementen der Rechtsidee bei Radbruch, so kann man schließen, dass Gerechtigkeit und Rechtssicherheit universelle Elemente der Rechtsidee sind, während die Zweckmäßigkeit ein relativistisches Element ist, das von der Staats- und Rechtsauffassung abhängt. Radbruch weist jedoch darauf hin, dass man bei der Betrachtung des Verhältnisses der drei Elemente zueinander neben der eigentlichen Zweckmäßigkeit auch die Relativität und sogar einen gewissen Widerspruch zwischen ihnen erkennen kann, was der Autor als *Antinomien der Rechtsidee* bezeichnet.

Ein Beispiel hierfür ist die Gegenüberstellung von Rechtssicherheit einerseits und Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit andererseits. Denn Rechtssicherheit verlange eine Positivität des Rechts, die nicht notwendigerweise gerecht und zweckmäßig sei. Gerade die Vorstellung vom Vorrang der Rechtssicherheit vor den anderen Elementen in der Rechtsphilosophie Radbruchs würde sich nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus durch eine gewisse Distanzierung, von der vor allem auf Rechtssicherheit gegründeten Positivität des Rechts deutlich verändern.

4.5 Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht: Die Radbruchse Formel

²⁷⁶ Radbruch *Rechtsphilosophie*, (1932) 2003), S. 138/140.

Das bisher dargestellte Denken Radbruchs basiert auf dem in der Weimarer Republik erschienenen Werk *Rechtsphilosophie* (1932) und kann insofern als eine weitere Variante jenes Rechtspositivismus klassifiziert werden, der in dieser Zeit seine Blütezeit erlebte. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges und der Erfahrung des Nationalsozialismus²⁷⁷ hat sich sein Denken jedoch deutlich gewandelt, was in dem 1946 veröffentlichten Aufsatz "*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*" deutlich wird. Hier zeigt sich eine Distanzierung von seiner ursprünglichen Rechtstheorie.

In dieser neuen Phase des Denkens Radbruchs lässt sich eine Neubewertung des klassischen Rechtspositivismus und eine Annäherung an den Rechtsnaturalismus feststellen, die zur Formulierung einer folgenreichen These führt: Die Missachtung des gesetzten Rechts sei unter besonderen Umständen gerechtfertigt. Dahinter steht ein weniger relativistisches Verständnis von Gerechtigkeit als einem Wert, der hier und da so und morgen und anders ist. Als Beispiel für gesetzliches Unrecht, dem der Rechtscharakter fehlt, nennt Radbruch die Verhängung gleich schwerer Strafen oder gar der Todesstrafe für unterschiedlich schwere Straftaten.²⁷⁸

Mit anderen Worten: Ein Gesetz, dessen Inhalt ungerecht oder unzweckmäßig ist, muss befolgt werden. Dies gelte nur dann nicht, so Radbruch, "der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat". Diesem Ansatz entspricht die These, die in der Literatur als *Radbruchsche Formel* bezeichnet wird.²⁷⁹

Anders formuliert: Die Rechtssicherheit, die früher in der Radbruchschen Rechtsphilosophie als absoluter Wert galt, kann sich gegenüber einem extrem ungerechten Gesetz nicht durchsetzen, wie es bei einigen Gesetzen der nationalsozialistischen Zeit der Fall war, die nach diesem Maßstab die Würde des geltenden Rechts erlangt hätten. Entgegen der Auffassung des Positivismus sei eine Rechtsordnung nicht allein dadurch legitimiert, dass die Gesetze nach den geltenden Regeln und von den zuständigen Organen erlassen worden seien.

²⁷⁷ „Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen ‚Rechts‘ geworden ist, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirksamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben.“ (Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1990), 1947) S. 89

²⁷⁸ Radbruch *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1990), 1947), S. 90.

²⁷⁹ "Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zuweichen hat". (Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1990), 1947) S. 88.

Die Geltung von Gesetzen sei keine logische Folge der Ausübung von Macht, denn, so Radbruch, "auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen".²⁸⁰ Ein der Rechtsnatur entgegengesetztes "Recht" sei gar kein Recht. Gerade weil sich der Positivismus mit seinem Prinzip "Gesetz ist Gesetz" als fähig erwiesen hatte, großes Unrecht zu legitimieren, begann Radbruch, die Rechtssicherheit zu relativieren und die Gerechtigkeit als absoluten Wert in den Mittelpunkt zu stellen. Dies bedeutete nichts anderes als eine "Renaissance des Naturrechts".

Die neue Theorie Radbruchs ist untrennbar mit dem historischen Kontext des Nationalsozialismus verbunden, der das Denken des Autors tief geprägt, wenn nicht gar bestimmt hat. Insofern sehen manche Autoren die Wirkung von Radbruchs These auf diesen Kontext beschränkt. Im Übrigen wird nicht bestritten, dass viele Gesetze aus der Zeit des Nationalsozialismus nicht nur als "falsches Recht", sondern auch als „kein Recht“ angesehen werden müssen, gerade weil sie die totale Verpflichtung auf die Forderung nach Gerechtigkeit implizierten.

4.6 Kritik an Radbruch

Neben dem Einwand, dass die Anwendung der Radbruch'schen These auf ihren spezifischen historischen Moment beschränkt sei, wird auch die mangelnde Klärung dessen kritisiert, was als "unerträglich ungerechtes Recht" angesehen werden könne. Um die Anwendung der Theorie näher an das Thema dieser Arbeit heranzuführen, ließe sich auf der Grundlage der Radbruch-These beispielsweise nicht argumentieren, dass die Kriminalisierung eines Verhaltens, das angeblich kein Rechtsgut verletzt oder einen ausschließlich moralischen Hintergrund hat, als "unrichtiges Recht" oder "gesetzliches Unrecht" klassifiziert werden könnte.

Der Begriff des *unerträglich ungerechten Gesetzes* ist kein Rechtsbegriff und bedarf einer Erläuterung und Präzisierung, die Radbruch nicht vorgenommen hat. Diese Unklarheit kann eine Gefahr für die Rechtssicherheit darstellen.

4.7 Die Radbruchsche Formel und das Mauerschützenurteil

Wie bereits erwähnt, ist die Kritik an Radbruch seit seinem Artikel "gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" von 1946, der die berühmte Radbruch-Formel enthält, bekannt. Diese Kritik kann jedoch nicht als bloße Reaktion radikaler Positivisten auf eine vage mittelalterliches Denken betrachtet werden, dem es an rationalen Kriterien mangelte und nach dem es ein höheres Recht gäbe als das Gesetz.

²⁸⁰ Radbruch *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1990), 1947), S. 88.

Diejenigen, die Radbruchs Formel ablehnen, tun dies mit wichtigen Argumenten, vor allem wegen Radbruchs großer Schwierigkeit, seine neue Theorie der Gerechtigkeit zu formulieren, die klar definiert, welche Merkmale Ungerechtigkeit haben muss, so dass ein ungültiges Gesetz mit "keinem Gesetz" gleichgesetzt werden kann.

Angesichts der Bedeutung der in diesem Bereich vorgetragene Argumente möchten wir den Artikel von Robert Alexy "Mauerschützen - zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit" hervorheben. Alexy bietet eine Lösung zwar nicht für alle Probleme, die mit der Radbruchschen These verbunden sind, aber er identifiziert ein Element, das als wichtig angesehen werden kann, um die Anwendung der Formel zu ermöglichen. Er versucht zu klären, was ein "Unrechtsextrem" sei. Das ist ein Element, das mit dem auf der Rationalität des Diskurses basierenden Argument verbunden ist, und in diesem Sinne sagt Alexy, dass die Definition dessen, was ein Unrechtsextrem sei, nicht von Intuitionen oder Evidenzerlebnissen²⁸¹, sondern von Argumenten abhängt.

Eine öffentliche Diskussion über das Ausreiseproblem im Krieg war zwar nicht erlaubt, weil die DDR einen nicht-diskursiven Gesellschaftskrieg führte, aber bis zu diesem Punkt kann von extremem Unrecht nicht die Rede sein. Was, so Alexy, die Unrechtsextreme im Falle der Mauerschützen ausmachen, sei der Knotenpunkt aller Umstände, darunter ein ganzes Leben, das der Einzelne führen musste, ohne es in der Weise zu wollen, ebenso wie die Unmöglichkeit, sich mit Argumenten dagegen zu wehren und das Verbot, dem zu entfliehen. Die tödlichen Schüsse auf diejenigen, die es wagten, das Verbot in Frage zu stellen und den Preis für das Streben nach Glück mit ihrem eigenen Leben zu bezahlen, würden schließlich über jeden Zweifel erhaben sein, dass es tatsächlich ein Unrecht gab, wie im Prozess anerkannt wurde.

Damit erkennt Alexy die Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel an und charakterisiert auf präzisere Weise das, was als Unrechtsextreme anzusehen ist, und zwar basierend auf einer rationalen diskursiven Prüfung. Im konkreten Fall der Mauerschützen räumt er ein, dass ein Unrechtsextremismus vorlag, und deshalb sollten die beiden Soldaten freigesprochen werden, und sogar nicht nur, wie der Bundesgerichtshof gemacht hat, Schimmelpilzbefall. Und er fügt hinzu, dass es für die Ausgewogenheit im Spannungsverhältnis

²⁸¹ "Evidenzen können in einem rationalen Diskurs zusammenbrechen, weil sie den dort ins Spiel gebrachten Argumenten nicht standhalten, und war vor einem solchen Diskurs nicht offensichtlich Krieg, kann es nach ihm sein. Nur solche Evidenzen und Nichtevidenzen, die sich einer rationalen diskursiven Prüfung aussetzen und ihr standhalten, können als Kriterien für das Vorliegen oder das Nichtvorliegen extremer Unrechte angeführt werden". Alexy 1993.

zwischen Recht und Moral nicht ausreicht, dass die Moral dem Recht Grenzen setze. Es wird auch daran erinnert, dass die Moral des Unternehmens nicht motivierend genug sei.

5. Gesetzespositivismus

Unter den Themen, die aus der Sicht verschiedenster positivistischer Theorien diskutiert werden können, bezieht sich eine der zentralen Fragen auf die Trennungsthese von Recht und Moral, die der Gegenstand des vorliegenden Kapitels ist. Obwohl das Naturrecht als Gegenpol zum Rechtspositivismus angesehen wird, weisen positivistische Theorien in dieser Frage des Verhältnisses von Recht und Moral so tiefgreifende Divergenzen auf, dass es manchmal sogar schwierig ist, an ihnen ein klares gemeinsames Merkmal zu erkennen, das sie zu derselben Denkströmung zurechnen lässt. Ein gemeinsamer Aspekt ist jedoch, dass es sich dabei um Theorien handelt, die die Frage der Trennung mehr von einem analytischen als von einem empirischen Standpunkt aus herangehen, da keine von ihnen den Einfluss der Moral auf das Recht in der praktischen Welt leugnet.

Es wäre nicht möglich, im Rahmen dieser Arbeit einen vollständigen Überblick über die verschiedenen Spielarten des Rechtspositivismus zu geben, da sich dieser Anspruch in dem hier vorgeschlagenen engen Rahmen nicht verwirklichen ließe. Wir haben jedoch, wenn auch nur kurz, die Ideen von zwei wichtigen Rechtstheoretikern vorgestellt: Hans Kelsen und Herbert Hart, denen gemeinsam ist, dass sie zwei der wichtigsten Vertreter des Rechtspositivismus sind, die aber sehr unterschiedliche Gedanken darüber haben, wie sich Recht und Moral als Komplexe von Regeln, die unser Verhalten bestimmen, zueinander verhalten und was ihre Grundlagen sind.

Beide sind als Reaktionen auf das Naturrecht der Ansicht, dass der gerechte oder ungerechte Charakter einer Norm nicht als Kriterium ihrer Geltung herangezogen werden kann. Der Begriff der praktischen Vernunft diene nicht dazu, unter den Möglichkeiten, die das Gesetz eröffnet, die beste Entscheidung zu bestimmen, da es im Ermessen des Richters liege, das letzte Wort bei der Wahl zwischen Alternativen zu geben, die unter dem Gesichtspunkt des positiven Rechts gleichermaßen akzeptabel sind.

5.1 Das Modell des exklusivistischen Positivismus von Hans Kelsen.²⁸²

Kelsen greift die Frage des Augustinus auf und analysiert den Bedeutungsunterschied zwischen der Drohung der Räuberbanden, verstanden als Zwangsakt im allgemeinen, und der Sanktion die von der Rechtsordnung statuiert wird. Für ihn besteht in subjektiver Hinsicht kein Unterschied zwischen der Beschreibung des Befehls eines Räubers und der Beschreibung des Befehls eines Rechtsorgans, da er den Wert der Gerechtigkeit als Element des Rechtsbegriffs anerkennt, der als Unterscheidungskriterium zwischen Rechtsgemeinschaft und Räuberbande dienen könnte, wie dies in der Theologie des Augustinus der Fall ist. Der Unterschied liegt nur in der objektiven Seite: Im Fall der Befehle eines Straßenräubers gibt es bei Ungehorsam nur eine einfache Drohung, dass ein Übel zugeübt werden *wird*, während der Ungehorsam gegenüber Befehlen eines Rechtsorgans impliziert, dass ein Übel ausgeübt werden *soll*²⁸³. Einen Gerechtigkeitswert als Unterscheidungskriterium zwischen Rechtsgemeinschaft und Räuberbande erkennt Kelsen nicht an, was sich aus dem relativen Charakter jedes Werturteils über die Gerechtigkeit einer Gesellschaftsordnung ergibt. Gerechtigkeit wird nicht als Kriterium der als Recht zu bezeichnenden normativen Ordnung angenommen.²⁸⁴

Nach seinem berühmten Werk „Reine Rechtslehre“ ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen Gesetz und Moral keine Frage des Inhalts des Gesetzes, sondern eine Frage seiner Form. "Das Gesetz stellt einen Wert dar, gerade weil es die Norm ist: es stellt einen Rechtswert dar, der gleichzeitig ein moralischer Wert relativ ist"²⁸⁵.

Kelsen vertritt eine neokantianische Konzeption des Positivismus, in dem Sinne, dass er den rationalen Charakter des Rechts minimiert. Mit anderen Worten: Das Gesetz sei nicht ein Produkt einer Rationalität, die einen "guten Ursprung" der Norm gewährleisten könnte. Im Gegensatz dazu betont er den voluntaristischen Charakter der Norm und der Entscheidungen als einfach die Produkte eines Willens, und deshalb gilt er als ein Vertreter des Dezisionismus.

Eine der Annahmen in Kelsens Theorie ist, dass der Sinn von Gut und Böse ebenso wie das Gerechte und Ungerechte ganz anders ist, wenn wir die Variationen von Zeit und Ort

²⁸² Diesem Positivismus folgten andere Konzeptionen, ebenso exklusivistische. Das gemeinsame Merkmal unter ihnen ist, dem Recht eine Autonomie als Wissenschaft zu geben. Mit anderen Worten, sei es möglich, eine Rechtswissenschaft zu betreiben, ohne in eine moralische Debatte einzutreten. Die "Anerkennungsnorm" wird es unter keinen Umständen erlauben, moralische Aussagen als Kriterium für die Gültigkeit des Standards heranzuziehen. In dieser Richtung geht der Gedanke von Joseph Raz.

²⁸³ „Wir deuten den Befehl des einen, nicht aber den Befehl des anderen als eine objektive gültige Norm. Und dann sehen wir in der Verknüpfung der Nichterfüllung des Befehls mit einem Zwangsakt in dem einen Falle eine bloße ‚Drohung‘, das ist die Aussage, daß ein Übel zugefügt werden *wird*, während wir in dem anderen Falle die Verknüpfung dahin deuten, daß ein Übel zugefügt werden *soll*.“ (Kelsen, 1960, 2. Aufl.), S. 46.

²⁸⁴ Kelsen 1960, S. 50.

²⁸⁵ Kelsen 1960, S. 74.

betrachten, was gegen die Existenz einer absoluten Moral spricht. Er geht von einer Perspektive des Gesetzes als Norm aus, und daher ist er der Auffassung, dass jedes Verhalten, das rechtmässig ist, infolgedessen auch gut, fair und moralisch ist. Schließlich sind Regeln für das Sozialverhalten der Ausdruck eines relativen moralischen Wertes, der für eine bestimmte Gesellschaft gilt, und solcher Werterelativismus führt dazu, dass jede funktionierende Zwangsordnung objektiv als geltende normative Ordnung angesehen werden kann. Mit anderen Worten: Die Geltung keiner positiven Rechtsordnung kann nur wegen des Inhalts ihrer Normen in Frage gestellt werden.

Da die Moral keinen absoluten, sondern einen relativen Charakter habe, bedeutete die Bewertung einer Rechtsordnung als moralisch oder unmoralisch, gerecht oder ungerecht, nur die Beziehung zwischen solcher Rechtsordnung und einem gegebenen Moralsystem, und nicht die Beziehung zwischen solcher Rechtsordnung und *der* Moral. Das heißt, das Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft sollte seine Geltung nicht an der Übereinstimmung der Rechtsnorm mit moralischen Normen messen, da der Inhalt der Norm aus axiologischer Sicht für die Beurteilung ihrer Gültigkeit nicht von Bedeutung sei.

In dieser Hinsicht ermöglicht die von Kelsen entwickelte *Reine Rechtslehre* eine kritische Analyse der Norm aus Sicht ihrer Geltung nicht, da nach dieser Theorie, die Norm nicht als gerecht oder ungerecht, gut oder schlecht zu bewerten, sondern anzuwenden sei, weil das Recht von allen fremden Elementen frei bleiben sollte.

Daraus ist zu verstehen, dass die Reine Rechtslehre das Postulat ablehnt, nach dem das Gesetz moralisch sein müsste. Was die Rechtsnorm zu einer moralischen Norm macht, hängt nicht mit den Werten zusammen, die die Norm verkörpern wird, sondern damit, dass diese Norm nach den von der Rechtsordnung definierten Regeln konzipiert wurde.

Was z.B. die Vorschrift über das Glücksspielverbot betrifft, so könnte man aus der Sicht eines exklusivistischen Positivismus - wie im Falle Kelsens - argumentieren, dass ihr Charakter als objektiv gültige Norm nicht geleugnet werden darf. Eine Regel in Frage zu stellen hieße, sich auf ein überpositives Recht, ein Naturrecht zu berufen, das besagt, was als Verbrechen zu gelten hat und was nicht. Die Gültigkeit einer Rechtsnorm zu bejahen, bedeutet, wie Bobbio sagt, anzuerkennen, dass diese Norm Teil eines realen Rechtssystems ist, das in einer bestimmten Gesellschaft tatsächlich existiert.²⁸⁶ Dies ist die Grundlage jeder positivistischen Auffassung, auch wenn sie nicht extrem ist.

²⁸⁶ Bobbio 1999, S. 137.

Die Tatsache, dass der Inhalt einer Norm als ungerecht beurteilt werden kann, ist kein Grund, diese Norm als ungültig zu betrachten, da die Legitimität des Rechts nicht vom Inhalt, sondern von der Form abhängt, und daraus folgt, dass jeder Inhalt Recht sein kann.²⁸⁷

Im Gegensatz zu positivistischen Theorien mit inklusivistischen Tendenzen (wie sie im folgenden Abschnitt behandelt werden) betrachtet der klassische Rechtspositivismus eine transzendentallogische Annahme - die sogenannte Grundnorm - als Geltungsgrund des Rechts, aus der alle Normen, die ein und derselben Ordnung angehören, ihre Verbindlichkeit beziehen. Diese Annahme setzt voraus, dass die verfassungs- oder gesetzgebende Instanz als oberste Autorität angesehen wird. Aus diesem Grund sind Überlegungen über die Akzeptanz oder Anerkennung der Norm durch die soziale Gruppe, für die sie bestimmt ist, irrelevant.

Wie Bobbio betont, muss der Jurist die Rechtsnormen auf der Ebene dessen betrachten, was sie sein sollen: "Bevor er den Inhalt einer Norm oder eines Rechtsinstituts untersucht, muss er sich fragen, ob sie *gültig* sind, aber er fragt nicht auch, ob sie *wirksam* sind, d.h. ob und in welcher Maße sie angewendet werden, wurden oder werden".²⁸⁸

5.2 Der Inklusivistische Positivismus von H.L.A. Hart

Eine gewisse Neuerung im positivistischen Denken ist mit dem Inklusivistischen Positivismus entstanden, wie die Theorie von Hart verdeutlicht. Er erkennt an, dass die *Anerkennungsnorm* in einigen Fällen festlegen kann, dass eine Regel nur dann gültig ist, wenn sie bestimmte moralische Standards erfüllt. Hart führt den Begriff der Anerkennungsnorm als Kriterium für die Gültigkeit einer ganzen Rechtsordnung ein. Während die primären Regeln in Verhaltens- oder Verpflichtungsregeln bestehen, sollen die sekundären Regeln diesen Regeln Legitimität verleihen, so dass die Identifikation der primären Regeln durch die sekundären Regeln einem Regelsystem rechtlichen Charakter verleiht, das ohne sekundäre Regeln in seiner Existenz auf eine vorrechtliche Welt beschränkt sei.

Die Unterscheidung zwischen innerem und äußerem Standpunkt ist für die Hartsche Rechtstheorie von zentraler Bedeutung, da nur durch diese Unterscheidung soziale Regeln von Gewohnheiten unterschieden werden können. Der Außenstandpunkt entspricht der Perspektive eines außenstehenden Beobachters, der nur das Äußere der Norm als Gewohnheit erfasst und nur beobachtet, wie Menschen einem bestimmten Verhalten folgen, ohne darüber zu urteilen. Eine solche Beobachtung lässt keine klare Unterscheidung zwischen sozialen Regeln und Gewohnheiten zu, beinhaltet aber die Beschreibung des Rechtsphänomens aus der Sicht eines

²⁸⁷ Kelsen 1960, S. 201.

²⁸⁸ Bobbio 1999, S. 143.

unabhängigen Beobachters, ohne eine subjektive Analyse der Befolgung einer bestimmten Norm vorzunehmen.

Dem internen Standpunkt entspricht die Norm aus der Perspektive der Teilnehmer einer bestimmten Gruppe, die bestimmte Verhaltensweisen unter wertenden Gesichtspunkten ansehen und verstehen, dass die Regel durch einen Willensakt befolgt werden muss, und zwar nicht unbedingt aus Angst vor der Sanktion, die sich aus ihrer Nichteinhaltung ergibt.²⁸⁹ In diesem Sinne versucht das von Hart vorgeschlagene Modell, sich vom klassischen Modell der Zwangsrechtsordnung zu distanzieren, das die Herrschaft als Manifestation von Autorität verwirrt. Dieser interne Standpunkt stellt eine der Säulen der Hartschen Anerkennungstheorie dar, ebenso wie eine Grundlage für die Geltung des Gesetzes, so wie es bei Kelsen die Grundnorm tut. In diesem Sinne besteht, wie De Paula hervorhebt, die theoretische Rolle des internen Standpunktes ebenso wie die Grundnorm bei Kelsen darin, einen Selbstbezug innerhalb des Rechtssystems einzuführen. Die Akzeptanz seitens der Teilnehmer ist für Hart das genealogische Prinzip seiner Theorie, das die Grundlage des sogenannten *sozialrechtlichen Positivismus* bildet.²⁹⁰

In einem Aufsatz mit dem Titel *Positivism and the Separation of Law and Morals*²⁹¹ verteidigt Hart seine Rechtsphilosophie gegen eine Reihe von Vorwürfen aus der Mitte des 20. Jahrhunderts, die Theorie sei nicht deskriptiv und damit moralisch neutral, sondern normativ und moralisch begründet.²⁹²

Hart verteidigt sich jedoch mit dem Argument, dass auch die Utilitaristen nicht bestritten hätten, dass die Entwicklung von Rechtssystemen historisch immer von der Moral beeinflusst worden sei. Sowohl Austin als auch Bentham akzeptieren, so Hart, dass moralische Werte die Rechtsbildung historisch beeinflusst haben und dass es oft schwierig ist, eine klare Grenze zwischen beiden zu ziehen.

Was sowohl Bentham als auch Austin geltend machen wollten, waren die folgenden zwei einfachen Dinge: Erstens konnte in Ermangelung einer ausdrücklichen Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung aus der bloßen Tatsache, dass eine Regel gegen die Normen der Moral verstieß, nicht folgen, dass sie keine Rechtsstaatlichkeit war; und umgekehrt

²⁸⁹ „Wenn jemand, nur um eine Sanktion zu vermeiden, norgemäß handelt, befolgt er die Norm nicht. Befolgung einer Norm setzt stets die Einnahme eines internen Standpunkts im Wertungssinne entweder dieser Norm oder einem übergeordneten Prinzip gegenüber voraus, aus dem sich ergibt, daß die Norm befolgt werden soll, und nicht nur, daß die Sanktion vermieden werden soll.“ (Geddert, 1981)S. 92

²⁹⁰ De Paula 2019, (15) S. 77.

²⁹¹ Hart (1958), 1983).

²⁹² “Contemporary voices tell us we must recognize something obscured by the legal ‘positivists’ whose day is now over: that there is a ‘point of intersection between law and morals,’ or that what is and what ought to be are somehow indissolubly fused or inseparable, though the positivists denied it. What do these phrases mean? Or rather which of the many things that they could mean, do they mean? Which of them do ‘positivist’ deny and why is it wrong to do so?” Hart (1958), 1983), S. 49.

konnte aus der bloßen Tatsache, dass eine Regel moralisch wünschenswert war, nicht folgen, dass sie eine Rechtsstaatlichkeit war.²⁹³

Um das Denken der beiden zu klären, stellt Hart in derselben Arbeit fest, dass Austin betonte, die Existenz des Rechts sei eine Sache, sein Verdienst oder Fehler eine andere. Mit anderen Worten: Es ist eine Sache, darüber zu diskutieren, ob es sich um eine Norm handelt oder nicht, und eine andere, ob diese Norm mit den angenommenen Sozialstandards übereinstimmt oder nicht. Bentham seinerseits betonte den Unterschied zwischen dem, was Recht ist, und dem, was Recht sein sollte, basierend auf dem Utilitarismusprinzip.

Benthams Denken lässt sich nicht in dem allgemeinen Rezept "to obey punctually; to censure freely" zusammenfassen, das zu der falschen Schlussfolgerung führte, dass ein Anarchist sich weigern könnte, das Gesetz zu befolgen, weil es nicht so ist, wie es sein sollte, während ein Reaktionär es blind befolgen würde. Die Gefahr dieser beiden Auffassungen besteht, wie Bentham betont, zum einen darin, die Autorität des Gesetzes zu untergraben, und zum anderen darin, das Gesetz an die Stelle der Moral zu setzen. Mit anderen Worten: Eine Norm ist nicht deshalb kein Gesetz, weil sie unmoralisch ist; umgekehrt sollte eine Norm nicht deshalb als Gesetz angesehen werden, weil sie moralisch ist.

Der Einfluss des Denkens utilitaristischer Theoretiker auf Harts Theorie ist hinsichtlich seiner positivistischen Trennungsthese von Recht und Moral nicht zu leugnen. Aus diesem Grund wird Harts Verteidigung der Ideen Benthams und Austins häufig als Verteidigung seiner eigenen Ideen interpretiert. Trotz seiner offensichtlichen liberal-utilitaristischen Tendenzen besteht die Besonderheit Harts jedoch darin, dass er in die Debatte über den Rechtspositivismus neue methodologische Grundlagen einbringt, die auf einer deskriptiven Soziologie und nicht nur auf der Moralphilosophie beruhen.

Denn die Grundlage jeder positivistischen Theorie ist mehr oder weniger darauf ausgerichtet, externe Eingriffe, insbesondere der moralischen Ordnung, bei der Bestimmung, welche Norm gültig ist und welche nicht, zu vermeiden. Um das Recht vor solchen Eingriffen zu schützen, schlägt Kelsen die Grundnorm als Geltungsgrundlage und Hart die Anerkennungsnorm vor.

Für die Strafnorm hat diese Argumentation zwei Konsequenzen: Einerseits könnte ein Verhalten rechtlich erlaubt, also nicht kriminalisiert werden, obwohl es gegen moralische Normen verstößt, andererseits könnte ein Verhalten nur aus moralischen Gründen kriminalisiert werden.

²⁹³ Hart (1958), 1983), S. 52-55.

Es ist anzunehmen, dass die Strafnorm, die das Glücksspiel kriminalisiert, zur zweiten Gruppe gehört; es wäre dann ein Verhalten, das vor allem aus moralischen Gründen unter Strafe gestellt wird. Unter dem Gesichtspunkt eines exklusivistischen Positivismus scheint es die Gültigkeit einer solchen Norm nicht in Frage gestellt werden zu können. Schließlich wurde sie von einem zuständigen Gesetzgeber unter Beachtung der geltenden Regeln geschaffen, wobei die letztendliche Geltungsgrundlage in der Grundnorm zu finden ist.

Im Rahmen eines Sozialpositivismus, wie ihn Hart vorschlägt, ist es jedoch sehr fraglich, ob eine solche Norm mit der Anerkennungsnorm als Kriterium der Rechtsgültigkeit vereinbar wäre. Der Grund dafür wäre nicht in empirischen Fragen der Anwendung zu suchen. Schließlich dürfen die Begriffe *Geltung* und *Wirksamkeit* einer Norm nicht verwechselt werden, es sei denn, die Wirksamkeit ist eines der Geltungskriterien, die in der Anerkennungsregel selbst zum Ausdruck kommen²⁹⁴, „was bei der Verbotsregel, die Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, nicht der Fall ist.

Ihre Geltung kann aus dem internen Standpunktes selbst, aus der Perspektive der Akzeptanz durch die Mitglieder der Gesellschaft, an die sich die Regel richtet, in Frage gestellt werden, denn nach dem Positivismus Harts beruht die Geltung des Rechts auf sekundären Regeln, wie der Anerkennungsregel, auf der alle anderen Regeln aufbauen müssen. Mit anderen Worten: Das Recht als normative Ordnung ist untrennbar mit dem Willen und der allgemeinen Akzeptanz der Normadressaten verbunden, deren Geltung zumindest fragwürdig ist, wenn sie das Ergebnis der Entscheidung einer moralischen und politischen Elite ist, die in krassem Widerspruch zur Anerkennung und Akzeptanz dessen steht, was die Betroffenen als Recht verstehen, so dass sie aus diesem Verständnis heraus und nicht nur aus Furcht vor Sanktionen normkonform handeln.

²⁹⁴ Hart (1961), 1994), S. 115.

B. Sexualmoral und Strafrecht (Devlin/Hart Debatte)

1. Hintergründe der Debatte

Dass die Moral bis zu einem gewissen Grad das Recht beeinflusst und dieses wiederum die Moral beeinflusst, kann nicht bestritten werden. Gerade im Bereich des Strafrechts ist es unbestreitbar, dass mit der Etikettierung bestimmter Verhaltensweisen als Straftaten auch eine gewisse Moral verbunden ist, die allein den staatlichen Eingriff durch das schärfste Instrument, nämlich die Verhängung von Strafen, nicht ungerechtfertigt erscheinen lässt. Dieses Zusammenspiel der beiden Normkomplexe erweist sich in der vorliegenden Untersuchung in mehrfacher Hinsicht als zentral für die Diskussion.

Insofern ist die Debatte, die zu Beginn der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zwischen dem Richter Patrick Devlin und dem Rechtsphilosophen H. L. A. Hart geführt wurde, von großer Bedeutung.

Am 26. August 1954 berief das britische Unterhaus einen aus 15 Männern und Frauen bestehenden Ausschuss ein, der sich mit der Gesetzgebung gegen homosexuelle Straftaten befassen sollte. Nach dreijähriger Diskussion erschien am 3. September 1957 der "Report of the Departmental Committee on Homosexual Crimes and Prostitution", der das Ergebnis dieser Untersuchung darstellte und nach dem Leiter des Ausschusses, John Frederick Wolfenden, Vizekanzler der Universität Uppingham, als "Wolfenden Report" bekannt wurde.

Diese Untersuchung kam zu für die damalige Zeit sehr liberalen Schlussfolgerungen, die eindeutig von den Ideen John Stuart Mills beeinflusst waren, die er in seinem vor hundert Jahren veröffentlichten Essay *On Liberty (Über die Freiheit)* dargelegt hatte und die erst danach einen wirklich praktischen Einfluss auch auf die Forderungen nach Änderung bestimmter Aspekte der damals geltenden Strafgesetzgebung zu haben begannen. Der Bericht des Komitees schlug eine Reihe von Reformen vor, die auf die Abschaffung verschiedener Straftatbestände abzielten, mit der Begründung, dass es sich lediglich um unmoralisches Verhalten handele, das kein Rechtsgut berühre, das kriminellen Zwang rechtfertige.

Dem Bericht zufolge sollte keine unmoralische Handlung als Straftat angesehen werden, es sei denn, sie trete mit einem anderen Merkmal wie Unanständigkeit, Korruption oder Ausbeutung einher.²⁹⁵

²⁹⁵ DEPARTMENTAL COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION 1957, § 13. In ihrem Abschlussbericht empfiehlt die Kommission erstens, die öffentliche Anstiftung und Verleitung zur Prostitution aufgrund ihrer Anstößigkeit härter zu bestrafen als bisher. Hingegen schade Prostitution im Privatbereich nur den an ihr direkt und konsensuell Beteiligten und sollte daher straffrei bleiben. Zweitens wird

empfohlen, private homosexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen nicht länger zu kriminalisieren. Beide Empfehlungen wurden vom britischen Gesetzgeber akzeptiert und rechtlich umgesetzt.

Eine der eindringlichsten Stimmen gegen die Schlussfolgerungen des Berichts war die des Richters Patrick Devlin, Mitglied des House of Lords, dessen Argumente in seinem Aufsatz *The Enforcement of Morals* dargelegt wurden, der erstmals 1959²⁹⁶ bei der *Maccabaeen Lecture in Jurisprudence of the British Academy* veröffentlicht wurde und später, 1965, von der Universität Oxford in Buchform herausgegeben wurde²⁹⁷. Devlin zufolge hatte die Gesellschaft das Recht, ihre Moralvorstellungen rechtlich durchzusetzen, um den Zerfall ihres sozialen Gefüges zu verhindern. Als Reaktion auf Devlins Argumente veröffentlichte der Philosoph Herbert Hart 1963 einen Aufsatz mit dem Titel *Law, Liberty and Morality*²⁹⁸, dessen liberale Argumente Devlins Kerngedanken zuwiderliefen, nämlich dass die Moral selbst, unabhängig von allen anderen Kriterien, einen legitimen Einfluss auf die Gesetzgebung haben könne, einschließlich der Entscheidung, bestimmte Verhaltensweisen zu kriminalisieren.

Dieser zentrale Aspekt der Diskussion bildet den Gegenstand der vorliegenden Analyse. Zunächst werden die Argumente von Devlin dargelegt, der der Ansicht ist, dass das Gesetz im Allgemeinen die gleiche Funktion hat, die Moral zu schützen, einschließlich der Durchsetzung moralischer Prinzipien durch das Strafrecht. Anschließend wird Harts Kritik an Devlins Position dargelegt. Hart weist auf die Mängel in Devlins Konzeption hin, insbesondere auf das Fehlen rationaler Kriterien und die Verneinung jeglicher Grenzen für den Gesetzgeber. Obwohl er darauf hinweist, dass Devlins Argumente verwirrend seien, räumt Hart ein, dass sie angesichts der von Devlin angeführten konkreten Beispiele, die seine umfassende Erfahrung als Strafrichter widerspiegeln, Beachtung verdienen.²⁹⁹

Die Umstände, unter denen der Bericht des Wolfenden Komitees veröffentlicht wurde, und die Reaktionen darauf sind den Ereignissen vor hundert Jahren sehr ähnlich. Damals veröffentlichte John Stuart Mill seinen Essay *On Liberty*, in dem er eine liberale Position vertrat, deren Argumente sich auch im Bericht des Wolfenden Komitees wiederfinden. Mills Essay stieß seinerzeit auf Widerstand, der vor allem von Richter James Fitzhames Stephen verkörpert wurde. Als Reaktion auf die von Mill vertretene Idee veröffentlichte Richter Stephen das Buch *Liberty, Equality, Fraternity (Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit)*. In ähnlicher Weise ist die Reaktion des Richters Patrick Devlin auf die im Bericht dargelegten Argumente bemerkenswert.

2. Die Argumente Devlins

1959 veröffentlichte der Rechtspositivist Patrick Devlin, ehemaliger Richter am Obersten Gerichtshof Englands, einen Aufsatz mit dem Titel *The Enforcement of Moral*. Devlin wandte

sich gegen die Annahme, dass das Verbrechen von der Sünde, das Göttliche vom Säkularen, das Unmoralische vom Verbrecher zu trennen sei.³⁰⁰ Wenn diese Annahme allgemein gültig sei, müsse sie auch für das Strafrecht im Allgemeinen gelten.

Nach Devlin sind Moral und Religion jedoch untrennbar miteinander verbunden, so dass die Entscheidung für eine Religion die Entscheidung für die von dieser Religion gepredigte Moral impliziert. Wenn der Staat also nicht nur das Christentum als seine Grundprinzipien wählen könnte, könnte er auch nicht die christliche Moral als Maßstab wählen. Und er könnte dies auch strafrechtlich nicht tun. Mit anderen Worten: Wenn die Argumentation, dass Töten ein Verbrechen ist, weil es eine Sünde ist, weil es gegen die christliche Moral verstößt, dann könnte und müsste alles, was einen Verstoß gegen diese Moral beinhaltet, auch als Verbrechen angesehen werden.

In diesem Sinne wählt der Gesetzgeber unter den Verhaltensweisen, die gegen die Moral verstoßen, einige als kriminell aus und andere nicht. Mit Blick auf die damalige Situation weist Devlin als möglichen Widerspruch darauf hin, dass Homosexualität bei erwachsenen Frauen kein Verbrechen war, wohl aber bei Männern. Er fragt daher: Gebe es überhaupt Prinzipien, die bestimmen können, welcher Teil der Moral in das Strafrecht aufgenommen werden sollte?

Seine Antwort scheint negativ zu sein. Das Strafrecht könne zwar objektive Kriterien haben, und das sei nicht schwierig. Solche Kriterien werden im Strafrecht aber nicht verwendet. So gebe es zum Beispiel für eine Geschwindigkeitsbegrenzung objektive Gründe, die nichts mit Moral zu tun hätten. Tatsache sei jedoch, dass das Strafrecht, wie wir es kennen, in erster Linie auf moralischen Grundsätzen beruhe. Darüber hinaus bestehe die Funktion des Strafrechts bei einigen Straftaten schlicht darin, ein moralisches Prinzip durchzusetzen und nicht etwas anderes: "The law, both criminal and civil, claims to be able to speak about morality and immorality in general".³⁰¹

Die Frage sei, so Devlin, ob es eine öffentliche Moral geben solle oder ob Moral immer eine Sache privater Ansichten sei. Die Diskussion konzentrierte sich auf bestimmte

²⁹⁶ <https://www.thebritishacademy.ac.uk/events/lectures/listings/maccabaeen-lectures-jurisprudence/>

²⁹⁷ Devlin 1965.

²⁹⁸ Hart 1963.

²⁹⁹ Hart 1963, S. 17.

³⁰⁰ Der Fehler der Rechtstheorie im Wolfenden-Bericht, nach Devlin Meinung, liege in der Suche nach einem einzigen Prinzip zur Erklärung der Trennung zwischen Verbrechen und Sünde. Der Bericht finde diesen Grundsatz in der Regel, dass das Strafrecht zum Schutz des Einzelnen geschaffen werden müsse. Aber Devlin glaubt, dass das Gesetz existiert, um die Gesellschaft zu schützen. Devlin 1965, S. 22.

³⁰¹ Devlin 1965, S. 7.

Verhaltensweisen, die, obwohl sie anderen keinen Schaden zufügen, zumindest moralisch umstritten sind, die sogenannten *victimless immoralities*.³⁰²

Devlin stellt in seinem Buch *The Enforcement of Morals* folgende drei Fragen

1- Hat die Gesellschaft das Recht, über moralische Fragen zu urteilen? Das heißt, sollte es eine öffentliche Moral geben oder ist Moral immer eine Frage des privaten Urteils?

2- Wenn die Gesellschaft das Recht hat, Urteile zu fällen, hat sie dann auch das Recht, das Gesetz als Waffe einzusetzen, um diese Urteile durchzusetzen?

3- Wenn ja, sollte die Gesellschaft diese Waffe in allen Fällen oder nur in einigen Fällen einsetzen? Und wenn sie sie nur in bestimmten Fällen einsetzen soll, nach welchen Grundsätzen soll sie unterscheiden, in welchen Fällen sie diese Waffe einsetzen soll und in welchen nicht?

Die bejahende Antwort auf die ersten beiden Fragen stellt die Voraussetzungen dar, von denen Devlins Denken ausgeht. Für ihn ist die Moral ein Mittel, um den Menschen mit einem Höchstmaß an Verhalten kompatibel zu machen, aber das Strafrecht ist seinerseits nicht von der Moral ausgeschlossen, da es als Instrument eingesetzt werden kann, um den Menschen mit einem Mindestmaß an Verhalten kompatibel zu machen.³⁰³

Was die dritte Frage anbelangt, so ist ihre Lösung im Konflikt zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber der größtmöglichen Freiheit des Individuums einerseits und der Beschränkung dieser Freiheit andererseits zu suchen, damit diese Freiheit nicht die Grundpfeiler der Gesellschaft ins Wanken bringt. *“There must be toleration of the maximum individual freedom that is consistent with the integrity of society... Nothing should be punished by the law that does not lie beyond the limits of tolerance.”*³⁰⁴. Die Abneigung der Gesellschaft gegen Homosexualität ist für Devlin ein Indikator für die Grenzen der durchschnittlichen Toleranz der Menschen und weist gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen als unmoralisch aus. Die Gesellschaft habe das Recht, das Gesetz als Waffe zur Durchsetzung der Moral einzusetzen. *„Society may use the law in order to preserve morality in the same way as it uses it to safeguard anything else that is essential to its existence.”*³⁰⁵

³⁰² „I think, therefore, that is not possible to set theoretical limits to the power of the State to legislate against immorality.” (Devlin, 1965), S. 12.

³⁰³ Devlin 1965, S. 23.

³⁰⁴ Devlin 1965, S. 16/17.

³⁰⁵ (Devlin, 1965), S. 11

Hinsichtlich eines möglichen Kriteriums für die Bestimmung der Fälle von Sittenwidrigkeit, in denen der Staat berechtigt ist, strafrechtlich einzugreifen, stellt Devlin fest, dass es keine allgemeine Antwort auf diese Frage gibt. Sie müsse von Fall zu Fall entschieden werden. “The line that divides the criminal law from the moral is not determinable by the application of any clear-cut principle. It is like a line the divides land and sea, a coastline of irregularities and indentations.”³⁰⁶.

2.1 Der Ansatz einer kollektiven Beurteilung

Hinsichtlich der ersten Frage ist nach Devlin ein kollektives Urteil (*collectiv judgement*) erforderlich, d.h. die missbilligte Tatsache muss die gesamte Gesellschaft betreffen. Es gehe also nicht nur darum, ob die Mehrheit dagegen sei oder nicht. Wenn es kein kollektives Urteil gebe, sei der Eingriff nicht gerechtfertigt. Wenn Homosexualität und Prostitution nicht *per se* schlecht seien, dann sei es die Last des Gesetzgebers, der gegen einzelne Aspekte gesetzlich vorgehen wolle, eine Sonderbehandlung zu rechtfertigen.³⁰⁷

Wenn der Staat eine bestimmte Moral als notwendig für die Gesellschaft anerkennt, dann kann er das Gesetz benutzen, um diese Moral zu schützen, genauso wie er es benutzen kann, um alles andere zu schützen, was er für die Existenz der Gesellschaft für wesentlich hält. Hier zeigt sich, wie konservativ Devlin denkt. Wenn man anerkennt, dass es legitim ist, dass der Staat z.B. Homosexualität weiterhin kriminalisiert, kann man daraus schließen, dass die Bestrafung eines solchen Verhaltens als wesentlich für die Existenz der Gesellschaft angesehen wird.

Das Wolfenden-Komitee stellt in seinem Bericht bestimmte Bedingungen für das Eingreifen des Rechts auf. In dieser Hinsicht besteht die Inkohärenz, auf die Devlin in dem Bericht hinweist, darin, dass gleichzeitig anerkannt wird, dass Homosexualität und Prostitution von der Gesellschaft verurteilt werden, aber davon ausgegangen wird, dass die „besonderen Umstände“, die nach dem Bericht erforderlich sind, um das Eingreifen des Gesetzes zu rechtfertigen, nicht vorliegen.

Zu diesen *besonderen Umständen*, wie sie im Bericht beschrieben werden, zählt Devlin die Bereitstellung ausreichender Schutzmaßnahmen gegen die Ausbeutung und Korruption anderer, insbesondere derjenigen, die besonders schutzbedürftig sind, weil sie minderjährig, körperlich oder geistig schwach, unerfahren oder in einem Zustand besonderer körperlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit sind. Für ihn könnte zum Beispiel “*the*

³⁰⁶ Devlin 1965, S. 22/23.

³⁰⁷ Vgl. Devlin 1965, S. 11.

corruption oder exploitation of others“ als "besondere Umstände" geltend gemacht werden, die jede Form der Unmoral abdecken könnten, die - wie übrigens die meisten - die Beteiligung einer anderen Person einschließen.

Schließlich, so Devlin, gebe es eine gewisse Inkohärenz in der Frage der Ausbeutung als *besonderer Umstand*, da Ausbeutung nicht nur in der Beziehung zwischen Prostituierte und Kunde vorkomme. Wenn die Ausnutzung menschlicher Schwäche als ebensonderer Umstand angesehen werden könne, der das Eingreifen des Gesetzes rechtfertige, dann gäbe es keinen Bereich der Moral, der vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden könne. Daher, so Lord Devlin, sei es nicht möglich, der Befugnis des Staates, Gesetze gegen die Sittenwidrigkeit zu erlassen, theoretische Grenzen zu setzen.³⁰⁸

Lord Devlin wendet sich gegen die Auffassung, dass die Sünde eines Menschen, wenn sie nur ihn selbst betreffe, in den engeren Bereich der privaten Moral falle und daher nicht Sache der Gesellschaft sein könne. Zur Untermauerung seiner Argumentation führt er Trunkenheit und Spielsucht als Beispiele für Verhaltensweisen an, die nicht einfach der privaten Moral zugerechnet werden könnten und daher außerhalb der Reichweite der öffentlichen Moral lägen. Wenn ein Mann beschließt, sich jeden Abend zu betrinken, in seinem Privatleben, in seiner Wohnung, wäre das schlecht, fragt Devlin, für jemand anderen als ihn selbst? Aber was wäre das für eine Gesellschaft, in der sich ein Viertel oder gar die Hälfte der Bevölkerung jeden Abend betrinkt?

Dasselbe ließe sich über das Glücksspiel sagen. Die *Royal Commission on Betting, Lotteries, and Gaming* hat den Charakter des Bürgers als Mitglied der Gesellschaft als Test verwendet. Sie sagte: Unsere Sorge um die ethische Bedeutung des Glücksspiels beschränkt sich auf die Auswirkungen, die es auf den Charakter des Spielers als Mitglied der Gesellschaft haben kann. Wenn wir davon überzeugt wären, dass das Glücksspiel, in welchem Ausmaß auch immer, schädlich ist, wären wir tendenziell auf den Gedanke Kommen, dass es die Pflicht des Staates sei, das Glücksspiel so weit wie möglich einzuschränken".³⁰⁹

Wie aber, fragt Devlin, kann der Gesetzgeber die moralischen Urteile der Gesellschaft erkennen? Es würde nicht ausreichen, die Meinung der Mehrheit abzuschätzen.³¹⁰ Er müsse den Parameter des *vernünftigen Menschen* anwenden, der nicht mit dem *rationalen Menschen*

³⁰⁸ Vgl. Devlin 1965, S. 12.

³⁰⁹ Vgl. Devlin 1965, S. 14.

³¹⁰ Nach Meinung Devlins ist die Definition dessen, was unmoralisch ist, keine Frage des Mehrheitsdenkens: Es handelte sich um nicht Grundsätze eines Mehrheitsbeschlusses, sondern um jene eines jeden gesunden Menschenverstandes. "*Immorality them, for the purpose of the law, is what every right-minded person is presumed to consider to be immoral. English law (...) uses a standard (...) which is that of the reasonable man.*" Devlin 1965, S. 15.

verwechselt werden dürfe. Laut Devlin ist es nur eine Frage des Gefühls (*a matter of feeling*). „Empfindet der vernünftige Mensch, nicht zu verwechseln mit dem ideellen, rationalen Menschen, ein bestimmtes Verhalten als ekelregend oder würdelos, so ist dieses Verhalten im Sinne der Moral unentschuldig und sollte strafrechtlich sanktioniert werden.“ Es sei der "richtigen Menschen" (*right-minded man*), oder die Sicht des „Mannes von der Straße“, den Devlin lieber als „Mann in der Jury-Box“ bezeichnet, wobei er sich auf das System bezieht, in dem zwölf Geschworene zusammenkommen, diskutieren und eine einstimmige Entscheidung treffen können. Dieses Ergebnis entspreche dem Gefühl des "richtigen Menschen".

Entscheidungen darüber, was unmoralisch sei, würden nicht durch rationale Argumente bestimmt. Jedes moralische Urteil, sofern es sich nicht auf eine göttliche Grundlage berufe, sei einfach eine Frage des Gefühls, denn kein Mensch könne sich so verhalten, ohne das Gefühl zu haben, etwas falsch gemacht zu haben. Es sei die Macht des gesunden Menschenverstandes, nicht die Macht der Vernunft, die hinter den Urteilen der Gesellschaft stehe. Es reiche nicht aus zu sagen, dass es den meisten nicht gefalle, es müsse ein echtes Gefühl der Missbilligung vorhanden sein. Im Falle der Homosexualität, so Devlin, sei der Widerstand der Menschen auf eine tief sitzende Missbilligung zurückzuführen und nicht auf etwas, das produziert worden sei.³¹¹

Obwohl der Bericht Prostitution als private Unmoral betrachte, empfiehlt er, das Betreiben eines Bordells weiterhin als Verbrechen zu betrachten. Dann wendet er ein, wenn es nur eine private Unsittlichkeit ist, warum sollte sich dann das Gesetz darum kümmern? Der Bericht begründet dies damit, dass es dann zu Ausbeutung kommen würde. Dann führt er fort“in general a ponce exploits a prostitute no more than an impresario exploits an actress.(...)“*All sexual immorality involves the exploitation of human weaknesses. The prostitute exploits the lust of her customers and the customers the moral weakness of the prostitute.*”³¹²

Moralische Desintegration sei der erste Schritt zur sozialen Desintegration. Denn, so Devlin weiter, die Geschichte zeige, dass moralischer Verfall viel häufiger das Ergebnis interner als externer Ursachen sei. Devlin räumt zwar ein, dass sich die Gesellschaft ständig weiterentwickelt, stellt aber fest, dass *“Laws, especial those which are based on morals, are less easily moved.”*³¹³

³¹¹ Devlin 1965, S. 17.

³¹² Devlin 1965, S. 12.

³¹³ Devlin 1965, S. 18.

3. Die Argumente Harts

Das bereits erwähnte Werk von Hart, *Law, Liberty and Morality*, stellt den Beitrag des englischen Philosophen dar, der gegen Devlin argumentiert und die im Wolfenden-Bericht enthaltenen Ideen unterstützt. In diesem 1963 veröffentlichten Buch legt Hart sein liberales Denken dar, das sich hauptsächlich auf die Ideen von John Stuart Mill stützt und sich gegen die Anwendung des Strafrechts zur Durchsetzung der Moral, insbesondere der Sexualmoral, ausspricht. Grundlage seines Denkens ist die gleiche Annahme wie bei Mill, dass die einzige Grundlage, die die legitime Ausübung staatlicher Macht über ein Mitglied einer zivilisierten Gesellschaft rechtfertigen kann, darin besteht, dass sein Verhalten eine Beleidigung für andere darstellt.

In den hundert Jahren, die seit der Veröffentlichung von Mills Essay *Über die Freiheit* vergangen sind, wurde diese Theorie bereits einmal von Sir James Fitzjames Stephen in Frage gestellt. In einer ähnlichen Darstellung der Tatsachen wurde derselbe Ansatz durch den bereits besprochenen Aufsatz des Richters Lord Devlin erneut auf die Probe gestellt.

Hart untersucht Devlins Argumente und weist darauf hin, dass seine Argumente nicht klar zwischen privater und öffentlicher Unmoral unterscheiden, so wie er auch nicht zwischen Politik und Moral unterscheidet. Devlin sieht die gleiche Grundlage für Verbote sowohl bei Verhaltensweisen, die die politischen Interessen der Gesellschaft berühren, wie Meuterei und Verrat, als auch bei Verhaltensweisen im sexuellen Bereich, wie Homosexualität. Hart leugnet nicht die Bedeutung der öffentlichen Moral als wesentlicher Bestandteil der Gesellschaft.

Hart unterstützt nachdrücklich die Schlussfolgerungen des Wolfenden-Berichts, insbesondere in Bezug auf Sexualverbrechen. Es sei grotesk zu glauben, dass homosexuelles Verhalten zwischen zwei Erwachsenen mit politischen Verbrechen wie Meuterei und Verrat vergleichbar sei, sei es in der Absicht oder in der Wirkung.³¹⁴

In Bezug auf die so genannten *victimless Immoralities*, zu denen auch Homosexualität gehört, behauptet Hart, dass es nur zwei Formen der Durchsetzung von Moral gebe: die durch Gewalt oder Zwang (*a priori*) und die durch Strafe (*a posteriori*). Die Durchsetzung mittels Gewalt sei nur dann notwendig, wenn es einen unmittelbaren Schaden zu verhindern gelte, was bei *victimless Immoralities* wie Homosexualität nicht der Fall sei.³¹⁵

³¹⁴ Hart 1963, S. 51.

³¹⁵ „Homosexual intercourse between consenting adults in private is (...) not an affront to public decency.“ Hart 1963, S. 45.

Die Frage, die er sich stellt, lautet: Ist die Tatsache, dass ein Verhalten nach allgemeinen Maßstäben als unmoralisch gilt, ausreichend, um es unter Strafe zu stellen? Sollte Unmoral an sich ein Verbrechen sein? Die Antwort ist negativ. Man könnte argumentieren, dass die rechtliche Durchsetzung dessen, was als moralisch akzeptiert wird, keiner Rechtfertigung bedarf, da es sich einfach um Moral handelt, die durchgesetzt wird.³¹⁶ Aber das reicht nicht aus, um einen kriminellen Eingriff als legitim zu betrachten.

Harts Argumente werden durch seine Analyse des so genannten *Shaw-Falls* untermauert, einer Entscheidung des *House of Lords*, die unter anderem auf "*conspiracy to injure public morals*" beruhte. In diesem Fall veröffentlichte der Angeklagte in einer Zeitschrift namens *Ladies Directory* eine Liste mit Namen und Adressen von Prostituierten, in einigen Fällen mit Nacktfotos, zusammen mit Codes, die auf ihre jeweiligen sexuellen Handlungen hinwiesen. In der Folge wurde Shaw dreier Verbrechen angeklagt, darunter *conspiring to corrupt public morals*.

Hart bezeichnet den Begriff der *corrupting public morals* als übermäßig vage und undurchsichtig und weist darauf hin, dass die Entscheidung des *House of Lords*, die sich auf diesen Begriff stütze, den Gebrauch einer Waffe wiederbelebe, die bequemerweise für die Bestrafung der Unmoral selbst geeignet sei.³¹⁷

Was würde es bedeuten, fragt Hart, Moral oder Unmoral zu verderben? Auf dieser Grundlage die Existenz eines Verbrechens anzuerkennen, bedeute, genau in die entgegengesetzte Richtung zu den Schlussfolgerungen des Wolfenden-Komitees zu gehen, dessen Bericht er als Empfehlung vorlegte: Im Falle der Homosexualität empfahl eine Mehrheit von 12 zu 1 Stimmen, dass die zwischen Erwachsenen vereinbarte Praxis nicht länger als Verbrechen betrachtet werden sollte. Im Falle der Prostitution empfahl er einstimmig, dass der Gesetzgeber, obwohl die Prostitution an sich nicht als illegal betrachtet werden sollte, ihre demonstrative Ausübung von den Straßen verbannen sollte.³¹⁸

In einem anderen Punkt griff Hart Devlins Argument der Zustimmung des Opfers auf. Seiner Ansicht nach hat das Strafrecht, abgesehen von einigen Ausnahmen wie Vergewaltigung, "the criminal law has never admitted the consent of the victim as a defense". Dafür gebe es nur eine Erklärung: Es gebe bestimmte Verhaltensnormen oder moralische Prinzipien, deren Einhaltung die Gesellschaft verlange.³¹⁹

³¹⁶ Hart 1963, S. 6.

³¹⁷ Hart 1963, S. 10.

³¹⁸ There must remain a realm of private morality which is, in brief and crude terms, not the law's business." Hart, 14/15

³¹⁹ Hart, 1963, S. 30

Hart entgegnet diesem Argument, dass dies einfach nicht zutreffe. Denn die Erklärung dafür, dass das Strafrecht die Verteidigung anderer Straftaten auf der Grundlage einer möglichen Einwilligung des Opfers (z.B. Tötung auf Verlangen) nicht zulässt, liege einfach im Paternalismus, der das Opfer vor sich selbst schützen soll. Nach Mills Auffassung, so Hart, sei es etwas ganz anderes, das Gesetz zu benutzen, um den Einzelnen vor sich selbst zu schützen, als das Gesetz zu benutzen, um eine bestimmte Moral durchzusetzen. Der ersten Situation entspreche der Satz "weil es besser für ihn ist" oder "weil es ihn glücklicher macht"; der zweiten Situation entspreche der Satz "weil es nach der Meinung anderer richtig wäre".³²⁰

Die Tatsache, dass die Zustimmung des Opfers bei der überwiegenden Mehrheit der Straftaten (z.B. Mord) nicht zur Verteidigung herangezogen werden könne, sei sehr aufschlussreich für die Unterschiede im Denken zwischen Devlin und Hart. Für ersteren ist die Grundlage des Schutzes nicht allein das Interesse des Individuums, denn wenn dies der Fall wäre, würde es in einem solchen Fall keinen Sinn machen, den Täter zu bestrafen, da es das Opfer selbst war, das dies wollte. Hartes bestreitet dieses Argument am Beispiel der Drogenprohibition. Nach Devlins Argumentation sei die Grundlage der Prohibition nicht der Schutz der Person, die die Droge konsumiere, sondern die Notwendigkeit, das unmoralische Verhalten desjenigen zu bestrafen, der die Droge zur Verfügung stelle. Diese Argumentation ist sicherlich nicht vereinbar mit vielen paternalistischen Verboten, nicht nur im Falle von Drogen. Es sei keine Frage der Moral, so Hart, dass etwa bei Raub oder Mord die Einwilligung des Opfers nicht zur Verteidigung herangezogen werden könne. Auf keinen Fall, so Hart abschließend, sei Devlins Idee gerechtfertigt, dass die Funktion des Gesetzes darin bestehe, moralische Prinzipien durchzusetzen und nichts anderes.³²¹

Selbst wenn die Gesellschaft sich dafür entscheiden würde, Verbrechen mit Unmoral gleichzusetzen, wäre diese Entscheidung nicht gerechtfertigt. Wie Stepanian sagt, hat keine Gesellschaft das Recht, jegliche Unmoral aus der Privatsphäre zu verbannen. Die Anerkennung einer straffreien Privatsphäre, auch für unmoralisches Verhalten, steht nicht unter Vorbehalt. Die Tatsache, dass eine Handlung unmoralisch ist, ist laut Hart kein Grund, sie zu kriminalisieren. "An anderer Stelle verzichtet allerdings auch der Wolfenden-Bericht auf diese einschränkende Bedingung und formuliert kategorisch: 'It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such'."³²²

³²⁰ Hart 1963, S. 31.

³²¹ Hart 1963, S. 32

³²² Stepanians 2009, 14 (1)) (129), 137.

Die von Hart verteidigten liberalen Vorschläge des Wolfenden-Berichts stellten auch einen wichtigen Beitrag zur Diskussion um die Notwendigkeit einer Liberalisierung der Strafrechtsreformen dar, die dem Privatleben erwachsener Homosexueller einen gewissen Freiraum einräumt und als Impulsgeber für die Legalisierung der Homosexualität im westlichen Kulturraum gilt.

C. Das Glückspielverbot zwischen moralischen und Strafrechtsverbot

Es ist festzustellen, dass einige der Aussagen, insbesondere von brasilianischen Intellektuellen und Juristen der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts, als sie versuchten, die Notwendigkeit eines Verbots des Spiels der Tiere und des Glücksspiels im Allgemeinen zu begründen, die Forderung nach einer kollektiven Moral beinhalten, die Vorrang vor der individuellen Moral haben sollte: Glücksspiel als etwas, das die Moral eines Volkes herabsetzt, unabhängig von der Moral jedes Einzelnen. Die direkten Zitate in diesem Abschnitt sollen im Rahmen einer freien Übersetzung die negative Art und Weise wiedergeben, in der sich die brasilianischen Autoren der damaligen Zeit auf das Glücksspiel bezogen.

Unter den Manifestationen dieses Gedankens ist die Rede hervorzuheben, die Ruy Barbosa, Schriftsteller, Jurist und Politiker, einer der größten Intellektuellen seiner Zeit, 1896 im brasilianischen Senat hielt.

Dauerhaft wie die großen endemischen Krankheiten, die die Menschheit verwüsten, universell wie das Laster, löslich in seiner Ansteckung wie eitrige Invasionen, verderblich für alle moralischen Reize wie der Alkohol. Das Glücksspiel verhöhnt den Anstand, die Gesetze und die Polizei, umfasst die gesamte Gesellschaft im Bereich seiner Ausstrahlungen, nivelliert alle Klassen unter seiner bedrückenden Gleichheit, stürzt in seiner gleichgültigen Promiskuität in die untersten Gruben des sozialen Abfalls, erreicht in der Raffinesse seiner Verführungen die aristokratischsten Höhen der Intelligenz, des Reichtums und der Autorität; es (das Glücksspiel) macht Genies unbrauchbar, degradiert Fürsten; bringt Redner zum Verstummen; wirft Seelen, die durch das gewohnte Unglück unglücklicher Umzüge angesäuert sind, in den politischen Kampf; wirft Herzen, die durch den täglichen Kontakt mit allen Unreinheiten degeneriert sind, in die Familie; wirft Schiffbrüchige aus stürmischen Nächten des Unglücks in den Wettbewerb der Tagelöhner.³²³

Obwohl, wie man sieht, mit negativen Adjektiven behaftet, fährt der Autor in seiner Rede überraschenderweise fort, dass das Recht, auch wenn es nicht mit der Moral verwechselt

³²³ Rezende 1911, S. 32/33. “*Permanente como as grandes endemias que devastam a humanidade, universal como o vício, solapador no seu contágio como as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, ele zomba da decência, das leis e da polícia, abarca no domínio das suas emanações a sociedade inteira, nivela sob a sua deprimente igualdade todas as classes, mergulha na sua promiscuidade indiferente até os mais baixos volutabros do lixo social, alcança no requinte das suas seduções as alturas mais aristocráticas da inteligência, da riqueza, da autoridade; inutiliza gênios, degrada príncipes; emudece oradores; atira à luta política almas azedadas pelo calistismo habitual das paradas infelizes, à família corações degenerados pelo contato cotidiano de todas as impurezas, à concorrência do trabalho diurno os naufragos das noites tempestuosas de azar.*”

werden dürfe, im Wesentlichen nur ein Teil der Ethik sei. Und unter Berufung auf den italienischen Strafrechtler Vincenzo Manzini erklärt Barbosa, dass das Strafrecht in der Moral eine der aktivsten und stärksten Kräfte seiner evolutionären Dynamik finde.

Der Appell an die Moral ist in der Rechtspraxis seit den Anfängen des Glücksspielverbots präsent. Der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die strafrechtliche Literatur, insbesondere in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts, haben das Strafrecht auf Begriffe gestützt, die unmittelbar mit Moral, Sittlichkeit und guten Sitten verbunden waren.

So schreibt Rezende in einem im Juli 1911 veröffentlichten Aufsatz, in dem er eine Bewegung kritisiert, die sich damals für eine Legalisierung des Glücksspiels einsetzte:

"Diejenigen, die das Glücksspiel und logischerweise auch seine Regulierung bekämpfen, empfinden es nicht nur als Unmoral, sondern auch als ein verderbliches Laster für die Gesellschaft, als einen fruchtbaren Generator von Kriminalität, als eine der gefährlichsten Manifestationen des Müßiggangs. Das Glücksspiel ist die Vorhut des Verbrechens, es ist einer seiner am stärksten akzentuierten Faktoren der Fruchtbarkeit der Faktoren der moralischen Schwächung eines Volkes".³²⁴

Der Autor bestreitet zwar, dass es grundsätzlich Aufgabe des Staates sei, in die Sittlichkeit des Einzelnen einzugreifen, betont aber, dass der Staat dies immer dann tun könne und müsse, wenn eine solche Unsittlichkeit einen anderen, die Gesellschaft oder den Staat selbst, beleidigt oder schädigt. Dies sei bei Glücksspiel, Trunksucht und Prostitution der Fall.

Das Glücksspiel, so Rezende weiter, sei ein Faktor des sittlichen Verderbens, mit der Gier nach Gewinn, die erregt, mit der glühenden Gier nach Reichtum, der schnell, ohne Arbeit und ohne Anstrengung, allein durch das Wirken des Zufalls erworben wird, mit dem Aberglauben und dem Vertrauen in erträumte und verborgene Kräfte, alles Tatsachen, die im Individuum das Vertrauen und die Gewohnheit zu einer ruhigen, ehrlichen und produktiven Arbeit und zur Wirtschaft als einziger Quelle des eigenen Wohlergehens zerstören.³²⁵

Rezende zeigt auf, dass das Denken in Brasilien zu dieser Zeit von einer eurozentrischen intellektuellen Elite dominiert wurde. So weist er darauf hin, dass eine Regulierung des Glücksspiels die Akzeptanz einer anarchistischen Perspektive oder zumindest einer "libertären Moral" (*Fais ce que tu veux*) bedeuten würde, wie sie Francisco Ferrer Guardia vertrat, ein katalanischer Pädagoge, der 1901 wegen seiner Ideen von einem

³²⁴ Rezende 1911, S. 26-27: "*Os que combatem o jogo, e logicamente a sua regulamentação, sentem que ele não é só uma imoralidade, mas é também um vício pernicioso à sociedade, uma fecunda geratriz do crime, uma das manifestações mais perigosas da ociosidade. O jogo é a vanguarda do crime, é um de fatores mais acentuados de fertilidade dos fatores de enfraquecimento moral de uma nação*".

³²⁵ Rezende 1911, S. 30.

Erschießungskommando getötet wurde. Derselbe Autor zitiert auch einen ähnlichen Gedanken, der sich in einem Entwurf des italienischen Strafgesetzbuches findet.³²⁶

Cavalcanti war ebenso abgestoßen, als er sich auf das Spiel der Tiere bezog:

Dem Glücksspiel in den Spielhallen, die den Zoo in der Stadt versorgten, und dem, was in den Glücksspielstellen verkauft wurde, ein Ende zu setzen, war einfach: Das polizeiliche Verbot reichte aus. Aber es war unmöglich, dieses soziale Krebsgeschwür auszurotten, das sich in der ganzen Stadt ausgebreitet hatte! Im Gegenteil, es wuchs. Es war wie ein Feuer, das, je mehr es geschürt wurde, desto mehr wuchs.³²⁷

Gusmão geht sogar so weit zu behaupten, dass der Gesetzgeber zu Recht eine Gefährlichkeitsvermutung gegenüber Landstreichern, Betrunkenen, Bettlern und Wiederholungstätern im Zusammenhang mit dem Straftatbestand des Glücksspiels aufgestellt habe.³²⁸

Ein weiteres Beispiel für die völlige Vermischung von Recht und Moral findet sich nach der Veröffentlichung des Gesetzes der Vergehen. In einem 1958 erschienenen Werk, das sich mit der Auslegung des damals neuen Gesetzes befasst, insbesondere in dem Kapitel, das dem so genannten "Vergehen bezüglich der Sittenpolizei" gewidmet ist und in dem das Glücksspielverbot eingeführt wird, findet sich ein mit Adjektiven und wertenden Ausdrücken überfüllter Text, der eher einem literarischen als einem juristischen Text entspricht. Was die Ziele der *Vergehen bezüglich der Sittenpolizei* betrifft, so formuliert Duarte sie folgendermaßen:

Ihr Ziel ist es, die Laster zu bekämpfen, die schlechten individuellen Tendenzen zu neutralisieren, die schädlichen Auswirkungen der Wunden, die den sozialen Organismus zersetzen, zu mildern, den Menschen, die bereits durch die Erbsünde, die Vererbung, die Erziehung, die Umwelt, kurz, durch endogene und exogene Ursachen verunreinigt sind, voller Fehler, rebellisch, amorph, undiszipliniert, böse, eine Verhaltensnorm aufzuerlegen. In diesem Bereich finden wir die Betrunkenen, die Landstreicher, die Müßiggänger, die Bettler, die Spieler, die Gefühllosen, die Hochstapler, die Launenhaften, die Unangepassten, die Schwachen, die Nachahmer, die Perversen, die Unverbesserlichen, die Grausamen und all die anderen, die durch ihr Leben und ihre Ziele eine ständige Gefahr für die Gesellschaft darstellen.³²⁹

³²⁶ Rezende 1911, S. 38.

³²⁷ Cavalcanti 1940, S. 66: "*Acabar com o jogo nos escritórios que mantinha na cidade o jardim zoológico e com o que se vendia nas casas de negócio foi fácil: Bastou a proibição da polícia. Mas extirpar esse câncer social, espalhado pela cidade, é que foi impossível! Pelo contrário, até aumentou. Era como um fogo que, quanto mais o atizam mas se aviva*".

³²⁸ Gusmão 1942, S. 235.

³²⁹ Duarte 1958, S. 215: "*Se propõe a combater os vícios, neutralizar as más tendências individuais, atenuar os malefícios das chagas que corroem o organismo social, impor uma norma de comportamento a seres humanos, já de si contaminados pelo pecado original, pela hereditariedade, pela educação, pelo ambiente, em suma, por causas endógenas e exógenas – cheios de defeitos, rebeldes, amorfos, indisciplinados, maldosos. É nesse setor*

Diese Formen der Norminterpretation sind einerseits Beispiele für die Ausdrucksweise der damaligen Intellektuellen und Schriftsteller. Andererseits können diese Schriften nicht losgelöst von ihrer Entstehungszeit betrachtet werden, die in einem weitaus konservativeren gesellschaftlichen Kontext in allen Bereichen, auch und vielleicht gerade im Recht, stattfand. Mit anderen Worten, was heute fast religiösen Texten gleicht, war damals in Rechtstexten üblich.

Was den Tatbestand des Glücksspiels selbst betrifft, so gibt es in der Tat einen moralischen Aspekt, der in der vorliegenden Arbeit nicht geleugnet wird. Dies ist im Übrigen der zentrale Punkt der Untersuchung, nämlich die negative Bewertung des Verhaltens, da das Glücksspiel im Allgemeinen mit Müßiggang, moralischer Erniedrigung und anderen menschlichen Lastern in Verbindung gebracht wird.

In der Tat. In einer aristotelischen Sichtweise würde das Glücksspiel nicht zu den Leidenschaften, sondern zu den menschlichen Lastern gezählt. Und so wie die Tugenden die Menschen gut machen würden, würden die Laster sie schlecht machen, denn nicht aufgrund der Affekte werden wir gut oder schlecht genannt, sondern aufgrund der Tugenden und Laster. Aufgrund der Tugenden und Laster werden wir gelobt oder getadelt.

Um auf die von Augustinus gestellte Frage zurückzukommen (was sind überhaupt Reiche, wenn die Gerechtigkeit fehlt, anders als große Räuberbande?), könnte eine ähnliche Frage in Bezug auf das Glücksspiel gestellt werden, nämlich: Wären es überhaupt legale Lotterien, die von dem Staat betrieben werden, andere als ein großer Veranstalter des Glücksspiels? Gäbe es dann ein Gerechtigkeitskriterium, das die eine von der anderen Tätigkeit unterscheiden könnte?

In der Tat ist es so, dass, wie bereits betont wurde, seit den Anfängen des Glücksspielverbots in Brasilien, d.h. seit Beginn des 20. Jahrhunderts - wenn auch viel weniger seit dem Ende dieses Jahrhunderts - die Argumente, die in der Diskussion über dieses Thema verwendet wurden, hauptsächlich mit religiösen Fragen verbunden waren. Das Glücksspiel

que vamos encontrar os ébrios, os vadios, os ociosos, os mendigos, os jogadores, os insensibilizados, os impostores, os petulantes, os desajustados, os débeis, os imitadores, os tarados, os incorrigíveis, os cruéis e toda essa corte de indivíduos que, pela sua vida e seus propósitos, constituem um perigo permanente para a sociedade”.

verstoße gegen die Werte einer jüdisch-christlichen Moral. Daher der notwendige, wenn auch kurze Hinweis auf die Gedanken des heiligen Augustinus.

Die Dichotomie von Gut und Böse steht hier jedoch nicht im Mittelpunkt des Interesses. Schließlich gibt es auch im aristotelischen Denken eine Reihe von Lastern, für die wir zensiert und als "böse" bezeichnet werden können. Das Glücksspiel ist nur eines davon.

Das Argument, dass diejenigen, die Glücksspiele spielen, dies aus Gründen wie Gier und Faulheit tun (Gewinn ohne Anstrengung), würde dazu führen, dass das Verhalten als unmoralisch eingestuft würde. Wie Kelsen bereits sagte, kann das Motiv eines Verhaltens jedoch nicht über dessen Sittlichkeit oder Unsittlichkeit entscheiden. Ein Verhalten darf nicht *per se* als unmoralisch angesehen werden, nur weil es aus einem egoistischen Motiv heraus praktiziert wird. Der Begriff der Sittlichkeit kann sich nicht auf die Norm beschränken, dass die Neigungen des Menschen unterdrückt werden müssen und seine selbstsüchtigen Interessen nicht verwirklicht werden dürfen.

Es gibt verschiedene Laster, die den Menschen befallen können, die uns dazu bringen können, sie "schlecht" zu nennen. Die zentrale Frage muss jedoch in eine Diskussion der praktischen Philosophie und nicht der Metaphysik eingebettet werden. Die Frage ist, ob es legitim wäre, wenn der Staat bis hin zur Kriminalisierung von Verhaltensweisen eingreifen würde, mit der Begründung, dass wir dadurch zu "schlechten" Menschen oder Sündern würden, oder auf der Grundlage einer absoluten Moral, die nicht auf Konsequenzen ausgerichtet ist. Oder wäre es andererseits für die Legitimität der Kriminalisierung notwendig, objektive Kriterien anzunehmen, wie etwa den Schutz eines relevanten Rechtsgutes oder das Vorliegen eines erheblichen Schadens, der anderen oder der Gemeinschaft zugefügt wurde? Dies ist die wichtigste Frage, die es zu beantworten gilt.

Kapitel 6

Legitimationsversuche des strafrechtlich sanktionierten Glücksspielverbotes

Gegenstand dieses Kapitels ist die Analyse des strafrechtlichen Glücksspielverbotes im Hinblick auf verschiedene mögliche Legitimationskriterien: Rechtsgutsprinzip, Schadensprinzip, Gefühlsschutztheorie, Sozialschädlichkeit und Paternalismus. Vorrangiges

Ziel ist es dabei, zu einer Antwort auf die Frage zu gelangen, inwieweit die umstrittene Strafnorm möglicherweise mit einer Legitimationsbegründung korreliert.

A. Legitimation mit dem Rechtsgutsprinzip

1. Zum Rechtsgutsbegriff

Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs und der Lehre vom Rechtsgüterschutz von Birnbaum, der den Begriff 1834 geprägt hat, über Feuerbach, Binding, Liszt und Honig bis zu Hassemer kann hier nicht dargestellt werden.³³⁰

Tatsächlich gehört die abstrakte Definition des Begriffs trotz einer gut 180jährigen Diskussion zu jenen Begriffen, die trotz vielfältiger Bemühungen noch weitgehend ungeklärt sind.³³¹

Nach H. Mayer handelt es sich um den „*Zustand der äußeren Lebenswirklichkeit*“. Maurach spricht von „*strafrechtlich geschützten Interessen*“. Callies, von „*Partizipationschancen in der Gesellschaft*“. Köller sieht ihn als „*Inbegriff einer auf ein besonderes Freiheitsdasein und dessen Existenzbedingungen bezogenen rechtlichen Verhaltensnormen*“ an. Jescheck und Weigend sprechen von „*rechtlich geschütztem abstraktem Wert der Sozialordnung*“ oder einem „*vergeistigten ideellen Wert*“ (so Baumann, Webber, Mitsch). Rudolphi versteht unter Rechtsgütern „*soziale Funktionseinheiten, ohne die unsere staatlich Gesellschaft in ihrer konkreten Ausprägung nicht lebensfähig ist*“.³³²

Nach Roxin sind unter Rechtsgütern „*alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind*“. Mit anderen Worten: Ein legitimes Rechtsgut ist das, was für die Gewährleistung eines friedlichen menschlichen Zusammenlebens unverzichtbar sei.³³³

1.1 Rechtsguts- und Interessensverletzung

Aus einer anderen Perspektive wird ein Verbrechen als Interessenverletzung betrachtet. Die Grundrechtslehre versteht es als eine abwehrrechtliche Schrankensystematik, und nach diesem Verständnis bedarf jede Verhaltensnorm einer Legitimationskontrolle, deren Maßstab nach der Verfassung das Gemeinwohlinteresse ist. „Man kann hier von einer Variante der

³³⁰ Amelung 1972, S. 15 ff.

³³¹ Rudolphi 1970, S. 151 ff.

³³² Roxin 2006, S. 14.

³³³ Roxin 2006, S. 16.

Rechtsgutslehre sprechen, da manche ihrer Vertreter die Rechtsgutsverletzung als Interessenverletzung deuten,,³³⁴

Es lässt sich feststellen, dass beide Deliktsbegriffe, der Deliktsbegriff als Interessenverletzung und der Deliktsbegriff als Rechtsgutsverletzung, in die gleiche Richtung weisen, nämlich in eine strafbarkeitsbegrenzende Richtung. Es lässt sich daher festhalten, dass ein modernes Verständnis des Begriffs der Rechtsgutsverletzung die zentrale Mindestvoraussetzung gesetzgeberischer Pönalisierung besser erfasst als das Abstellen auf die Notwendigkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts. Denn die Frage nach der Verletzung eines subjektiven Rechts hilft oft nicht weiter.

Die Bestimmung eines Interesses als Rechtsgut ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Entscheidung, dieses Interesse mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen. Das heißt, die Bestimmung eines Interesses als Rechtsgut ist das Ergebnis einer vorgenommenen Prüfung und einer sich daran anschließenden Bewertung dieses Interesses. Damit ist aber noch keine hinreichende Grundlage für die Schaffung einer strafbewehrten Norm zum Schutz dieses Gutes gegeben.³³⁵ Zu Recht weist Kinzig darauf hin, dass das Abstellen auf ein "schutzwürdiges" Interesse nicht erkennen lässt, welche Interessen aus welchen Gründen schutzwürdig sind. Gerade das sei aber für einen gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff entscheidend.³³⁶

1.2 Systemimmanente Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs

Bevor auf die Frage eingegangen wird, welches Rechtsgut in der umstrittenen Bestimmung des Glücksspielverbotes allenfalls enthalten ist, muss aus methodischen Gründen vorangestellt werden, dass es für diese Untersuchung von besonderem Interesse ist, den Rechtsgutsbegriff innerhalb der zeitgenössischen Strafrechtsdogmatik zu erörtern, wobei im Hinblick auf die Rechtsgutslehre deren Konzeption vor allem unter kriminalpolitischen Aspekten untersucht wird.

Der Rechtsgutsansatz hat zweifellos dogmatische Bedeutung, etwa als Systematisierungsleistung im Strafrecht, dessen Leitprinzip die Einteilung der Straftatbestände nach dem jeweils verletzten Rechtsgut ist. In diesem Sinne hat der in der Weimarer Zeit entwickelte methodische Rechtsgutsbegriff das Rechtsgut auf diesen Gesetzeszweck reduziert

³³⁴ Roxin 2010, S. 573 ff.

³³⁵ Vgl. Stächelin 1998, S. 44.

³³⁶ Roxin 2010, S. 573 ff..

und dem Rechtsgutsbegriff keine strafbegrenzende Funktion zuerkannt. „Seine Bedeutung wird auf eine Funktion als Auslegung der Tatbestände beschränkt.“³³⁷

In der methodologischen Schule finden sich solche Überlegungen, wonach die Leistung des Rechtsgutsbegriffs auf die Auslegung bestehender Vorschriften reduziert wird, z.B. bei: Honig, Grünhut und Schwinge.³³⁸ Eine solche Funktion des Rechtsguts wird auch von den Vertretern der systemkritischen Konzeption des Rechtsgutsbegriffs nicht geleugnet. Diese Auffassung erfasst jedoch nur einen Teil des Phänomens.

Ein Problem der Vertreter des gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs besteht darin, dass einige ihrer Gegner diesen Begriff mit dem so genannten Gesetzeszweck gleichsetzen, wie dies die Vertreter eines methodischen Rechtsgutsbegriffs tun. Nach dieser Auffassung genüge es, den Gesetzeszweck zu identifizieren, um das entsprechende Rechtsgut zu finden.

Das Kapitel des brasilianischen Gesetzes, das das Glücksspielverbot regelt, trägt den Titel *Vergehen gegen die Sittenpolizei*. Der Titel, den der Gesetzgeber einem bestimmten Kapitel gegeben hat, dient der Lehre und der Rechtsprechung als Parameter, um das Rechtsgut zu identifizieren, das die Strafnorm schützen will. Bei dieser Betrachtung gewinnt die systematische Funktion des Rechtsgutbegriffs als nützliches Instrument für die Auslegung der Norm, ausgehend von der bloßen Stellung des Straftatbestandes, an Bedeutung.

Das Verständnis des Rechtsgutbegriffs als Auslegungshilfe ist eine seiner dogmatischen Funktionen und dient dazu, die Beschreibungs- und Auslegungsebene des positiven Rechts nicht zu verlassen.³³⁹

Auf eine solche Funktion des Rechtsgutbegriffs könnte man sich beschränken, wenn die Summe der in das Strafrecht aufgenommenen Schutzobjekte einem idealtypischen Katalog strafrechtlicher Schutzobjekte entspräche. Deutlich wird dieser Gedanke bei Hassemer, der die Funktion des Rechtsguts als materiellen Substrakt einer Straftheorie bezeichnet.³⁴⁰

Zweifellos ist das geschützte Rechtsgut, wie es in der Norm bezeichnet wird, ein geeignetes Instrument für ihre Auslegung. Der Straftatbestand des Raubes mit Todesfolge im brasilianischen Strafgesetzbuch ist hierfür ein gutes Beispiel³⁴¹. Obwohl die Tat mit dem Tod endet, ist das entscheidende Motiv der Täter nicht die Tötung, sondern die Wegnahme einer

³³⁷ Vgl. Roxin 2010, S. 576.

³³⁸ Grünhut 1930, S. 1 ff.

³³⁹ Vgl. Stächelin 1998, S. 32.

³⁴⁰ Hassemer 1980, S. 16.

³⁴¹ „*Latrocinio*“ (Código Penal Brasileiro, Art. 157.)

beweglichen Sache. Deshalb wird der Tatbestand als Straftat gegen Vermögen, nicht gegen das Leben, eingestuft.

Diese systematische Funktion des Rechtsgutbegriffs als Auslegungshilfe war gerade eine der Grundlagen für die Entscheidung des brasilianischen Bundesverfassungsgerichts³⁴², wonach sich die sachliche Zuständigkeit des Gerichts in Fällen des Raubes mit Todesfolge nach dem geschützten Rechtsgut selbst bestimmt hat.³⁴³

2. Die Forderung eines *schutzwürdigen* Rechtsguts als Voraussetzung für die Legitimität der Norm.

Die Entwicklung der Rechtsgutslehre knüpft an die Aufgabe des Strafrechts an, Rechtsgüter zu schützen.³⁴⁴ Dieser Gedanke entspricht nicht nur der herrschenden Meinung in der strafrechtlichen Literatur, sondern ist auch die Position des Bundesverfassungsgerichts, wobei neben dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt.³⁴⁵

So setzt die Überprüfung einer Strafvorschrift im Sinne der Erfüllung der Aufgabe des Strafrechts voraus, dass sich ein geschütztes Rechtsgut eindeutig aus dieser Norm ableiten lässt, das also nicht unbestimmt, sondern klar sein muss. Je unbestimmter also der Rechtsgutbegriff ist und je mehr Gegenstände er umfasst, desto weniger lässt sich die Frage beantworten, ob das Strafrecht seine präventiven Aufgaben erfüllt.

Leben, körperliche Unversehrtheit und Eigentum sind elementare Güter, Werte oder Interessen (ich nenne sie im Folgenden einfach Güter), die in verschiedenen Rechtsordnungen eine gemeinsame Grundlage bilden. Diese Interessen sind strafrechtlich zu schützen, d.h. ihre Verletzung ist als Straftat zu qualifizieren, weil sie zum Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes gehören und für die Gewährleistung eines sozialfriedlichen Zusammenlebens unverzichtbar sind. Es erscheint dann unbestreitbar, dass es sich bei solchen Straftaten um ein strafwürdiges Rechtsgut handelt, das unverzichtbar ist, weil ohne es ein friedliches menschliches Zusammenleben nicht möglich wäre, wenn Handlungen wie Tötung, Körperverletzung, Diebstahl und Betrug nicht als Straftaten verboten wären.

Der strafrechtliche Schutz dieser Güter ist hinreichend gerechtfertigt. Ohne diesen Schutz wäre das friedliche Zusammenleben in der Gesellschaft ernsthaft gefährdet. Es würde

³⁴² Supremo Tribunal Federal, Súmula Nr. 603.

³⁴³ Das heißt, die Zuständigkeit zu dem Strafverfahren und Urteilsverfahren gehört, in diesem Fall, zu einem allgemeinem Gericht, und nicht zu dem Geschworenengericht. Nach dem brasilianischen Grundgesetz ist ein Geschworenengericht zuständig nur für das Verfahren zur Verurteilung der Straftaten gegen das Leben.

³⁴⁴ Im Gegensatz dazu, sagte Welzel, dass die Aufgabe des Strafrechts nicht im Rechtsgüterschutz liege, sondern darin, die "*Geltung der positiven soziaethischen Werte (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum) zu sichern.*" (Roxin 2006, § 2.º, Rn. 105, S. 48).

³⁴⁵ Paulduro 1992, S. 432.

auch nicht ausreichen, dass die Verfassung das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit garantiert, dass das Bürgerliche Gesetzbuch und das Prozessrecht Rechtsinstrumente vorsehen, die dazu dienen, den verursachten Schaden dem Vermögen des Geschädigten oder seiner Familie zuzurechnen.

Eine der schwierigsten Fragen der Strafrechtsdogmatik ist die Frage, welches Verhalten unter Strafe gestellt werden soll. Diese Frage, wie ein Verhalten beschaffen sein muss, damit der Staat es unter Strafe stellen darf, korrespondiert mit der Frage nach dem materiellen Verbrechensbegriff, also der Frage nach den materiellen Kriterien strafbaren Verhaltens. Der materielle Verbrechensbegriff hat den Anspruch, dem Gesetzgeber eine zumindest kriminalpolitische Orientierung zu geben, was er bestrafen darf und was nicht.

Die Grundkriterien des materiellen Verbrechensbegriffs gelten seit dem Ende des 18. Jahrhunderts als allgemeine Leitlinien für die Begrenzung des Strafrechts. “Der Einsatz der Strafe ist danach auf den Kreis jener Verhaltensweisen zu beschränken, die strafwürdig und strafbedürftig sind, und die deshalb – aus dieser Sicht – als Straftaten erklärt werden.”³⁴⁶

Eine weit verbreitete philosophische Auffassung des Verbrechens findet sich bei Hegel, der sagt, das Verbrechen sei “ der erste Zwang als Gewalt von dem Freien ausgeübt, welche das Dasein der Freiheit in seinem konkreten Sinn, das Recht als Recht, verletzt.”³⁴⁷ . Nach der einfachen Definition von Kargl ist jedes Verbrechen zumindest eine Pflichtverletzung.³⁴⁸ Eine materielle Definition des Verbrechens im Gesetz ist aber auch hier nicht zu erwarten. Auch wenn der Strafgesetzgeber dies versucht, d.h. eine Tatbestandsdefinition anbietet, wie dies z.B. in der ehemaligen DDR der Fall war, hilft dies nicht weiter.³⁴⁹

3. Systemkritische Konzeption des Rechtsgutsbegriffs

Im Zusammenhang mit dem materiellen Verbrechensbegriff steht die systemkritische Konzeption des Rechtsgutsbegriffs als eines der Maßstäbe der Legitimation einer Strafnorm. Ein solches Verständnis des strafrechtlichen Rechtsgutsprinzips als Kriminalisierungsschranke

³⁴⁶ Frisch, An den Grenzen des Strafrechts 1993, S. 69 ff.

³⁴⁷ Hegel (1821) 1970. In derselben Richtung Abegg: “Das Verbrechen überhaupt enthält einen Bruch des Rechts, einen Zwang, der gegen dasselbe ausgeübt wird, und unterscheidet sich dadurch von dem Unrecht in der Sphäre des Privatrechts. Näher aber auf das Freiheitsgebiet bezogen, äußert sich dieser Zwang entweder unmittelbar als Gewalt, vis, violentia, oder mittelbar als Betrug, dolus, fraus, falsum... Dieses sind die beiden Formen der verbrecherischen Handlungen im weiteren Sinne.” J. F. H. Abegg (Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung... in Arch. D. KrimR. 1835, S. 367 (391 f.)

³⁴⁸ Kargl 1995, S. 53

³⁴⁹ Im Gegenteil bestimmte das § 1 I StGB-DDR: “Straftaten sind schuldhaft begangene gesellschaftswidrige oder gesellschaftsgefährliche Handlungen (Tun oder Unterlassen), die nach dem Gesetz als Vergehen oder Verbrechen strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen”.

bedeutet jedoch nicht, dass es geeignet ist, dem Gesetzgeber Grenzen seiner Eingriffsbefugnisse zu setzen.

Da jedes strafrechtliche Gebot oder Verbot einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellt, bedarf dieser Eingriff einer allgemeinen und einer besonderen Rechtfertigung. Kern der Rechtfertigung eines Handlungsverbots ist das Rechtsgut. Der Begriff *Rechtsgut* bezeichnet die Objekte, zu deren Schutz strafrechtliche Sanktionen erforderlich und gerechtfertigt sind. Finde man solche Objekte, so sei damit ein erster Maßstab für Strafnormen gefunden.

Wie jede Form sozialer Kontrolle hat auch das Strafrecht Grenzen. Wäre dies nicht der Fall, so wäre der Bürger Opfer der Willkür des Staates. Auch wenn das Gesetzgebungsverfahren eingehalten wird, kann der Staat als Machtinhaber Fehler machen, unangemessen sanktionieren und überreagieren. „Eingriffsschranken zählen für soziale Sanktionen ihrerseits zum Bestand sozialen Normen.“³⁵⁰

Nicht nur der Strafrichter, sondern auch der Strafgesetzgeber stöß an die Schranken des formalisierten Strafrechts.³⁵¹

So sei der Strafgesetzgeber auf den Schutz wesentlicher Werte des Zusammenlebens beschränkt. Er darf nur solche Verhaltensweisen unter Strafe stellen, die ein Rechtsgut gefährden. Handlungen, die sich lediglich gegen die Moral, die gesellschaftlichen Wertvorstellungen oder die Interessen des Souveräns richten, müssten aus dem Straftatenkatalog ausgeklammert werden.³⁵²

Die vorgebrachten Postulate eines systemkritischen Rechtsgutsbegriffs sind zunächst als kriminalpolitische Leitlinien zu verstehen.³⁵³ Die Vorstellung, das Rechtsguts- und Rechtsgüterschutzprinzip könne den Strafgesetzgeber positiv leiten, wäre aber nicht nur strafrechtstraditionswidrig, sondern auch methodisch naiv. Dieses Prinzip gibt dem Gesetzgeber kein Gebot zur Kriminalisierung und Strafandrohung, sondern beinhaltet vielmehr ein Verbot der Kriminalisierung, wenn sich ein bestimmtes Rechtsgut nicht finden lässt.³⁵⁴ „Ob eine Strafvorschrift, die den hier geltenden Anforderungen nicht gerecht wird, nichtig ist, ist eine nicht leicht zu beantwortende verfassungsrechtliche Frage“, so Roxin.³⁵⁵ Um von einem

³⁵⁰ Vgl. Hassemer 2001, S. 399 ff.

³⁵¹ Vgl. Hassemer 2001, S. 399 ff.

³⁵² Vgl. Hassemer 1989, S. 553 ff.

³⁵³ „Die Verfechter eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs wenden sich also in erster Linie an den Gesetzgeber und stellen kriminalpolitische Postulate auf, ohne für ihre Vorschläge, die im Einzelfall auch differieren können, in allen Fällen verfassungsrechtliche Verbindlichkeit beanspruchen zu wollen“. Roxin 2010, S. 584/585.

³⁵⁴ Vgl. Hassemer 2003, S. ff. 57 (61).

³⁵⁵ Roxin 2006, § 2.º, Rn. 12, S. 18.

verfassungsrechtlichen Rechtsgutsbegriff sprechen zu können, muss dieser auf der Verfassung beruhen. Andernfalls wäre der Rechtsgutsbegriff nur ein unverbindlicher kriminalpolitischer Vorschlag.³⁵⁶

In der Tat gibt es eine Reihe von Autoren, die nicht nur im Hinblick auf den systemkritischen Rechtsgutsbegriff, sondern generell bei Versuchen, das materielle Strafrecht einzuschränken, zu Recht skeptisch sind, was den Grad der Konkretisierung angeht.³⁵⁷

Eine zentrale Frage der vorliegenden Untersuchung ist, ob es nicht positive Kriterien gibt, bestimmte Verhaltensweisen zu bestrafen und andere nicht. Dies ist auch die zentrale Frage, die sich im deutschsprachigen Raum einerseits für die Rechtsgutslehre stellt, wenn sie eine kritische und nicht nur eine systematisierende Lehre sein will.³⁵⁸

Fragt man nach der Begründung und Rechtfertigung, warum ein Verhalten - hier das Glücksspiel - im brasilianischen Rechtssystem als Schutzobjekt gewählt wurde, so ist dies eine Frage der systemkritischen Rechtsgutslehre. Sie dient als Grundlage für die Frage an den Gesetzgeber, warum er sich für einen bestimmten Schutzobjekt entschieden hat.

Gerade diese funktionskritische Bestimmung des Rechtsgutsbegriffs ermöglicht es, die Annahme zu überprüfen, inwieweit einem Tatbestand nur der Anschein eines Schutzobjektes oder *de facto* ein Schutzobjekt gegenübersteht. Dies ist die systemkritische Funktion des Rechtsgutsbegriffs.³⁵⁹

Im modernen europäischen Verfassungsstaat hat das Strafrecht die Aufgabe, als *ultima ratio* der Wahrung aller Grundrechte das friedliche und freie Zusammenleben seiner Bürger zu sichern. "Geht man von dieser Aufgabe aus, muss man als Rechtsgut alles das ansehen, was zur Erfüllung dieser Funktion unerlässlich ist".³⁶⁰ Die Prüfung, ob ein bestimmtes Verhalten zu den Voraussetzungen eines freiheitlichen und friedlichen Zusammenlebens in einer Gesellschaft gehört, ist allerdings nicht einfach. Hier stellt sich die Frage, ob ein gesetzeskritischer Rechtsgutsbegriff nur kriminalpolitische oder auch verfassungsrechtliche Relevanz hat. Dann stellt sich die Frage, zu welchen praktischen Konsequenzen ein solcher Rechtsgutsbegriff führt und inwieweit ein systemkritischer Rechtsgutsbegriff dem Gesetzgeber bei der Ausübung seiner Befugnisse Grenzen setzen kann.

³⁵⁶ Vgl. Hefendehl 2002, S. 23.

³⁵⁷ Dazu sagt Müller-Dietz: "Ob die Kernbereichsthese, die Unterscheidung von Bürger- und Feindstrafrecht, der Autonomiegedanke, das personale Verständnis des Rechtsgutsbegriff oder die Deutung des Strafrecht vom Opferschutz her bemüht werden – der Eindruck bleibt unnachweisbar, daß jeweils noch weitere, aus dem Ansatz nicht zwingend ableitbare Wertungen vorgenommen werden müssen, um die angestrebten Grenzziehungen zu ermöglichen". Müller-Dietz 1992, S. 95 ff.

³⁵⁸ Vgl. Seelmann 2003, S. 261

³⁵⁹ Vgl. Sternberg-Lieben 2003, (65), 65.

³⁶⁰ Vgl. Roxin 2010, S. 577.

Zum einen steht außer Frage, dass der Strafgesetzgeber nur an das Verfassungsrecht gebunden ist. „Der richtige Ansatz liegt in der Erkenntnis, dass die einzige dem Strafgesetzgeber vorgegebene Beschränkung in den Prinzipien der Verfassung liegt“³⁶¹. Er ist grundsätzlich frei, ein bestimmtes Rechtsgut mit den Mitteln der Strafe zu verteidigen. Andererseits darf der Inhalt des Strafrechts nicht ausschließlich dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen werden, so dass dieser alle möglichen Straftatbestände schaffen und sich jeder Legitimationskontrolle entziehen kann. Er hat zwar einen weiten, aber keinen unbegrenzten Beurteilungsspielraum.

Der folgende Abschnitt wird sich mit der Sicht einiger Verfassungsrechtler auf diese vermeintlich kritische Funktion des Rechtsgutsbegriffs befassen und dabei das gemeinsame Verständnis unter ihnen herausarbeiten, nicht im Sinne einer Bejahung oder Verneinung dieser Funktion, sondern im Sinne einer Verneinung der Verbindlichkeit, wenn sie mit der Verfassung nicht vereinbar ist.

3.1 Einwänden gegen das gesetzgebungskritischen Rechtsgüterschutzprinzip

3.1.1 Im verfassungsrechtlichen Bereich

In der Frage der Verbindlichkeit einschränkender Legitimationskriterien für die Tätigkeit des Strafgesetzgebers sind sich Verfassungsrechtler wie Lagodny, Appel, Paulduro und Stächelin einig, dass diese Frage nur im Bereich der Verfassung, also der Grundrechte, zu analysieren ist. Diese Autoren haben sich den verfassungsrechtlichen Schranken des Strafrechts erst spät zugewandt und sind dem BVerfG zunächst recht kritiklos gefolgt.³⁶²

Lagodny etwa bestreitet die Existenz eines dem Strafgesetzgeber vorgelagerten und ihn bindenden Rechtsgutsbegriffs und meint darüber hinaus, das materielle Strafrecht entziehe sich in geradezu genialer Weise einer verfassungsrechtlichen Kontrolle.

Die strafrechtliche Rechtsgutslehre in ihrer strafbegrenzenden Funktion habe im demokratischen Rechtsstaat ihre Bedeutung verloren. Ähnlich Stächelin: “Eine Rechtsgutstheorie setzt für sich genommen dem Gesetzgeber keine Grenzen”. Er weist darauf hin, dass Rechtsgüterbegriffe, die wie der Begriff der subjektiven Rechte die Freiheit des Gesetzgebers stark einschränken, vielleicht mit einer aufgeklärten Monarchie, nicht aber mit einem an Demokratie und Gewaltenteilung orientierten Rechtsstaatsverständnis vereinbar wären.³⁶³

³⁶¹ Vgl. Roxin 2006, S. 15.

³⁶² Vgl. Roxin 2006, S. 40.

³⁶³ Stächelin 1998, S. 45.

3.1.2 In der Strafrechtswissenschaft

Fünfundzwanzig bis dreißig Jahre nach der kontroversen Diskussion der Nachkriegszeit erklärten Autoren wie Amelung, Stratenwerth und Jakobs einen gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff für unmöglich und schon vom gedanklichen Ansatz her für verfehlt.³⁶⁴

Gegen einen systemkritischen Rechtsgutsbegriff wendet sich etwa Jakobs, der die Aufgabe des Strafrechts nicht im Rechtsgüterschutz, sondern in der Verhinderung eines Normgeltungsschadens sieht.³⁶⁵ In eine ähnliche Richtung geht Amelung, der einen Ansatz voraussetzt, der das gütererzeugende Werturteil inhaltlich ausfüllen soll. Amelung greift nicht nur auf den Rechtsgutsbegriff zurück, sondern - ähnlich wie Jakobs - auf die soziale Systemtheorie. Dieses Abstellen auf die Systemfunktionalität eines Verhaltens führe aber dazu, so Roxin, dass der Einzelne nicht um seiner selbst willen, sondern nur um der Gesellschaft willen geschützt werde, und zwar nur dann, wenn das soziale Gesamtsystem unbeeinträchtigt bleibe.³⁶⁶ Amelung will seine Konzeption durch die grundlegenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes (vor allem Art. 1. und 2. GG) begrenzen.³⁶⁷

Ähnlich sieht es Jescheck: Grenzen lassen sich nur aus dem Grundgesetz ableiten. Maßgebend sei die rechtspolitische Entscheidung, für die das Grundgesetz Vorgaben mache.³⁶⁸ Zipf spricht von einem materiellen Verbrechensbegriff ohne Rückgriff auf den Rechtsgutsbegriff. Der materielle Verbrechensbegriff sei durch die Verfassungsordnung und die Strafrechtstheorie vorgeprägt.³⁶⁹

Stratenwerth verwirft die Rechtsgutslehre und die gesellschaftstheoretischen Ansätze gleichermaßen. Zum einen wäre der Begriff des Rechtsguts nicht sehr eindeutig, zum anderen ist jede Gesellschaft durch bestimmte kulturelle Normen geprägt, die nicht unbedingt als Güter verstanden werden können. Schon aus diesem Grund kann das Dogma, dass „*Strafgesetze, die kein bestimmtes Rechtsgut schützen, seien illegitim*“, nicht aufrechterhalten werden.³⁷⁰ Wenn der Gedanke Hassemers zutreffe, dass die Kriminalisierung eines Verhaltens ohne ein zu schützendes Rechtsgut in gewisser Weise mit Staatsterror vergleichbar sei, dann, so Stratenwerth, haben wir gegenwärtig wohl einiges an solchem Terror zu erdulden.

³⁶⁴ Vgl. Roxin 2010, S. 573 ff.

³⁶⁵ Nach Sternberg-Lieben ist Aufgabe des Strafrechts "seinen Beitrag zur Sicherung personaler Entfaltungsvoraussetzungen zu leisten, Strafrecht also als Mittel, um als "*Ultima Ratio*" diejenigen Gegebenheiten zu schützen, die sich als Entfaltungsvoraussetzungen und Entfaltungsbedingungen darstellen". Vgl. Roxin 2010, S. 578.

³⁶⁶ Roxin 2006, S. 51.

³⁶⁷ Amelung 2003, S. 155 ff.

³⁶⁸ Roxin 2006, S. 47.

³⁶⁹ Roxin 2006, S. 48.

³⁷⁰ Stratenwerth 2006, 157 ff.

Stratenwerth spricht von einem Gemeinwesen, das den Bezugspunkt unserer gesellschaftlichen Identität bildet. “Deshalb, scheint es mir nicht wichtig, ob wir etwa den Tatbestand der Volksverhetzung auf individuelle Interessen zurückführen können. Wichtig ist aber, dass wir in einem Staat leben wollen, in dem Menschen nicht um ihres religiösen Bekenntnisses oder ihrer ethnischen Zugehörigkeit willen verfolgt und diskriminiert werden”.³⁷¹

Stratenwerth spricht in diesem Zusammenhang von einem Grundkonsens, die Legitimation der Norm unabhängig von einem systemkritischen Rechtsgutbegriff in Verfassung und Gesellschaft zu suchen. In ähnlicher Weise spricht Hefendehl von einer homogenen Überzeugung. “So ist natürlich unbestreitbar, dass eines der Kriterien, die den strafrechtlichen Schutz einer Norm wenn nicht sogar fordern, so doch legitimieren, in ihrer Zugehörigkeit zum verfassungsrechtlichen Grundkonsens besteht.”³⁷² Gegen Stratenwerths Idee wendet Roxin ein, dass auch gesellschaftstheoretische Ansätze allenfalls „hochabstrakte Hypothesen“ lieferten. “Kritische Maßstäbe für eine Definition des Verbrechens ergeben sich von ihnen auch nicht”.³⁷³

3.2 Relevanz der kritische Funktion des Rechtsgutbegriffs.

Mit der Unterscheidung der beiden Rechtsgutbegriffe wird zugleich eine grundlegende wissenschaftstheoretische Differenz sichtbar, nämlich die zwischen Theorie und Dogmatik. Eine systematisch orientierte Rechtsgutslehre fragt dogmatisch. Eine systemkritische Rechtsgutslehre hingegen fragt kriminalpolitisch, ob das vermeintliche Rechtsgut, das sich aus dem Gesetz ableiten lässt, überhaupt als strafwürdiges Rechtsgut angesehen werden kann.

Die Rechtsgutslehre sagt nicht, welche Rechtsgutsverletzungen mit den Mitteln des Strafrechts verhindert werden sollen, sondern welche Verhaltensweisen mangels Rechtsgutsverletzung nicht bestraft werden sollen. Klar ist aber, dass die einzige Instanz, die über dem Strafgesetzgeber steht, die Verfassung ist. Auf sie muss sich eine Eingriffsschranke zurückführen lassen, wenn sie mehr sein soll als eine persönliche Meinungsäußerung. “Wir können dem Gesetzgeber nicht Grenzen setzen mit der Begründung, dass dies unseren eigenen kriminalpolitischen Vorstellungen entspreche”.³⁷⁴ Diese Entscheidung trifft zwar der Gesetzgeber, weil sie in seinem Gestaltungsspielraum liegt. Zwischen der Anerkennung dieses

³⁷¹ Stratenwerth 2006, S. 256.

³⁷² Stratenwerth 2006, S. 258.

³⁷³ Roxin 2006, S. 52.

³⁷⁴ Roxin 2010, S. 573 ff.

Entscheidungsspielraums und einem systemkritischen Rechtsgüterbegriff besteht aber kein Widerspruch. Vielmehr ist beides miteinander vereinbar.³⁷⁵

Roxin nennt als Beispiel die Störung einer Totenfeier (§ 167a StGB), bei der man lange darüber streiten kann, ob es sich um die Verletzung eines subjektiven Rechts handelt. Auf der Grundlage der Rechtsgutsverletzungstheorie in ihrem modernen Verständnis als Gesellschaftsvertrag (und nicht mehr im Verständnis von Birnbaum) wäre hier zu fragen, ob die Gewährleistung einer würdigen Bestattungsfeier eine Voraussetzung für ein friedliches und freies Zusammenleben ist.

Die Rechtfertigung eines gesetzgebungskritischen Rechtsgüterschutzprinzips wäre im Grundgedanken einer aus der Idee des Gesellschaftsvertrages abgeleiteten Strafrechtsbegrenzung zu finden. Diese Idee des Gesellschaftsvertrages müsse in der heutigen Zeit des geltenden Verfassungsrechts ihre maximale Wirkungskraft entfalten. In diesem Sinn spricht Wohlers von dem Interesse der Gesellschaftsmitglieder “an der Gewährleistung der für die Entfaltung ihrer individuellen Freiheit notwendigen Grundvoraussetzungen”.³⁷⁶

Ich gehe von einer Konzeption der Rechtsgutslehre aus, nach der (a) nicht jedes Rechtsgut strafrechtlichen Schutz genießen muss; (b) es nicht ausreicht, dass irgendein Rechtsgut im Tatbestand enthalten ist. Für die Legitimität einer Strafnorm ist es erforderlich, dass es sich um eine Regelung handelt, die ein strafrechtlich schutzwürdiges Rechtsgut enthält.

Das Vorliegen eines strafrechtlich schutzwürdigen Rechtsgutes, zumindest eines Individualrechtsgutes, ist bei der angefochtenen Glücksspielbestimmung zweifelhaft und fraglich.

Im Folgenden geht es um die Angemessenheit von Strafvorschriften zum Schutz sog. kollektiver Rechtsgüter, insbesondere im Hinblick auf die Tendenz des Gesetzgebers, vermeintlich abweichendes Verhalten gegen universelle Rechtsgüter zu kriminalisieren.

4. Schützt die Strafvorschrift des Glücksspielverbotes irgendwelches kollektives Rechtsgut?

Um ein friedliches menschliches Zusammenleben zu gewährleisten, bilden elementare Güter wie Leben, körperliche Unversehrtheit und Eigentum in verschiedenen Rechtsordnungen eine gemeinsame Grundlage, da sie zum Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes gehören. Die

³⁷⁵ “Nicht selten wird die Brauchbarkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs mit dem Argument bestritten, die Vorstellung über das was bestraft werden müsse, sei historisch und kulturell so unterschiedlich, dass sie sich durch einen einheitlichen Rechtsgutsbegriff nicht erfassen lassen könne. Tatsächlich lehrt die Strafrechtsgeschichte, dass in vergangenen Jahrhunderten viele Verhaltensweisen strafbar waren, deren Penalisierung heute absurd und unverständlich erscheint, so wie umgekehrt heute manches strafbar ist, was früher weithin straflos war.” Vgl. Roxin 2010, S. 573 ff.

³⁷⁶ Wohlers 2006, S. 54 ff..

Legitimität entsprechender strafrechtlicher Regelungen wird quasi als selbstverständlich vorausgesetzt und nicht hinterfragt, da sie unabhängig von der jeweiligen Theorie immer gerechtfertigt sind. Sie bilden den Ausgangspunkt jeder Definition, sei es nach der Rechtsverletzungstheorie von Feuerbach, der Güterverletzungstheorie von Birnbaum, dem modernen Rechtsgutsbegriff, dem Schadensprinzip oder der Normgeltung. Allen diesen Theorien gelingt es - ohne große Mühe - die gewünschte Rechtfertigung zu liefern, obwohl sie von unterschiedlichen Ansätzen ausgehen.

Allein der strafrechtliche Schutz dieser Güter schließt aber die Rechtfertigungsbedürftigkeit zahlreicher anderer Strafnormen nicht aus, die dem Schutz anderer Rechtsgüter dienen, die ebenfalls für ein friedliches Zusammenleben der Bürger erforderlich sind.

Das Glücksspielverbot gehört zu einem Typus von Straftatbeständen, die nicht ein bestimmtes Rechtsgut schützen sollen, sondern solche Rechtsgüter, die sich ins Allgemeine und Diffuse verflüchtigen:

Charakteristisch dafür sind jene Universalrechtsgüter, die – wie z.B. der öffentliche Friede oder das Friedensgefühl der Bevölkerung, sich – im Vergleich zum „klassischen“ Rechtsgüterkanon – durch eine bemerkenswerte inhaltliche Unbestimmtheit auszeichnen. Was da gegenständlich durch die inkriminierten Verhaltensweisen im Einzelfall beeinträchtigt wird (oder bedroht erscheint), bleibt nicht selten vage und unklar.³⁷⁷

Tatsächlich sind in der Literatur eine Reihe von Beispielen für Tatbestände angeführt worden, die im Hinblick auf ein legitimierendes Rechtsgut problematisch erscheinen, insbesondere Vorschriften, die die Verletzung bloßer Wertvorstellungen unter Strafe stellen. Mit Blick auf die Rechtsprechung zur AIDS-Problematik wird eine gegenläufige Tendenz wahrgenommen: “Es gehört zu den befremdlichsten Entwicklung der gegenwärtigen Rechtspolitik, daß Forderungen auf dem Gebiete der sozialen Moral unmittelbar in Forderungen an das Strafrecht umgewandelt werden.”³⁷⁸

Die Kategorie der kollektiven Rechtsgüter stellt eine große Herausforderung dar, um das Problem ihrer Legitimation zu lösen. Im Zentrum dieser Analyse steht der strafrechtliche Schutz kollektiver Rechtsgüter als Form einer Pönalisierung, die im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung eingeordnet werden kann. Die Existenz von Tatbeständen, deren geschütztes Rechtsgut überindividuell (oder kollektiv) ist, ist zwar kein neues Phänomen,

³⁷⁷ Müller-Dietz 1992, S. 95 ff.

³⁷⁸ Vgl. Müller-Dietz 1992, S. 95 ff.

erklärt aber zunehmend die Entstehung dieser Deliktsform in verschiedenen Rechtsordnungen als Teil der Bekämpfung der sogenannten *modernen Kriminalität*.

Die Gründe und Folgen dieses Phänomens sind Gegenstand der Kriminologie, der Kriminalpolitik und der Rechtsgutstheorien. Dabei geht es unter anderem um symbolisches Strafrecht. Präventives und symbolisches Strafrecht sind Begriffe, die in dem Sinne zusammenhängen, dass sich nach Prittwitz präventives Strafrecht immer häufiger als bloßes symbolisches Strafrecht erweist. Insofern lassen sich beide Begriffe nicht auf die „Funktionen“ des Strafrechts beschränken.³⁷⁹

In der deutschen Rechtsordnung sei festzustellen, dass latente und symbolische Funktionen des Rechts weit verbreitet seien und eine große Rolle spielen. Dies gelte insbesondere für das Wirtschaftsrecht, aber auch für das Strafrecht. Diese sogenannte „*Praxis der kollektiven Rechtsgüter*“ sei nichts anderes als eine Kriminalisierung im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen, die vor allem präventiven Zwecken diene. Das Strafrecht wird nicht mehr als ein System der Kontrolle bereits begangener Straftaten verstanden, sondern als ein System der präventiven Gefahrenerkennung und -kontrolle.

Der Versuch, den Vorfeldschutz als rationalen Begriff zu verstehen, distanziert ihn von einer Annäherung an die Kategorie der Gefährdungsdelikte, wie sie Hefendehl vorschlägt, aber dies ist nicht einfach. Schließlich ist nicht unbekannt, dass der Rechtsgutsbegriff in der strafrechtlichen Literatur zunehmend kritisiert wird, vor allem wenn es um Universalrechtsgüter und abstrakte Gefährdungsdelikte oder insbesondere um die Kombination beider geht. Ebenso ist unklar, was mit dem Begriff des Vorfeldschutzes und dem von Hefendehl so genannten „unmittelbaren Rechtsgut“ gemeint ist. Nur eine eingehende Analyse dieser beiden Begriffe könnte ihren Unterschied erklären.

Für die vorliegende Untersuchung ist es im Hinblick auf die kollektiven Rechtsgüter wesentlich, den Aspekt der Vorfeldkriminalisierung näher zu betrachten, insbesondere die Fälle der Friedensschutzdelikte. Unter Vorfeldkriminalisierung ist hier zu verstehen, dass zur Rechtfertigung einer Strafvorschrift ein möglicherweise vorhandenes Rechtsgut herangezogen wird, das überhaupt nicht unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn nachträgliche Rechtfertigungsgründe gesucht werden, die stets ungenau und vage sind und sich weder unmittelbar noch zwingend aus dem abweichenden Verhalten ableiten lassen.

³⁷⁹ Prittwitz 1993, S. 240.

Das brasilianische Glücksspielverbot kann als ein Fall von *Kriminalisierung im Vorfeld* betrachtet werden. Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, in das der Straftatbestand eingefügt wurde (*Straftaten gegen die Sittenpolizei*), geht hervor, dass das Rechtsgut, das durch das Gesetz geschützt werden soll, zwar nicht eindeutig bestimmt werden kann, aber zumindest kein Zweifel daran besteht, dass es sich um ein Rechtsgut abstrakter und kollektiver Art handelt (siehe oben, Kapitel 3, D, Nr. 1). Es lohnt sich daher, diese Art von Straftaten im Vergleich zu den Straftaten des deutschen Strafrechts, die auf den Schutz des Rechtsguts "*öffentlicher Friede*" abzielen, wie z.B. die Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit, zu analysieren, da die Gründe für ihre vermeintliche Legitimation ähnlich sind. Hier stellt sich die Frage, ob die vom Delikt betroffene Handlung geeignet ist, friedensrelevante Störungen des gesellschaftlichen Lebens hervorzurufen. Mit anderen Worten, ob das strafrechtliche Glücksspielverbot tatsächlich erforderlich ist, um das friedliche Zusammenleben wirksam zu schützen.

4.1 Vergleichender Blick auf die Friedensschutzdelikte.

Es gibt Verhaltensnormen, die sich nicht ohne weiteres legitimieren lassen. Diese Schwierigkeit rechtfertigt es aber nicht, einfach zu sagen, solche Delikte sollten oder müssten aus dem Katalog des Strafrechts fern bleiben. Selbst wenn man bei diesen in ihrer Legitimation problematischen Delikten nur kriminalpolitische Rechtsleitlinien durchsetzen will, ist dies kein Grund, sie für verfassungswidrig zu erklären.

In diesem Abschnitt geht es um Straftatbestände, bei denen nicht die materielle Beeinträchtigung (wie bei der Körperverletzung), sondern die immaterielle Beeinträchtigung im Vordergrund steht, wie u.a. § 126 (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten), § 129 (Bildung krimineller Vereinigungen) und § 166 (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen). Letztlich soll ein Vergleich mit dem umstrittenen Fall des Glücksspiels gezogen werden.³⁸⁰

Hier geht es um eine bestimmte Konstellation von Delikten, die eine problematische Legitimation aufweisen - die sogenannten Friedensschutzdelikte, die in verschiedenen Abschnitten des deutschen Strafgesetzbuches angesiedelt sind. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alle diese Delikte den öffentlichen Frieden als ihr Rechtsgut haben.

³⁸⁰ Das brasilianische Strafgesetzbuch enthält ein Kapitel, das sich ausdrücklich auf Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden bezieht. In ihm sind vier Straftatbestände zusammengefasst, in den Arts. 286, 287, 288 und 288a - dies entspricht im deutschen StGB etwa den Delikten der Öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB) und der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB).

Einige dieser Delikte dienen dem Schutz anderer Rechtsgüter, die vom öffentlichen Frieden zu unterscheiden sind. Die Straftaten der §§ 167 a, 168 werden z.B. bei Maurach/Schroeder/Maiwald als Straftaten gegen die Pietät und die Familie angesehen. Diese Zuordnung hängt (auch) davon ab, von welchem Deliktsbegriff man ausgeht, denn unter den Friedensschutzdelikten gibt es auch solche, die als geschütztes Rechtsgut eine Variante des öffentlichen Friedens haben, etwa die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

Es ist daher zunächst zu klären, was unter dem Rechtsgut „öffentlicher Friede“ zu verstehen ist, um sodann einige konkrete Straftatbestände zu analysieren, die angeblich dem Schutz des öffentlichen Friedens dienen sollen.

4.1.1 *Öffentlicher Frieden* als ein Rechtsgut

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff des „öffentlichen Friedens“ nicht auf den Raum der betroffenen Person reduziert werden kann, da es sich um einen Zustand der Realität (Friedenszustand) handelt, der über die Summe der Einzelfriedenszuständen hinausgeht. Bei einigen dieser Straftaten kann es sogar keinen bestimmten Betroffenen geben, aber es muss sich zumindest um eine Gefährdung handeln, die abstrakt oder konkret sein kann.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass einige Autoren zwischen den Begriffen „öffentlicher Friede“ und „öffentliche Sicherheit“ unterscheiden. Der Begriff des „öffentlichen Friedens“ geht nach herrschender Meinung über den der „öffentlichen Sicherheit“ hinaus und beschreibt einen Zustand, der frei von Unsicherheit und Furcht ist.

Allen Friedensdelikten ist gemeinsam, dass sie eine Gefahr für die Allgemeinheit oder zumindest für eine Vielzahl von Menschen darstellen. Dies schließt zwar nicht aus, dass die Tathandlungen auch zu individuellen Beeinträchtigungen führen können, doch ergibt sich daraus in der Regel eine Gefährdung anderer.

Die Störung der „öffentlichen Sicherheit“ setzt stets die Gefahr der Schädigung von Personen oder Sachen voraus, während die „Störung des öffentlichen Friedens“ in der allgemeinen Gefahr von Unfrieden, z.B. auch nur von Meinungsverschiedenheiten, besteht. Als Beispiel dient § 166 StGB, weil die Tat für sich genommen eine Gefahr für das weltanschauliche Bekenntnis anderer darstellt.

Diese Unterscheidung wird aber in der Praxis kaum konkretisiert, da man insoweit von einem *subjektiven Sicherheitsgefühl* spricht, das gleichermaßen zur Bezeichnung des *öffentlichen Friedens* wie der *öffentlichen Sicherheit* dient, insbesondere dann, wenn das einzelne Opfer nur zufälliges Objekt von Gewalttaten oder Repräsentant einer bestimmten Gruppe ist.

Stein/Rudolphi sprechen von der öffentlichen Sicherheit als Kernbereich des öffentlichen Friedens und unterscheiden zwischen der sog. objektiven öffentlichen Sicherheit als einem bestimmten gesellschaftlichen Zustand, der gestört ist, wenn eine unbestimmte Vielzahl von Personen rechtswidrige Angriffe auf individuelle Rechtsgüter befürchten, und der subjektiven öffentlichen Sicherheit, wenn ein großer Teil der Bevölkerung solche Angriffe befürchtet.

Hörnle fasst diese Konzeption zusammen und definiert den öffentlichen Frieden allgemein als den Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit sowie das durch das Vertrauen in die allgemeine Rechtssicherheit begründete Gefühl der Sicherheit in der Bevölkerung.

Nach Hefendehl bezeichnet der öffentliche Friede das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer eines frei von Furcht verlaufenden Zusammenlebens der Bürger. Als Voraussetzung der Friedensschutzdelikte müsse, so Hefendehl, die Tathandlung in der Öffentlichkeit kommunizieren. Straftatbestände mit tatbestandlichen Handlungsumschreibung, die den Kontakt zur Öffentlichkeit nicht voraussetzen, lassen sich somit jedenfalls nicht als Friedensschutzdelikte legitimieren.

Was den öffentlichen Frieden in seinem kollektiven Aspekt im engeren Sinne betrifft, besteht kein Konsens. Hefendehl etwa sieht für die spezielle Kategorie der Friedensschutzdelikte kein vorliegendes kollektives Rechtsgut. Der Gedanke, dass ein Friedensschutzdelikt eine *öffentlich kommunizierte Tathandlung* zur Grundlage haben müsse, sei für sich genommen nicht geeignet, eine Rechtsgutsrelevanz der Handlung positiv zu begründen. Dies reiche nicht aus, um diesen Straftaten einen kollektiven Charakter zuzuschreiben. Es diene lediglich dazu, sie von der Kategorie des bloßen subjektiven Gefühlsschutzes abzugrenzen. Aus diesem Grund, so Hefendehl, enthalte der Begriff des öffentlichen Friedens keine tatbestandslegitimierende, sondern eine tatbestandsbegrenzende Funktion.

Neben dieser öffentlich kommunizierten Tathandlung müsse ein hinreichend konkretes überindividuelles Vertrauensgegenstand vorliegen, um ein kollektives Rechtsgut zu begründen.

Dies ist - abgesehen von den Tatbeständen, die auch die öffentliche Sicherheit schützen sollen, wie z.B. die §§ 125, 129 und 129a StGB - der öffentliche Friede (nicht der innere Seelenfriede). Zwar kann man auch vom „Frieden des Individuums selbst“ sprechen, doch ist dies kein Anwendungsbereich des Strafrechts, da es nicht dazu bestimmt ist, die Gefühle des Individuums zu schützen.

Zum Beispiel bei § 166 StGB, der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse, die zwar eine Person betreffen kann, aber nur dann rechtlich relevant ist, wenn die Beschimpfung in

Gegenwart anderer Personen erfolgt. Zwar sei der grundlegende Ansatz der Gefühlsschutztheorie zutreffend, die Wirkung der Bekenntnisbeschimpfung unmittelbar bei der Person zu suchen, er verkenne aber, daß sich diese Person gerade erst im Verhältnis zu anderen konstituiere.

Ferner weist Hefendehl darauf hin, dass a)- die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens nicht die Möglichkeit öffentlicher Unfriedens voraussetze; und dass b) aus der Störung des Friedens durch eine unbestimmte Vielzahl von Individuen keine „realistischen Kumulationseffekte“ resultierten.

Realistische Kumulationseffekte bei Individualrechtsgütern seien z.B. beim Betrug mit Falschgeld gegeben. Bei Delikten, die ein kollektives Rechtsgut wie den „öffentlichen Frieden“ schützen könnten, könne dies jedoch nicht festgestellt werden. Denn der „öffentliche Friede“ erfüllt diese Voraussetzung nicht und kann daher nicht als kollektives Rechtsgut angesehen werden.

Die Friedensschutzdelikte erfüllen dieses Erfordernis nicht, weil sie - wie Hefendehl betont - individualistisch strukturiert sind und deshalb keine Kumulation, keine Ausstrahlungswirkung erfordern.

Geht man - wie hier - davon aus, dass der „öffentliche Friede“ als kollektives Rechtsgut qualifiziert werden kann, so können sie und andere Delikte, die etwa dem Schutz des inneren, sozialen Friedens dienen, durchaus als Gefährdungsdelikte erfasst werden. Voraussetzung ist, dass es sich um einen Zustand des Friedens handelt, der als eigenständiges kollektives Rechtsgut strafrechtlichen Schutz genießen kann.

Genau dies ist bei § 129 StGB der Fall. Nach Lenckner/Sternberg-Lieben ist das geschützte Rechtsgut der öffentliche Friede. Man könne auch die „innere Sicherheit“ als geschütztes Rechtsgut nennen, denn innere Sicherheit sei nichts anderes als die Sicherheit vor der Begehung von Straftaten.

Demgegenüber sprechen Maurach/Schroeder zu Recht von der Verhinderung von Straftaten als geschütztem Rechtsgut im Falle des § 129. Ähnlich verhält es sich ihrer Ansicht nach mit dem Rechtsgut der §§ 130a und 131 und den damit verbundenen Zwecken des Strafrechts. Die Besonderheit dieser Straftatbestände liege darin, dass sie nicht unmittelbar auf den Schutz von Rechtsgütern gerichtet seien, sondern die Durchsetzung der auf den unmittelbaren Schutz von Rechtsgütern gerichteten Straftatbestände sichern und verstärken sollen.

4.1.2 Vergleichung mit einigen Tatbestände aus dem deutschen StGB.

Fest steht, dass der „öffentliche Friede“ ein Rechtsgut von hoher Unbestimmtheit ist. Einer Störung dieses scheinbar kollektiven Rechtsguts will der Gesetzgeber durch Strafandrohungen vorbeugen. Im Folgenden sollen einige dieser Straftatbestände unter besonderer Berücksichtigung des ihnen vermeintlich zugrunde liegenden Rechtsguts behandelt werden.

Von besonderem Interesse für die vorliegende Untersuchung ist, dass einige der im Strafgesetzbuch vorgesehenen Delikte als Vorschriften bezeichnet werden, die dem Schutz des innergesellschaftlichen, öffentlichen Friedens dienen sollen.

Dies gilt unter anderem für folgende Delikte: § 111 (Öffentliche Aufforderung zu Straftaten), § 124 (Schwerer Hausfriedensbruch), § 125 (Landfriedensbruch), § 126 (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten), § 130 (Volksverhetzung), § 130a (Anleitung zu Straftaten) und § 131 (Gewaltdarstellung).

Maurach zählt die §§ 167a, 168 und 130a nicht zu den Friedensschutzdelikten. Das Delikt des § 130a bezeichnet er ebenso wie die §§ 111, 129, 129 a, 129 b, e 131 als Straftaten gegen die Durchsetzung des Strafrechts.

Bereits die Gründung einer kriminellen Vereinigung stellt eine Gefahr für das friedliche Zusammenleben der Bürger dar, auch wenn sie noch geheim ist und noch keine Straftaten begangen wurden.

Wie bereits ausgeführt, wird hier davon ausgegangen, dass es sich bei § 129 um ein Gefährdungsdelikt handelt. Die potenzielle Gefahr besteht bereits in der Gründung der kriminellen Vereinigung, ohne dass es darauf ankommt, dass sie in Erscheinung tritt oder von ihren Mitgliedern Straftaten begangen werden. Bereits im Vorbereitungsstadium besteht eine erhöhte Gefährlichkeit.

Auch das Delikt des § 127 gehöre zum Bereich der Friedensstörungsdelikte. Geschütztes Rechtsgut sei der öffentliche Friede, also das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit. Es handele sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

Auch § 130a (Anleitung zu Straftaten) beschreibt nach Rudolphi ein abstraktes Gefährdungsdelikt in zweierlei Hinsicht: erstens die Rechtsgüter der unmittelbar Betroffenen, zweitens die Störung des öffentlichen Friedens anderer.

Der Tatbestand des § 111 stehe an der Schwelle zwischen den jeweiligen Rechtsgütern der Straftaten und dem Angriff auf die rechtstreue Gesinnung der Bevölkerung. Andere Autoren wie Dreher nennen den *inneren Frieden* oder das *Sicherheitsgefühl der Bevölkerung* als geschütztes Rechtsgut. Nach Wohlers zielt die Vorschrift nur auf einen mittelbaren

Rechtsgüterschutz und nicht auf den inneren Gemeinschaftsfrieden. Zur Rechtfertigung dieser Strafvorschrift auf die Gefahr der Massenkriminalität und die Unkontrollierbarkeit der entfesselten Kräfte abzustellen, sei jedoch argumentativ verfehlt.

Im Falle des § 124 (schwerer Hausfriedensbruch) argumentieren Stein/Rudolphi gegen die h.M., dass hier nicht die Gefährdung des öffentlichen Friedens oder der öffentlichen Sicherheit als geschütztes Rechtsgut zu erkennen sei, sondern die objektive Sicherheit der in den Räumen befindlichen Personen und Sachen.

Dabei müsse die „öffentliche Sicherheit“ durch die Gewalttätigkeiten gefährdet sein. „Öffentliche Sicherheit“ ist nach Stein/Rudolphi der Zustand relativer Freiheit aller Bürger von Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum durch rechtswidrige Angriffe anderer sowie das Vertrauen der Bevölkerung in den Bestand dieser relativen Freiheit von Gefahren.

Der Landfriedensbruch (§ 125) sei ein klassisches Beispiel für ein Friedensverletzungsdelikt (konkretes Gefährdungsdelikt), bei dem jedoch das geschützte Rechtsgut die öffentliche Sicherheit (und nicht der öffentliche Friede) sei. Es handele sich um ein kollektives und nicht um ein individuelles Rechtsgut. Selbst wenn eine Person Opfer der Gewalttat werde, sei sie nur Repräsentant einer bestimmten Personengruppe. Der Schutz des zufällig betroffenen Individuums stehe nur im Hintergrund.

In beiden Fällen, sowohl beim Hausfriedensbruch (§ 124) als auch beim Landfriedensbruch (§ 125), handelt es sich nach Maurach weder um Friedensdelikte noch um Kollektivrechtsgüter. Schutzgegenstände seien Individualrechtsgüter, wie z.B. das Schutzwaffen- und Vermummungsverbot (§§ 17 a, 27 Abs. 2 VersammlG).

Beim Vermummungsverbot (§§ 17 a, 27 Abs. 2 VersammlG) wird zur Rechtfertigung häufig auf eine besondere Gefährlichkeit der Vermummung abgestellt. Bei Vermummten selbst, wie auch bei anderen Teilnehmern, reichen jedoch bloße Gefährlichkeitsvermutungen für die Anwendung des Strafrechts nicht aus, weil Zweifel an der Erforderlichkeit des Straftatbestandes bestehen. Schließlich könne der Schutz dieses Rechtsgutes in gleicher Weise durch das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Polizeirecht gewährleistet werden.

Insoweit hält Hefendehl die Pönalisierung des bloßen Umstandes der Vermummung bei einer politischen Demonstration oder sonstigen Veranstaltung unter freiem Himmel für unverhältnismäßig. Dies gilt auch im Hinblick auf die Gefährlichkeit des Tragens von Schutzwaffen.

Die Sicherheit des Geldverkehrs gehöre, so Hefendehl, zu einer Sonderkonstellation von Kollektivrechtsgütern von Kollektivrechtsgütern, die sich nicht in die herkömmlichen Konstellationen einordnen lasse. Gleiches gelte für andere wie die Volksgesundheit im

Betäubungsmittel- und Lebensmittelstrafrecht, die Verkehrssicherheit und die öffentliche Sicherheit im Waffenrecht. In allen diesen Fällen handelt es sich um Mischformen zwischen Individual- und Kollektivrechtsgütern.

4.1.3 Andere Begründungen zur Legitimation der Friedensschutzdelikten

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass wir hier das vermeintliche Rechtsgut „öffentlicher Friede“ als Ausgangspunkt, aber zugleich nicht als einzig mögliche Grundlage des Verbots nehmen. Bei der Suche nach einem Rechtfertigungsgrund für solche Delikte, die sich auf den sozialen Frieden, die gesellschaftliche Ordnung und den öffentlichen Frieden beziehen, gibt es wichtige Überlegungen, die den Gedanken, dass jedes Delikt ein eigenes Rechtsgut haben muss, sinnvoll ergänzen.

Zunächst wurde bereits auf die Schwierigkeit hingewiesen, zu definieren, was unter *öffentlichem Frieden, öffentlicher- Ordnung und Sicherheit* zu verstehen ist. Eine zweite Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob diese Interessen und Werte zu strafrechtlich schützenswerten Rechtsgütern erhoben werden können, wenn man sie als notwendiges Element aller Straftatbestände ansieht.

Selbst wenn man diese beiden Fragen als hinreichend beantwortet ansieht, sind ergänzend weitere mögliche Kriterien für die Rechtfertigung solcher Straftaten zu berücksichtigen.

Es stellt sich auch die Frage, ob die hier untersuchten Delikte tatsächlich geeignet sind, den öffentlichen Frieden und die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang lässt sich auch die weitere Frage stellen, ob solche Straftatbestände zu diesem Zweck tatsächlich erforderlich sind.

Diese Überlegungen sprechen natürlich nicht gegen die Rechtfertigung solcher Delikte wie der Friedensschutzdelikte, die nicht notwendigerweise ein konkretes Rechtsgut betreffen. Dies schon deshalb nicht, weil zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt zu unterscheiden ist.

Die Bezugnahme auf den *öffentlichen Frieden* verdeckt wesentliche Unterschiede zwischen den strafrechtlichen Verboten, die nach h.M. als Friedensschutzdelikte eingestuft werden. Verwischt wird zum einen der Unterschied zwischen abstrakten Gefährdungsdelikten und Taten ohne Gefährdungspotential, zum anderen der Unterschied zwischen reinen Gefühlsschutzdelikten und Gefühlsschutzdelikten, die nicht ausschließlich dem Schutz von Gefühlen dienen, weil hinter den negativen Gefühlen bestimmte betroffene Rechte der Betroffenen stehen.

5. Zwischenergebnis

Es ist zunächst nicht zu bestreiten, dass die Rechtsgutslehre Schwierigkeiten hat, konkrete und eindeutige Kriterien für die Legitimation der Strafnorm anzugeben. Dabei lassen sich zunächst drei Aspekte unterscheiden:

Erstens ist der Wert einer solchen Theorie als kriminalpolitisches Instrument anzuerkennen, zumal sie im Laufe der Geschichte bereits zur Veränderung des Strafrechts beigetragen hat. Ein Beispiel dafür ist die Reform der Sexualdelikte in Deutschland, bei der homosexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen aus dem Katalog der Straftatbestände gestrichen wurden. Es kann aber auch als sicher gelten, dass das Ausmaß und der Einfluss dieses Beitrags unter- oder überschätzt werden, je nach den Überzeugungen der Beobachter vom Wert dieser Theorie.

Zweitens muss die dogmatische Wirksamkeit des systemkritischen Rechtsgutsbegriffs, wie jede Theorie, die versucht, der Tätigkeit des Strafgesetzgebers Grenzen zu setzen, ihre Grundlage in der Verfassung haben.

Gegen die Kritik, der systemkritische Rechtsgutsbegriff leide an Unschärfe und Abstraktionsüberhang, lässt sich drittens einwenden, dass man, wenn man ohne Rückgriff auf den Rechtsgutsbegriff in der Verfassung selbst und nur dort nach Kriterien für die Legitimation einer Strafnorm sucht, den Schwierigkeiten, diese Kriterien und ihren Stellenwert zu bestimmen, nicht ausweichen kann. Schließlich Die Verfassung selbst enthält eine Reihe von Gütern, die nicht immer klar und hinreichend sind, um dem Gesetzgeber eine Richtschnur dafür zu geben, welche Verhaltensweisen er unter Strafe stellen soll und welche nicht.

Aus dem Rechtsgutsbegriff ergeben sich zwar keine Patentlösungen für das Problem der Legitimation strafrechtlicher Tatbestände, aber doch recht konkrete Argumentationsleitlinien, die eine rationale Diskussion staatlicher Strafbedürfnisse ermöglichen und eine rechtsstaatswidrige Überdehnung pönalisierender Eingriffe verhindern helfen können.³⁸¹

Zur Legitimation strafrechtlicher Regelungen reicht das Rechtsgutskonzept nicht in jedem Fall aus, sondern es müssen für besondere Deliktsstrukturen (Vorbereitungs- und Gefährdungsdelikte) zusätzliche Strafbarkeitsbegrenzungen entwickelt werden.

Die Störung des öffentlichen Friedens gehört zur Kategorie der sog. Scheinrechtsgüter, die jedenfalls nicht geeignet sind, Strafvorschriften zu legitimieren. Scheinrechtsgüter sind Oberbegriffe, wie z.B. *“Volksgesundheit”* oder *“Leistungsfähigkeit des Versicherungssystems”*,

³⁸¹ Vgl. Roxin 2006, S 29.

die erst aus der Addition einzelner konkreter Rechtsgutsverletzungen abgeleitet werden können und deren Strafbarkeit begründen sollen, die sich nicht aus konkreten Verletzungshandlungen ableiten lässt.

Ausgehend von der Prämisse, dass der öffentliche Friede als geeignetes strafrechtliches Schutzobjekt angesehen werden kann, stellt sich die Frage, welche Elemente diese Delikte verbinden. Letztlich soll untersucht werden, ob auch die Glücksspielstrafnorm solche Elemente aufweist, ob also ihr Verbot das "friedliche Zusammenleben der Bürger" positiv beeinflussen kann.

Ungeachtet des gänzlich anderen Ansatzpunktes weist diese Art der "*Vorfeldkriminalisierung*" gewisse strukturelle Ähnlichkeiten mit den Tatbeständen auf, die den öffentlichen Frieden, genauer: das Friedens- und Sicherheitsgefühl der Bevölkerung schützen sollen.

Auch hier findet also eine Art *Vorfeldkriminalisierung* statt, indem der Gesetzgeber den strafrechtlichen Schutzbereich vorverlagert, d.h. Verhaltensweisen in seine Regelung einbezieht, die für sich betrachtet zwar unmoralisch oder sonst anstößig erscheinen mögen, die aber jedenfalls unmittelbar noch keine konkreten faßbaren Rechtsgüter tangieren".³⁸²

Mit dem Verzicht auf die scheinbar kollektive Rechtsgutsfunktion sind aber die verfassungsrechtlichen Legitimationsprobleme nicht gelöst. Dies ist insbesondere im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein gravierendes Problem.

Hervorzuheben ist auch, dass es für die Lehre vom Rechtsgüterschutz nicht ausreicht, ein Rechtsgut zu benennen, ohne zugleich aufzeigen zu können, wie es durch den Straftatbestand geschützt werden soll.³⁸³

Um die Grundlagen des hier vorgestellten systemkritischen Rechtsgutsbegriffs mit einer Unterordnung des Strafgesetzgebers nur unter die Verfassung zu verallgemeinern, lassen sich Strafnormen für die Legitimationsprüfung in drei Gruppen einteilen:

- Zur ersten Gruppe gehören die Straftatbestände, deren Rechtsgüter die Grundrechte der menschlichen Entfaltung berühren, z.B. das Grundrecht auf Leben. In dieser Gruppe ist eine Kriminalisierung unter Beachtung des *Untermaßverbots* stets erforderlich.

³⁸² Müller-Dietz 1992, S. 95 ff.

³⁸³ Roxin 2006, S. 38.

- Zur zweiten Gruppe gehören Handlungen, für die nach dem freiem Ermessen des Gesetzgebers eine Bestrafung möglich ist, z.B. Störung einer Bestattungsfeier, kleinere Diebstähle in Geschäften etc.

- Die dritte Gruppe umfasst Glücksspiel oder Cannabiskonsum. In all diesen Fällen gibt es kein strafwürdiges geschütztes Rechtsgut, das eine Bestrafung verdient, und außerdem führt eine unnötige Bestrafung zu Sekundärkriminalität (z. B. Geldwäsche, Korruption).

Das Interesse der vorliegenden Arbeit besteht darin, den Rechtsgutsbegriff nicht als bloßes Instrument einer teleologischen Auslegung zu verstehen, wie dies im positivistischen Verständnis von Binding geschieht. Hätte er nur diese dogmatische Funktion, würde man sich darauf beschränken zu sagen, dass im Falle des Glücksspiels das zu schützende Rechtsgut die Sittenpolizei wäre, da dies in der strafrechtlichen Verbotsnorm so vorgesehen ist.

Im Falle des Glücksspiels lassen sich aus der Strafvorschrift keine Voraussetzungen ableiten, die für ein freiheitliches und friedliches Zusammenleben in unserer Gesellschaft als notwendig erachtet werden können.

Es handelt sich also um ein Verständnis, das sich an Marx, Hassemer und Hohmann anlehnt und sich dem Verständnis einer persönlichen Rechtsgutslehre annähert, um letztlich auf die liberalen Ideen von Beccaria, Humboldt und Mill zu treffen.

Wie oben ausgeführt, stellt die Sittenpolizei das durch die Norm vermeintlich geschützte Rechtsgut dar. Es handelt sich jedoch um einen sehr vagen und abstrakten Begriff, der zudem in der brasilianischen Strafrechtswissenschaft kaum untersucht wird. Wie bereits erwähnt, wiederholt die Strafrechtswissenschaftler bei der Analyse der Struktur des Tatbestandes lediglich, dass das geschützte Rechtsgut die Sittenpolizei sei.

Diese Vagheit und Abstraktheit des Begriffs erschwert die Legitimationsversuche der Rechtsgutslehre zusätzlich. Er steht vor dem gleichen Problem wie andere scheinbare Rechtsgüter, wie z.B. der öffentliche Friede und andere kollektive, universelle oder überindividuelle Rechtsgüter. Abgesehen von seiner Abstraktheit ist der kollektive Charakter dieses angeblichen Rechtsguts (*Sittenpolizei*) unbestreitbar, da die wenigen Autoren, die sich mit der Auslegung dieses Begriffs befasst haben, die *Sitten (costumes)* mit der allgemeinen Moral der Gesellschaft in Verbindung bringen.

Zur Legitimation des Verbots werden Argumente der Selbstgefährdung (*Spielsucht*) oder der Fremdgefährdung (*Begleitkriminalität*) angeführt. Beide Argumente sind fragwürdig, insbesondere wenn man sie mit anderen Delikten vergleicht, denen ein kollektives Rechtsgut zugeordnet wird, z.B. das der *Volksgesundheit*, dessen Legitimität ebenfalls in Frage gestellt werden kann.

Im Allgemeinen werden zwei Aspekte angeführt, um das Verbot von Glücksspielen zu rechtfertigen:

- 1- Die Gefahr, dass sich die Spielleidenschaft zur Spielsucht entwickelt;
2. ein Anreiz für die organisierte Kriminalität.

Es ist jedoch zu beachten, dass sich diese Aspekte eher auf den Zweck der Norm beziehen als auf eine legitimierende Rechtfertigung des Verbots, sei es nach der Rechtsgutstheorie oder nach der Theorie der Normverletzung.

Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Argumenten ist nicht immer einfach. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob die Norm als Friedensschutzdelikt qualifiziert werden kann.

Wäre es ein Friedensdelikt oder (nicht „ausschließlich“) ein Gefühlsschutzdelikt, so könnte die Legitimität der umstrittenen Strafvorschrift nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Schließlich darf auch das vermeintlich geschützte Rechtsgut nicht mit dem Normzweck verwechselt werden.

Schließlich finden sich in der strafrechtlichen Literatur verschiedene Straftatbestände, bei denen als Schutzzwecke genannt werden: Pietätsempfinden (bei der Störung der Totenruhe und von Bestattungsfeiern – StGB §§ 168, 167a), sittliche und ästhetischer Empfinden (bei dem Verbot exhibitionistischer Handlungen – StGB § 183a. Trotz dieser Bezeichnungen werden diese Delikte nicht als reine Gefühlsschutzdelikte angesehen, weil ihr Legitimationsproblem durch das umstrittene Rechtsgut „öffentlicher Friede“ gelöst sei.

Aus diesem Grund muss die umstrittene Norm einer Prüfung unterzogen werden, damit deutlich wird, warum sie nicht dem Schutz des öffentlichen Friedens dient, selbst wenn man diesen als echtes (und nicht als scheinbares) kollektives Rechtsgut ansieht.

B. Legitimation nach dem Harm-Prinzip

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht die Frage, ob es Rechtfertigungsgründe dafür gibt, bestimmte Verhaltensweisen zu sanktionieren und andere nicht. In diesem Sinne wurde im vorangegangenen Abschnitt (A,3) der *systemkritische Rechtsgutbegriff* als ein mögliches Kriterium diskutiert, das die Legitimität bestimmter Straftatbestände in Frage stellen könnte. Die Verwendung dieser Legitimationsversuches führt, wie dort betont wurde, nicht zu einer Festlegung, welche Rechtsgutsverletzungen mit den Mitteln des Strafrechts verhindert werden sollen, sondern welche Verhaltensweisen mangels Rechtsgutsverletzung nicht bestraft werden sollen.

Der Rechtsgutsbegriff spielt in der Strafrechtsdogmatik des deutschen Sprachraums eine wichtige Rolle, wenn es um die Frage geht, welches Verhalten strafwürdig ist. Gleiches gilt für die Strafrechtsdogmatik der Länder, deren Strafrecht von der kontinentaleuropäischen Strafrechtsdogmatik geprägt ist und die das Rechtsgutsprinzip als legitime Grundlage für die Kriminalisierung schädigender oder gefährdender Verhaltensweisen ansehen. Zu dieser Gruppe gehören auch lateinamerikanische Länder wie Brasilien.

Neben dem Rechtsgutsprinzip gilt jedoch vor allem im englischsprachigen Raum das *Harm Principle* als wichtiges Prinzip, das ebenfalls die Frage betrifft, welches Verhalten strafwürdig sein soll. Die Diskussion um das *Harm Principle*, das im deutschen Strafrecht mit *Schadensprinzip* übersetzt werden kann, hat in der internationalen Strafrechtsdogmatik zunehmend an Bedeutung gewonnen und verdient in diesem Kapitel, das auch auf andere verwandte Prinzipien eingeht, eine stärkere Betonung.

1. Utilitarismus und Schadensprinzip

John Stuart Mill, einer der Hauptvertreter des so genannten Regelutilitarismus³⁸⁴, stellt in seinem sozialphilosophisch-politischen Essay *Über die Freiheit* eine direkte Verbindung zwischen dem *Harm Principle* und jener philosophischen Denkrichtung her, die zu den Grundlagen eines liberalen Strafrechts beigetragen hat. In diesem Sinne ist der Einzelne zunächst frei, sich so zu verhalten, wie er es ohne Eingriff der Staatsgewalt für richtig hält. Ein solcher Eingriff muss die Ausnahme bleiben und ist nur dann gerechtfertigt, wenn es darum geht, Schaden von anderen abzuwenden. Nicht einmal das Wohlergehen der Person selbst könnte an sich eine Rechtfertigung dafür sein, dass die Gesellschaft in das Leben des Einzelnen eingreift und ihn daran hindert, in einer Weise zu handeln, die ihm physischen oder moralischen Schaden zufügen würde.

Für Mill sollte dem Individuum zwar die Freiheit zugestanden werden, das zu tun, was hauptsächlich in seinem Interesse liegt, nicht aber, wenn dieses Interesse hauptsächlich im Interesse der Gesellschaft liegt. Es gäbe jedoch keinen Spielraum für ein Eingreifen der Gesellschaft, wenn das Verhalten einer Person nicht die Interessen anderer als ihrer selbst berühre. Wenn sogar die Interessen anderer Personen betroffen sind, jedoch mit deren Zustimmung, sollte es kein Eingreifen der Gesellschaft geben, sofern es sich um Personen handelt, die bereits erwachsen sind. Das Verhalten des Handelnden, der sich selbst Schaden zufügt, kann sogar andere dazu veranlassen, ihm dasselbe anzutun, was jedoch nicht bedeutet,

³⁸⁴ Der Begriff ist ein Versuch, Mills Perspektive vom Handlungsutilitarismus seines einflussreichen Jeremy Bentham zu unterscheiden.

dass der Handelnde den Schaden anderer wünscht. Es gibt jedoch, so Mill, andere Instrumente, um Menschen davon zu überzeugen, sich selbst Gutes zu tun, Instrumente, die nicht "Peitsche und Stock, sei es in einem nur liberalen oder metaphorischen Sinne" sind.³⁸⁵

Mills Utilitarismus steht der Idee entgegen, dass das Strafrecht als ein Instrument zur *Standardsierung* von Verhaltensweisen dient, die von der Mehrheit bestimmt wird, und in diesem Sinne könnte die Annahme von Schäden (Schadensprinzip) als ein bestimmender Faktor bei der Ausrichtung einer Verbotspolitik fungieren.

Ein Mensch zum Beispiel, der Laster, die für sich selbst schädlich sind, nicht unterlassen kann, muss damit rechnen, dass sein Wert nach dem Urteil anderer herabgesetzt wird, und darüber kann er sich, wie Mill betont, nicht beklagen³⁸⁶ Dies ist der Fall von Menschen, die an Spielsucht leiden. Aus moralischen oder religiösen Gründen können sie von der Gesellschaft, in der sie leben, einem negativen Urteil ausgesetzt sein. "Wir müssen uns vorstellen, dass sie bereits aller Verweis ihres Fehlers trägt oder tragen wird; wenn sie ihr Leben für ihr Fehlverhalten verdirbt, dürfen wir sie aus diesem Grund nicht noch mehr verderben wollen".³⁸⁷ Mit dieser "Strafe" - der des sozialen Vorwurfs – könnten sie bereits rechnen, ohne dass es einer staatlichen Sanktion bedarf, denn ihr Verhalten würde niemandem sonst Schaden oder direkte Gefahr zufügen.

Der Einwand, wer mit einem vorwerfbaren Verhalten könne nicht nur sich selbst, sondern auch ihm nahe stehenden Personen Schaden zufügen, wurde von Mill nicht übersehen. Als Beispiel führt er den Fall eines Mannes an, der aufgrund großer Verschwendung zahlungsunfähig wird, sodass er seine Familie nicht mehr ernähren kann. In diesem Fall kommt Mill zu dem Schluss, dass er zwar im zivilrechtlichen Bereich bestraft werden sollte, aber nur für die Verletzung seiner Verpflichtung gegenüber seiner Familie oder seinen Gläubigern, nicht aber für seine Verschwendung. "Hätte man die Mittel, die man für die Familie und Gläubiger bestimmen sollte für bei einer umsichtiger Investition angewendet, wäre die moralische Schuld die gleiche gewesen".³⁸⁸

³⁸⁵ Mill 1859 (2006), S. 107/108.

³⁸⁶ Mill 1859 (2006), S. 111.

³⁸⁷ Mill 1859 (2006), S. 113.

³⁸⁸ Mill 1859 (2006), S. 115.

2. Das *Harm-Principle* im Zusammenhang mit anderen strafbeschränkenden Ansätzen

Das Harm-Prinzip wird ausführlich von Feinberg³⁸⁹ behandelt, für den, kurz gesagt, eine Handlung nur dann strafwürdig ist, wenn sie einen oder mehrere Menschen schädigt. Im Gegensatz zu Mill, der das Harm-Prinzip als einzigen Strafgrund ansah, geht Feinberg jedoch darüber hinaus und analysiert zumindest zwei weitere mögliche Legitimationsgründe. Diese seien das *Offense to others* (Belästigungsprinzip), das auf einer belästigenden Wirkung beruhe, und der *Legal Paternalism* (Harm to self), der auf dem Schutz vor Selbstschädigung beruhe.

Die Diskussion um eine mögliche Legitimation der paternalistisch begründeten Norm wird aufgrund ihrer Bedeutung für die vorliegende Untersuchung in einem eigenen Abschnitt (E) dieses Kapitels behandelt. Im Folgenden werden zunächst das Harm-Prinzip und die Kategorie der so genannten *Mediating Principles* (2.3)³⁹⁰. Darüber hinaus wird kurz auf das *Offense-Principle* eingegangen (unter 2.4). Abschließend wird auf den *Legal Moralism* (2.5) eingegangen, der den strafrechtlichen Schutz von Moral voraussetzt, also den Gegenstand dessen, was Feinberg *Harmless Wrongdoing* nennt.³⁹¹

2.1 Zum Begriff *Harm*

Der Begriff Harm (Schaden) hat nach Feinberg drei Bedeutungen: (a)- Wenn es um eine Sache geht, d.h. wenn eine Sache von jemandem zerstört wird, können wir nur in einem abgeleiteten und erweiterten Sinne sagen, dass diese Sache "geschädigt" wurde (*has been harmed*). Tatsächlich ist diese Sache in diesem Fall Gegenstand des Interesses von jemandem. Was geschädigt wurde, wäre also das Interesse, nicht die Sache. Wenn wir sagen, dass die Sache beschädigt wurde, verwenden wir den Begriff in einem abgeleiteten oder erweiterten Sinne, so dass es angemessener wäre, für die Sache den Begriff *damaged* (beschädigt) anstelle von *harmed* zu verwenden. Wenn jedoch eine Sache beschädigt (oder zerstört) wird, ohne dass jemand ein Interesse an ihr hat, kann man nicht sagen, dass sie "geschädigt" wurde, auch nicht in einem abgeleiteten Sinne.³⁹²

Eine zweite Konzeption (b) des Begriffs *Harm* wäre im Sinne eines Eingriffs, die geeignet ist, ein relevantes Interesse einer Person, das als Teil ihres Wohlergehens betrachtet wird, zu vereiteln (*thwarting, setting back oder defeating*). Nach Feinberg lässt sich dies am

³⁸⁹ Feinberg, *Harm to Others*, New York/Oxford 1987. *Harm to Others* ist das erste seines vierbändigen Werkes "*The Moral Limits of Criminal Law*". Die andere Bände lauten: 2- *Offense to Others*, 3- *Harm to Self*, and 4- *Harmless Wrongdoing*.

³⁹⁰ "Mediating maxims for the application of the harm principle" (Feinberg 1987).

³⁹¹ Hirsch 2003, S. 13ff.

³⁹² Feinberg 1987, S. 32/33

besten dadurch feststellen, dass man sich fragt, ob das Interesse durch den Eingriff in einen schlechteren Zustand versetzt wurde, als es ohne der Eingriff gewesen wäre.³⁹³

Das so genannte *Wrong Doing* stellt nach Feinberg den dritten (c) Schadensbegriff dar. Dabei handelt es sich um die Verletzung der Rechte anderer als Folge eines ungerechtfertigten Verhaltens, das gegen das Rechtssystem verstößt. "A person wrongs another when his indefensible (injustifiable, inexcusable) conduct violates the other's right."³⁹⁴ Wie der US-amerikanischer Philosoph feststellt, kann ein solches "Fehlverhalten" oft auch die Verletzung eines Interesses im oben genannten zweiten Sinne beinhalten. Die beiden Bedeutungen (b) und (c) liegen also sehr nahe beieinander: Ein *Wrong* ist fast immer auch ein *Harm*.

Der Autor stellt aber auch fest, dass, obwohl das *Wrong* fast immer das Vorliegen eines *Harm* impliziert, es auch möglich ist, dass ein *Harm* im Sinne eines Eingriffs in ein Interesse vorliegt, der nicht gleichzeitig ein *Wrong* ist, da dieser Eingriff in einer gerechtfertigten oder entschuldbaren Weise erfolgen kann, nicht zuletzt deshalb, weil es jeder Gesellschaft inhärent ist, dass die Interessen ihrer Mitglieder miteinander in Konflikt stehen.

Das Harm-Prinzip in dem Sinne, in dem es zur Legitimation von Kriminalisierung herangezogen wird, muss nach Feinberg der Überlagerung der zweiten und dritten Bedeutung entsprechen, was als *Harm-Principle im vollen Sinne (Harm in the full sense)* bezeichnet wird.³⁹⁵

Aufschlussreich ist das vom Autor angeführte Beispiel des *harmlosen trespass on another's land*. In diesem Fall liegt gleichzeitig mit der Verletzung des Eigentumsrechts des Grundeigentümers (*wrong doing*) eine klare Beeinträchtigung der Interessen des Grundeigentümers und damit ein *Harm* auch im zweiten Sinne vor. Für die Ausgestaltung des *Harm* in beiden Bedeutungen ist es unerheblich, dass kein materieller Schaden entstanden ist (*Harm* als Schaden, d.h. in der ersten Bedeutung).³⁹⁶

Das Harm-Prinzip kann aber auch die Kriminalisierung eines Verhaltens legitimieren, wenn es in sich ein potenzielles Risiko birgt, einen schweren Schaden herbeizuführen, auch wenn dieser tatsächlich nicht eintritt. Während für Mill nur der durch das Verhalten verursachte "unmittelbare Schaden" ein strafrechtliches Eingreifen rechtfertigen würde, ist Feinberg der Ansicht, dass auch das bloße Risiko schädlicher Folgen die gleiche Wirkung hätte. "Auf dieser Grundlage bejaht er die Kriminalisierung von abstrakten Gefährdungen verschiedener Art".³⁹⁷

³⁹³ Feinberg 1987, S. 34

³⁹⁴ Feinberg 1987, S. 34

³⁹⁵ Feinberg 1987, S. 36

³⁹⁶ Feinberg 1987, S. 35.

³⁹⁷ Vgl. Hirsch 2003, S. 13 ff.

Dazu sei es erforderlich, dass das Verhalten, auch wenn es nicht unmittelbar zu einem Schaden führe, später oder allmählich schädliche Folgen nach sich ziehe. Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit (*wrongfulness*) wäre dann erfüllt, wenn der Täter das verbotene Verhalten vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat.³⁹⁸ Wir werden auf dieses Thema später zurückkommen, wenn wir uns mit dem Problem der Legitimation von Gefährungsdelikten im Zusammenhang mit den Mediationsprinzipien befassen (2.3).

2.2 Das *Harm Principle* und das Rechtsgutsprinzip

Der Einzug des *Harm Principle* in die deutsche Diskussion, insbesondere durch Andrew von Hirsch, hat auch in Deutschland das Rechtsgutdenken, insbesondere eine gesetzgebungskritische Rechtsgutslehre gefördert. Denn die Annahme des Grundsatzes, dass nur die Schädigung eines anderen strafbar sein soll, liegt, wie Roxin bemerkt, vor allem der Auffassung nahe, die im Rahmen der persönlichen Rechtsgutslehre vertreten wird.³⁹⁹

Wir möchten jedoch auf zwei Aspekte hinweisen, die beim Vergleich der Auffassungen Hirschs und Feinbergs in Bezug auf das *Harm Principle* zu berücksichtigen sind. Erstens wird die von Feinberg vorgeschlagene Definition von Schaden als Beeinträchtigung eines Interesses von Hirsch zumindest dahingehend kritisiert, dass eine solche Definition nicht deutlich macht, worin ein Interesse überhaupt besteht. Nach von Hirsch ist ein Interesse "*eine Ressource, auf deren Integrität die betroffene Person einen Anspruch hat*", so dass der für das Harm-Principle zentrale Schadensbegriff die Beeinträchtigung einer Ressource bezeichnet.⁴⁰⁰

Zweitens besteht ein wichtiger Unterschied zwischen den Begriffen *Schaden* und *Rechtsgut*. Nach Hirsch ist im *Harm-Principle* zwar die Schädlichkeit gegenüber anderen Personen individualistisch zu sehen. Der Autor argumentiert jedoch, dass das Schadensprinzip nicht auf individuelle Interessen beschränkt ist, sondern auch dazu dienen kann, die Kriminalisierung von Verhaltensweisen aufgrund einer möglichen kollektiven Schädigung zu legitimieren. Dabei geht es um Verhaltensweisen, die kollektiv schädlich sind, ohne jedoch den Vertretern der sog. "*Frankfurter Schule*" zu folgen, die behaupten, alle kollektiven Rechtsgüter seien nichts anderes als die Summe der individuellen Rechtsgüter.⁴⁰¹

³⁹⁸ Vgl. Feinberg 1987, S. 188/193.

³⁹⁹ Für Roxin ähnelt der Gedanke Feinbergs, dass einfache moralische Verstöße, Selbstverletzung und ihre jeweiligen Auswirkungen nicht kriminalisiert werden sollten, demjenigen, der im Konzept des Rechtsgutes enthalten ist. (Roxin 2006, S. 54/55).

⁴⁰⁰ "Ein Schaden ist dann gegeben, wenn ein Interesse durch das Verhalten beeinträchtigt wird" (Hirsch 2003, S. 13 ff.)

⁴⁰¹ Hirsch weist auch auf Probleme mit der Rechtsgutslehre, insbesondere im Bereich der Zurechnung in den Fällen abstrakter Gefährungsdelikte hin. Seiner Meinung nach würde es nicht ausreichen das schutzwürdige Rechtsgut zu identifizieren. "Die Strafwürdigkeit eines Verhaltens hängt davon ab, ob man dem Täter den eventuell

Hinsichtlich der Frage, was ein Interesse ist, weist Hirsch auf die Notwendigkeit hin, einen Zirkelschluss wie beim Rechtsgutsbegriff zu vermeiden. In der Strafrechtsdogmatik sei es üblich, das Rechtsgut als Folge oder Wiederholung der Norm aufzufassen, ohne dass der Norm eine eigenständige Existenz vorausgehe. Dasselbe könnte für den Begriff des Interesses gelten. Beide dürfen nicht mit dem Verstoß gegen ein Verbot verwechselt werden. Das Interesse muss ebenso wie das Rechtsgut in dem Sinne eigenständig sein, dass der Anspruch auf eine Ressource vom Verbot selbst zu unterscheiden ist. Es muss nicht dem Schutzzweck entsprechen, sondern dem *Etwas*, das hinter dem Schutzzweck steht. Hirsch definiert dieses *Etwas* als Mittel oder Fähigkeit, die einen bestimmten Wert für die menschliche Lebensqualität hat.⁴⁰²

Holtug wendet sich auch gegen Feinbergs Gedanke des *Harm-Principle*, weil der amerikanische Philosoph dem Schadensbegriff einen moralisierenden Charakter zuschreibe, als ob der Schaden immer eine "*falsche Handlung*" voraussetze, während die Rechtsverletzung in Wirklichkeit nicht immer als etwas Falsches charakterisiert werden müsse.⁴⁰³ Man kann nicht sagen, dass der Begriff des Rechtsguts von einer moralischen Voraussetzung befreit ist, denn auch er ist Teil eines substantiellen Substrats, das für den Gesetzgeber bereits vorhanden ist.

Besonders interessant an Hirschs Gedanke ist, dass das *Harm-Principle* gegenüber dem Rechtsgutsbegriff einen gewissen Ausschlusscharakter hat, nämlich: Wenn die Kriminalisierung nicht durch das *Harm-Principle* legitimiert werden kann, dann ist die Legitimation bereits durch die Rechtsgutslehre ausgeschlossen.

2.2.1 Kollektiver Schaden

Relativ einfach ist die Identifikation strafrechtlich schutzwürdiger Einzelschäden, wenn es um klassische Individualgüter wie Leben, Eigentum und körperliche Unversehrtheit geht. Als Beispiele für Interessen, die nicht durch Dritte oder den Staat beeinträchtigt werden sollen, nennt Feinberg diejenigen, die die amerikanische Rechtsprechung als rechtlich schutzwürdig hervorhebt: Interessen der Persönlichkeit, des Eigentums, des Rufes, der häuslichen Beziehungen, der Privatsphäre.⁴⁰⁴ Ein wichtiger Aspekt, der bei dieser Untersuchung

eintretenden Schaden zurechnen darf". Im Falle der Verbreitung pornographischer Darstellungen, z.B. reichte es nicht es als ein bedrohtes Rechtsgut (z.B. die physische Unversehrtheit) zu bestimmen). Grundlegend wäre eine Analyse im Bereich der Zurechnung, mit der nachgewiesen würde, dass das Mögliche Gefährdung oder Beeinträchtigung im Verantwortungsbereich des Handelnden liegt. Dieses Problem der Zurechnung im Bereich der abstrakten Gefährdungsdelikte sei in der anglo-amerikanischen Diskussion um das "Harm-Prinzip" lange übersehen worden.

⁴⁰² Hirsch 2003, 13 ff.

⁴⁰³ Holtug 2002, S. 381.

⁴⁰⁴ Feinberg 1987, S. 61.

berücksichtigt werden muss, ist jedoch die mögliche kollektive Bedeutung des Schadens, da auch öffentliche Interessen eine Rolle spielen.⁴⁰⁵

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein staatlicher Eingriff in das Verhalten Einzelner nach dem *Harm-Principle* nur dann gerechtfertigt ist, wenn es vernünftigerweise geboten ist, Schäden oder ernsthafte Schadensgefahren für andere als den Handelnden selbst abzuwenden. Immerhin erfasst das Harm-Principle auch Verhaltensweisen, die die Interessen (*längerfristige Ressourcen*) anderer tatsächlich beeinträchtigen oder beeinträchtigen können.⁴⁰⁶ Es stellt sich die Frage, ob dieser "Andere", der den Harm erleidet, die Gesellschaft sein könnte, die also eine Art kollektiven Schaden erleidet, vergleichbar dem kollektiven Rechtsgut im Bereich der Rechtsgutstheorie.

Was ist aber notwendig, damit ein Interesse als kollektiv angesehen werden kann? Es wäre dasjenige, die innerhalb eines bestimmten Netzwerks von Interessen, die von einer bestimmten Gruppe von Personen geteilt werden, den höchsten Grad an Vitalität aufweist. Es wären also die Interessen, die in unseren moralischen Entscheidungen das größte Gewicht haben.⁴⁰⁷

An diesem Punkt verstehen wir, dass es notwendig ist, den Grad der Verwerflichkeit des Verhaltens selbst zu analysieren und das Potenzial dieses Verhaltens zu identifizieren, anderen ernsthaften Schaden zuzufügen oder die Gefahr eines solchen Schadens zu verursachen. Mit anderen Worten, um eine Kriminalisierung auf der Grundlage des *Harm-Principles* zu rechtfertigen, wäre es erforderlich, dass a) das Verhalten für sich genommen schwerwiegend genug ist⁴⁰⁸, um eine tiefe soziale Verachtung hervorzurufen, die auf einem in der Gesellschaft verankerten Konsens beruht; und b) das Verhalten auch für sich genommen das Potenzial hat, anderen einen Schaden zuzufügen oder die ernsthafte Gefahr eines Schadens zu verursachen.

Die Diskussion über die Volksgesundheit als Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes im Bereich des Drogenkonsums ist vor allem innerhalb der Rechtsgutstheorie weit verbreitet. Tatsächlich kann der Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit durchaus ein Mittel zur Sicherung der Lebensqualität des Einzelnen sein, wenn es etwa um die Bekämpfung von Infektionskrankheiten geht. Die Identifizierung eines Schutzobjekts, sei es ein Rechtsgut, ein Interesse oder eine Ressource, ist jedoch fragwürdig, wenn es darum geht, die Volksgesundheit

⁴⁰⁵ Vgl. Feinberg 1987, S. 63/64.

⁴⁰⁶ Hirsch/Seelmann 2006, 13 ff.

⁴⁰⁷ "Public interests also derive their considerable weight from social reenforcement." (Feinberg 1987, S. 225).

⁴⁰⁸ "Bloße Enttäuschungen sollten nicht zu strafrechtlich geschützten Straftaten werden". (Feinberg 1987, S. 50).

als Legitimationskriterium für ein Verbot des Drogenkonsums zuzulassen. Für Hirsch gibt es weder auf der Grundlage des *Harm-Principles* noch auf der Grundlage der Rechtsgutstheorie eine Grundlage für eine solche Kriminalisierung. Er fragt: „Ohne Frage habe ich ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, dass meine Gesundheit von anderen Personen nicht beeinträchtigt wird. Aber: Habe ich auch einen vergleichbaren Anspruch gegen mich selbst?“ Es besteht der begründete Verdacht, dass die Gründe für die Kriminalisierung dieses Verhaltens nur in den Rechtfertigungen für paternalistisch strukturierte Strafvorschriften zu finden sind.⁴⁰⁹

2.3 Mediating Principles

Es gibt Prinzipien, die dazu dienen, die Kriminalisierung von Verhaltensweisen aufgrund ihres schädigenden oder gefährdenden Charakters zu rechtfertigen. Das Harm-Prinzip wäre nur ein prima-facie Grund für eine Kriminalisierung, es gibt aber auch andere Gründe, die gegen eine Kriminalisierung sprechen. Die *Mediating Principles*⁴¹⁰ werden als eine Untergruppe dieser Gründe verstanden, die sich durch ihren primär normativen Charakter auszeichnen. In ihrem normativen Sinn, auf den es hier ankommt, dienen die *Mediating Principles* als Grundlage für die Begrenzung der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen, auch wenn eine Schädigung oder Gefährdung anderer vorliegt. Der Begriff *Mediating Maxims* wird von Feinberg verwendet, um weitere Spezifizierungen der Bedeutung des Begriffs *Harm* unterzubringen:

...as an umbrella term for further specifications of meaning (in this case of the term “harm”), for guides to the application of a “liberty limiting” principle in practical contexts of various special kinds and conditions of uncertainty, and for maxims of fairness to serve as guideposts to mark moral boundaries.⁴¹¹

Die Diskussion um die *Mediating Principle* wird daher versuchen, die Frage zu beantworten, ob und wann ihre Anwendung zu einer Begrenzung der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen führen kann. Von den normativ geprägten Prinzipien sollen hier das Verantwortungstreueprinzip, das Subsidiaritätsprinzip und das Toleranzprinzip hervorgehoben werden. Das Thema des *Selbstschutzes*, das auch als ein Meidanting Principle verstanden wird, wird im Abschnitt über die paternalistische Legitimation (Abschnitt 5 dieses Kapitels) behandelt.

⁴⁰⁹ Hirsch 2003, 13ff.

⁴¹⁰ Nach Feinberg, „*Mediating maxims for the application of the harm principle.*“ (Feinberg 1987, S. 187)

⁴¹¹ Feinberg 1987, S. 187/188.

2.3.1 Verantwortungsstreuungsprinzip

Wenn Hirsch das Problem der Legitimation von Gefährdungsdelikten im Zusammenhang mit den *Mediating Principles* anspricht, stellt er die Frage in den Raum, ob es legitim sein könnte, ein Verhalten wie das Nichttrennen von Glasgegenständen nach Art oder Farbe unter Strafe zu stellen.⁴¹² Ein solcher Straftatbestand würde sich auf die Theorie der Kumulationsdelikte stützen. Könnte ein solches Verhalten mit der Begründung kriminalisiert werden, dass es der Umwelt langfristig erheblichen Schaden zufügt?

Es ist eine Tatsache, dass jeder Konsument im Sinne eines Kumulationsdelikts einen Teil der Verantwortung für den Gesamtschaden trägt. Allerdings stellt sich hier eine Abwägungsfrage: Auf der einen Seite steht die Rechtfertigung der Kriminalisierung durch die Verhinderung noch größerer Umweltschäden; auf der anderen Seite steht das Interesse des Einzelnen, nicht mit der extremsten Sanktionsart, nämlich der Bestrafung, als Verantwortlicher für so große Schäden, die er nur zum Teil verursacht hat, zur Verantwortung gezogen zu werden.

Die Anwendung der Verantwortungsdiffusion als Unterfall des *Mediating Principle* ist also unmittelbar mit dem Gedanken der gerechten Lastenverteilung verbunden, so dass es unzulässig wäre, das Verhalten derjenigen, die sich nicht an die Regeln der Glastrennung gehalten haben, zu bestrafen, was zu einer unverdienten Belastung derjenigen führen würde, die in Wirklichkeit kaum zum Gesamtschaden beigetragen haben.

Die Verantwortungsstreuung im Beispiel der Glastrennung ist bezeichnend dafür, dass die *Mediating Principles* keine Begründung für die Legitimation von Kriminalisierung darstellen. Sie liefern lediglich die Argumentationsgrundlage. Im Fall der Glastrennung ist das Mediationsprinzip der Verantwortungsdifferenzierung immerhin insofern hilfreich, als es ermöglicht, das zu diskutierende Thema zu identifizieren, das in der konkreten Hypothese diskutiert werden müsste, um das Maß der gerechten Lastenverteilung zu bestimmen.

2.3.2 Subsidiaritätsprinzip

Die Kriminalisierung eines rechtsgutsbeeinträchtigenden Verhaltens setzt voraus, dass das Rechtsgut nur durch eine Strafrechtsfolge und nicht auf andere Weise wirksam geschützt werden kann.⁴¹³ Das bedeutet, dass das Strafrecht nur dann zum Einsatz kommen darf, wenn nichts anderes mehr hilft und daher stets zu prüfen ist, ob das Verhalten besser durch informelle soziale Sanktionen oder durch das Zivilrecht reguliert werden kann.

⁴¹² Vgl. Hirsch/Seelmann 2006, S. 13 ff.

⁴¹³ Vgl. Hassemer/Neumann 2010, § 1 Rn. 72.

Bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips geht es also darum, anderen Normsystemen, d.h. Regelungs- und Kontrollsystemen, den Vorrang gegenüber Rechtsgutverletzungen oder -gefährdungen einzuräumen. Die Frage sei dann, wie zu definieren sei, ob sich der Einsatz außerstrafrechtlicher Mittel als ausreichend oder unzureichend erweise. Wichtig sei, so Wohlers, dass alternative Instrumente nicht nur zur Verfügung stünden, sondern sich auch tatsächlich als hinreichend wirksam für die Zwecke erwiesen, für die sie gedacht seien, nämlich als Ersatz für die Anwendung des Strafrechts.⁴¹⁴

Wohlers weist auf die mögliche Notwendigkeit einer empirischen Analyse dieser Frage hin,⁴¹⁵ die die Entscheidung beeinflussen könnte, ob bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden sollten oder nicht. Mit anderen Worten, es wäre eine Analyse erforderlich, um zu überprüfen, ob das Verbot gegen die vermutete Gefährlichkeit wirksam war oder ob seine Wirksamkeit einen solchen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen, insbesondere unter Androhung einer Strafe, rechtfertigen würde.⁴¹⁶ Auch aus diesem Grund verstehen wir die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips als ergänzenden Charakter, der als alleiniges strafbegrenzendes Kriterium nicht ausreicht.

2.3.3 Toleranzprinzip

Unter den *Mediating Principles* ist das Toleranzprinzip als mögliches strafbegrenzendes Prinzip hervorzuheben. Die Anwendung dieses Prinzips setzt als Grundannahme das Vorliegen eines belästigenden Verhaltens voraus, d.h. eines Verhaltens, das zwar nicht schädlich im Sinne des im *Harm-Principle* verwendeten *Harm*-Begriffs ist, das aber geeignet ist, Unbehagen zu verursachen, das Leben anderer zu verunsichern oder die Ruhe des friedlichen Zusammenlebens der Bürger zu bedrohen. Schließlich wäre es sinnlos, von Toleranz zu sprechen, wenn es sich um ein Verhalten handelt, das von anderen erwünscht und erwartet wird.

Belästigendes Verhalten hat im Gegensatz zu schädigendem Verhalten, das die längerfristigen Interessen anderer beeinträchtigt, in der Regel vorübergehende oder kurzfristige Folgen. Toleranz als vermittelndes Prinzip kann daher die Kriminalisierung belästigenden Verhaltens nur dann einschränken, wenn es sich um Belästigungsdelikte handelt, die zu einer schweren Beleidigung führen (z.B. rassistische Beleidigungen).⁴¹⁷

⁴¹⁴ Wohlers 2006, S. 54ff.

⁴¹⁵ „empirische Seite der Problematik“, so Wohlers 2006.

⁴¹⁶ Vgl. Wohlers 2006, 54 ff.

⁴¹⁷ Vgl. Hirsch 2006, S. 97 ff.

Frisch setzt sich kritisch mit diesem Grundsatz auseinander. Seiner Ansicht nach ist das Prinzip in der verfassungsrechtlichen Diskussion, insbesondere im Zusammenhang mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit, nur begrenzt anwendbar. Hier gehe es nicht um die Toleranz der einzelnen Mitglieder des Gemeinwesens gegenüber einem von der Mehrheit als abweichend empfundenen Verhalten, sondern um die Toleranz des Staates gegenüber einem solchen Verhalten und um die Frage, ob der Staat aufgrund dieses Prinzips auf die Unrechtsqualifikationen und -bestrafung Unrecht verzichten solle.

Nach Frisch ist die Anwendung des Toleranzprinzips nur ausnahmsweise möglich, etwa bei bestimmten Sittlichkeits- oder Sexualdelikten. Die Berufung auf das Toleranzprinzip reiche nicht aus, um ein belästigendes Delikt als rechtswidrig zu kriminalisieren, da die Autonomie zu kurz komme. Es müsse sachliche Argumente geben, die gegen die Qualifizierung bestimmter Verhaltensweisen als Straftaten sprächen, wie etwa das Fehlen einer Gefahr für Rechtsgüter. Der Beitrag des Toleranzgedankens zur Begrenzung des Strafrechts könne daher nur bescheiden sein.⁴¹⁸

Dies bedeutet nicht, dass das Prinzip im juristischen Diskurs keine Bedeutung hätte. Eine wichtige Funktion dieses Prinzips besteht darin, sorgfältig zu prüfen, ob bestimmte abweichende Verhaltensweisen von der Freiheit und Autonomie der Person gedeckt sind oder nicht, ohne dabei die Interessen des durch das abweichende Verhalten des Handelnden Betroffenen ungerechtfertigt außer Acht zu lassen. Frisch weist darauf hin, dass die Anwendung der Toleranz als strafbegrenzendes Prinzip darauf abzielt, eine unnötige Gefährdung der Autonomie des Individuums um seiner Grundrechte willen zu vermeiden und ein Verhalten unter Androhung von Strafe zu verbieten, das richtigerweise toleriert werden sollte. Schließlich lehrt uns die Geschichte, dass "die Gefahr einer den Kriterien des Rechts nicht entsprechenden Einschränkung der Freiheit Abweichender größer ist als die, dass sich eine sich an diesem Verhalten stoßende Mehrheit oder die Staatsmacht sich grundlos ihres Rechts begibt".⁴¹⁹

2.4 Das *Offense Principle*

Neben dem *Harm Principle* schlägt Feinberg das Offenseprinzip als eine weitere mögliche Legitimationsgrundlage für die Kriminalisierung belästigenden Verhaltens vor. Dieses Prinzip ist Gegenstand des zweiten Bandes (*Offense to Others*) seines Werkes *The moral Limits of*

⁴¹⁸ Frisch 2006, 83 ff.

⁴¹⁹ Frisch 2006, 83ff.

Criminal Law und weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Toleranzprinzip auf, da beide Prinzipien die Gruppe der belästigenden Verhaltensweisen als Anwendungsbereich haben.⁴²⁰

Nach Frisch sind unter anderem die Verhaltenserwartungen vor Ort zu berücksichtigen, so dass der Grad der Belästigung umso geringer ist, je häufiger das Verhalten an dem Ort, an dem es auftritt, praktiziert wird.⁴²¹

Darüber hinaus gibt es belästigende Verhaltensweisen, die zwar strafbar sind, aber als Verletzung des Rechtsguts des öffentlichen Friedens angesehen werden und daher ihre Legitimation nicht im *Harm-Principle*, sondern im *Offense-Principle* finden, wie dies bei § 183 StGB (exhibitionistische Handlungen) und § 185 StGB (Beleidigung) der Fall ist.

2.5 Legal Moralism (*Harmless Wrongdoing*)

Das Prinzip *Harmless Wrongdoing* bezieht sich auf Verhaltensweisen, die zwar moralisch falsch sind, aber keinen Schaden verursachen. Es handelt sich dabei um eine Art Rechtsmoralismus, der nach Feinberg darauf abzielt, eine bestimmte traditionelle Lebensweise aufrechtzuerhalten und den menschlichen Charakter zu verbessern.⁴²² Der Autor unterscheidet zwei Formen des Moralismus: den reinen Moralismus, der die Grundlage für das Verbot von Verhaltensweisen bildet, die an sich als falsch angesehen werden, und den unreinen Moralismus, der versucht, Verbote zu rechtfertigen, um andere Arten von Schaden zu vermeiden.

Wie beim belästigenden Verhalten besteht auch im Falle des *harmless wrongdoing* ein Interessenkonflikt des Einzelnen gegenüber dem Interesse der Mehrheit. Dieses Interesse muss jedoch trotz des abweichenden Verhaltens vom Gesetz geschützt werden, und das entsprechende Verhalten darf nicht kriminalisiert werden, es sei denn, es verstößt gegen grundlegende Werte der Gesellschaft.⁴²³ Dieses gesellschaftswidrige Verhalten muss, um verboten zu werden, zu einem moralischen Fehlverhalten führen, wobei Moral als ein System rationaler Normen verstanden wird, das in jeder Nation und Gemeinschaft anwendbar ist und sogar als Maßstab für die Kritik konventioneller Normen dienen kann.⁴²⁴

⁴²⁰ “Der Unterschied zu dem von Feinberg vorgeschlagenen Modell liegt darin, dass nach dem hier vorgeschlagenen Modell der ‚*Mediating Principles*‘ zwar ein notwendiges, nicht aber ein allein hinreichendes Instrumentarium sind, um die Verhaltensweise zu bestimmen, die als belästigendes Verhalten unter Strafantrohung zu stellen sind.“ (Hirsch 2003, S. 13 ff.)

⁴²¹ Frisch 2006, S. 83 ff.

⁴²² Feinberg 1988, S. 3/5.

⁴²³ Vgl. Feinberg 1988, S. 118/120

⁴²⁴ Vgl. Feinberg 1988, S. 173.

3. Der Fall des Glücksspiels

Obwohl die Handlung des Glücksspiels geeignet sein kann, einen Schadenszustand (*harmed condition*) herbeizuführen, gibt es zwei Eigenschaften, die die Legitimation einer Bestrafung erschweren: Erstens, weil die Eignung des Verhaltens, anderen Schaden zuzufügen, sehr fraglich ist, während die Möglichkeit, dem Spieler selbst Schaden zuzufügen, viel realistischer ist. Und in diesem Fall würde das Thema von *Harm to Others* zu *Harm to Self* wandern. Mit anderen Worten: Die Suche nach einer möglichen Legitimation der Kriminalisierung muss im Rahmen des rechtlichen Paternalismus erfolgen, dessen Analyse Gegenstand eines anderen Teils der vorliegenden Untersuchung ist (Abschnitt 5 dieses Kapitels). Zweitens, weil selbst dann, wenn eine Schädigung anderer Menschen für möglich gehalten wird, keine Verhaltenstendenz erkennbar wäre, die zu einer weiteren Schädigung führen könnte. In den Worten Feinbergs: “A blistered finger may be to some small degree a harmed condition, but unless the finger is on the hand of a concert pianist or a baseball pitcher, it may not be at all harmful.”⁴²⁵

Es ist auch schwierig, ein *Harm* im zweiten Sinne des Begriffs (als *thwarting*, *setting back* oder *defeating*, wie in 2.2.1 unten erläutert) zu identifizieren. Schließlich wäre es notwendig, ein Interesse Dritter zu identifizieren, das durch das Spielen oder den Betrieb von einer Spielbank in irgendeiner Weise frustriert würde. Selbst wenn die Möglichkeit einer Spielsucht bestünde, würde dies nicht ausreichen, um ein humanitäres und moralisches Interesse der gesamten Gesellschaft zu begründen, z.B. um zu verhindern, dass ein Bürger dadurch in finanzielle oder familiäre Schwierigkeiten gerät. In diesem Fall gibt es keine Möglichkeit, ein Interesse in dem von Feinberg vorgeschlagenen Sinne zu identifizieren, das mit einem *Stake* vergleichbar wäre, von dem das Wohlergehen der Gesellschaft abhängt. Das frustrierte Interesse sollte daher rechtlicher und nicht nur moralischer Natur sein und direkt und nicht nur indirekt mit der Durchführung des Glücksspiels zusammenhängen.

Es ist üblich zu sagen, dass im Falle des Glücksspiels der Schaden über den Spieler selbst hinausgeht, und zwar mit dem Argument, dass die Familie geschädigt werden könnte, da das Verhalten des Spielers dazu führen könnte, dass die guten Familienbeziehungen oder sogar die lebenswichtigen Bedürfnisse der Familie, die von ihm abhängig ist, beeinträchtigt werden (z.B. Nahrungsmangel).

Mit diesem Argument sah sich Mill, wie bereits erwähnt (2.1), konfrontiert, als er das Beispiel eines Mannes anführte, der durch Verschwendung so zahlungsunfähig wird, dass er

⁴²⁵ Feinberg 1987, S. 31.

seine Familie nicht mehr ernähren kann. Tatsächlich gibt es viele scheinbar harmlosere Verhaltensweisen, die zum Ruin einer Familie führen können und die nicht allein deshalb kriminalisiert werden sollten. Anstelle der Spielsucht kann der Mann, von dem der Lebensunterhalt der Familie abhängt, beispielsweise ein Alkoholiker oder ein widerwilliger Prostitutionskunde sein. Umgekehrt könnte die Frau, von der der Lebensunterhalt der Familie abhängt, andere Liebhaber haben oder zum Kauf nicht lebensnotwendiger Produkte verleitet werden. In all diesen Fällen ist es möglich, dass ein erheblicher Teil der finanziellen Mittel ausgegeben wird, was der Familie zweifellos schaden würde. In der Zwischenzeit sind Verhaltensweisen wie übermäßiger Alkoholkonsum, Prostitution, Untreue oder Kaufsucht nicht strafbar.

In Bezug auf die Art und Weise, in der die Vorwürfe erhoben werden, betont Mill: "Immer dann, wenn ein bestimmter Schaden oder Schadensrisiko für ein Individuum oder die Öffentlichkeit besteht, sollte der Fall aus dem Bereich der Freiheit herausgenommen und in den Bereich der Moral oder des Rechts gestellt werden".⁴²⁶ Selbst wenn man in den oben genannten Fällen eine Schädigung anderer Personen durch das Verhalten des Handelnden bejaht, ist die Missbilligung des Handelnden auf den Bereich der Sittlichkeit zu beschränken und keinesfalls als strafwürdig anzusehen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass das untersuchte Verhalten geeignet ist, einen Schaden im Sinne von *Wrong* zu verursachen. Wenn man zunächst bedenkt, dass derjenige, der diesen Schaden (*Harm*) erleidet, der Handelnde selbst ist, könnte dies nicht als rechtlicher Grund für die Kriminalisierung des Verhaltens auf der Grundlage des Harm-Prinzips angeführt werden. Denn, wie Feinberg feststellt, "*the harm principle will not justify the prohibition of consensual activities even when they are likely to harm the interests of the consenting parties*". Die Anwendung des Schadensprinzips wäre daher noch weniger gerechtfertigt, um eine Handlung zu bestrafen, bei der der Handelnde, wenn er sich überhaupt *wrong* verhält (d.h. ein Unrecht begeht), dies gegen sich selbst und nicht gegen andere tut.

Und selbst wenn man dieses Verhalten als schädigend qualifizieren würde, wären die Voraussetzungen für eine Schädigung im Sinne von Unrecht (*wrong*) immer noch nicht erfüllt, weil es an dem Erfordernis der Verletzung von Rechten anderer fehlt, und zwar auch dann, wenn diese "anderen" die Allgemeinheit sind. Schließlich könnte man fragen: Welches Recht der Allgemeinheit würde durch ein solches Verhalten verletzt? In welchem rechtlichen Sinne könnte man sagen, dass das Verhalten von *A*, der spielt, oder das Verhalten von *B*, der eine

⁴²⁶ (Mill, *Ensaio sobre a liberdade*, 2006), S. 116.

Spielbank betreibt, die Gesellschaft schädigt? In diesen Fällen kann weder ein öffentliches Interesse (*public interest*) noch ein universelles Interessensnetz (*universal net of interest*), in dem von Feinberg behandelten Sinne, ein strafrechtlich schützenswertes.

C. Legitimation nach der Gefühlschutzlehre

1. Einführung

Wie bereits im Verlauf dieser Untersuchung dargelegt, ist die Annahme, dass die Legitimation einer Strafrechtsvorschrift ein Rechtsgut voraussetzt, besonders weit verbreitet und findet breite Akzeptanz. Verhaltensweisen, die nur auf einer moralischen Norm beruhen oder deren Schutzobjekt nur Gefühle sind, sollen außerhalb des Strafrechts bleiben.⁴²⁷

In der Praxis lässt sich aber nicht leugnen, dass es Straftatbestände gibt, bei denen ein Bezug zum Schutz von Gefühlen unvermeidlich ist. Die Diskussion darüber ist in Deutschland nicht neu, insbesondere wenn man bedenkt, dass es eine Gruppe von Straftaten gibt, deren Legitimation auf der Grundlage des Rechtsguts fragwürdig ist. Aber das Problem ist allen Rechtssystemen gemeinsam, und in Brasilien gibt es mehrere Straftaten, die zu der gleichen Diskussion Anlass geben.

In der Diskussion zu diesem Thema gibt es zwei wichtige Aspekte, von denen der eine eigentlich eine Folge des anderen ist. Zum einen erkennen viele Autoren die Schwierigkeit, die Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen durch das Rechtsgut zu rechtfertigen. Zum anderen lehnen sie die Vorstellung ab, dass solche Verhaltensweisen auf dem Schutz eines Gefühls beruhen könnten, und versuchen gerade deshalb, der Idee eines auf Gefühlen beruhenden Verbrechens durch den Rückgriff auf ein fragwürdiges Rechtsgut zu entgehen.

Dieses Phänomen gewinnt vor allem im Bereich der Wirtschaftskriminalität und der Umweltkriminalität zunehmend an Bedeutung. Schließlich ist die so genannte moderne Kriminalität mit der Praxis von Kriminalitätsformen verbunden, die ein breites Spektrum von Dimensionen aufweisen und häufig die gesamte Gesellschaft oder eine unbestimmte Anzahl von Personen betreffen. Es besteht eine Tendenz zur Kollektivierung von Rechtsgütern, da es bei vielen dieser Verhaltensweisen kein spezifisches Opfer gibt. Insofern ist ein personaler Rechtsgutsbegriff ein Hindernis für die Akzeptanz der Gefühlsschutzlehre.⁴²⁸

⁴²⁷ Vgl. Wohlers/Went 2010, (289), 290: „Weitgehend einig ist die moderne deutschsprachige Strafrechtswissenschaft darin, dass der Einsatz strafrechtlicher Normen dann illegitim sein soll, wenn es darum geht, Gefühle oder Moral- bzw. Wertvorstellungen zu schützen.“

⁴²⁸ Vgl. Müller-Dietz 1992, S. 112: “Gegen diese Tendenzen einer ‘Vergesellschaftung’ der ‘individuellen’ und personalen Elemente im Recht führt Hassemer den von ihm inaugurierten personalen Rechtsgutsbegriff ins Feld“.

Während sich auf der einen Seite zunehmend Widerstand gegen eine individualistische Rechtsgutslehre regt, wird auf der anderen Seite die Legitimation vieler dieser Kriminalisierungen in (scheinbar) kollektiven Rechtsgütern gesucht.

Diese Schwierigkeit, für alle Straftaten ein schutzwürdiges Rechtsgut zu finden, ist allerdings keineswegs neu. Ebenso wenig neu ist das Dilemma, dass es einerseits kriminalisierte Verhaltensweisen gibt, die zwar scheinbar im Gefühlsschutz verankert, aber weit davon entfernt sind, ein Rechtsgut im liberalen Sinne zu sein; und dass es andererseits notwendig und gerechtfertigt ist, an der Kriminalisierung festzuhalten. Es ist nur nicht klar, auf welcher Grundlage sie legitimiert sein soll.

Ein Versuch, einige dieser Verhaltensweisen zu legitimieren, liegt nach wie vor in der Rechtsgutslehre, und zwar in den so genannten Friedensschutzdelikten, die in dieser Untersuchung bereits diskutiert wurden (Kapitel 6, A, 4.1). Eine Rückbesinnung auf dieses Thema ist aber nur an dieser Stelle notwendig, weil gerade die Gefühlsschutztheorie eine mögliche Alternative zur Legitimation solcher Strafnormen darstellt.

Im Folgenden sollen einige Überlegungen dazu angestellt werden. Anhand konkreter Beispiele aus dem StGB selbst wird dieser Vergleich zwischen den sogenannten Friedensschutzdelikten (nach der Rechtsgutslehre) und den Gefühlsschutzdelikten (nach der Gefühlsschutzlehre) vorgenommen. Ziel des Abschnittes ist es, auf der Grundlage dieser Überlegungen zu untersuchen, ob das Glücksspielverbot nach einer dieser Grundlagen rechtmäßig ist.

2. Die Begriffe Gefühlsschutz- und Verhaltensdelikt

Gefühle sind als psychologisches Phänomen erwartete Reaktionen auf die Verletzung von Rechten oder Interessen. In diesem Sinne löst jedes Verbrechen eine innere Reaktion des Opfers und möglicherweise der gesamten Gesellschaft aus, die durch Empörung, Wut, Auflehnung, Unsicherheit und Rache gekennzeichnet sein kann. Die Bestrafung von Verbrechen erzeugt einen "Vertrauenseffekt" in der Bevölkerung, die sich sicher und zufrieden fühlt, wenn sie sieht, dass das Recht siegt. Zu diesem Zweck verbindet Volk die Generalprävention als Strafzwecktheorie, die er als Voraussetzung für den Schutz von Gefühlen voraussetzt, mit dem Gefühl der Bevölkerung als "sozialpsychologische Annahme des Strafrechts". In diesem Sinne sei das Ziel des Strafrechts nichts anderes als der von Gefühlen.⁴²⁹

⁴²⁹ Volk 2011, 215 ff..

Würde man den Begriff aber so weit fassen, könnte jedes Delikt als Gefühlsschutzdelikt qualifiziert werden, was natürlich nicht der Fall ist. Insofern ist auch kein Raum für einen Vergleich mit Delikten, die einen materiellen Schaden verursachen, insbesondere Strafnormen zum Schutz "handfester" Güter wie Leben, körperliche Unversehrtheit.

Auch daraus können Menschen lernen, insbesondere wenn sie in der Lage sind, die immateriellen Folgen zu begreifen. Zu dieser Gruppe gehören die Gefühlsschutzdelikte, deren Legitimation in der strafrechtlichen Literatur intensiv diskutiert wird. Nicht weil sie immaterielle Güter schützen sollen, sondern weil es eine Herausforderung ist, eine klare Grenze zu ziehen zwischen Verhaltensweisen, die zwar Unbehagen auslösen, aber in einer von unterschiedlichen Weltanschauungen geprägten Gesellschaft toleriert werden müssen, und Verhaltensweisen, die unter Strafe gestellt werden müssen, weil sie das friedliche Zusammenleben gefährden.

Die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Systematisierung dieses Themas hat in der strafrechtlichen Literatur zur Verwendung von Begriffen und Konzepten geführt, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

Der Begriff *Verhaltensdelikte* anstelle von Gefühlsschutzdelikten ist gebräuchlicher⁴³⁰, meint aber dasselbe wie der Begriff *Gefühlsschutzlehre*, nämlich die Kriminalisierung von Verhaltensweisen, die gegen in der Gesellschaft verwurzelte Wert- oder Verhaltensvorstellungen, gegen in der Gesellschaft homogene Überzeugungen verstoßen.⁴³¹

Die Verwendung von Ausdrücken wie *tief verwurzelte kulturelle Überzeugungen* und *tief verinnerlichte Werthaltungen der Bevölkerung* offenbart den Versuch, bestimmte strafrechtliche Regelungen zu differenzieren (und zu legitimieren) und sie vom Vorwurf der Moralisierung des Strafrechts zu distanzieren.⁴³²

Stratenwerth etwa verwendet diese Begriffe, um sich von der moralischen Dominanz der Strafnormen abzugrenzen. Verhaltensdelikte sind für den Autor Normverstöße die wirklich allgemeine und tief verinnerlichte Werthaltungen der Bevölkerung berühren.

Einer der Kritikpunkte an solchen Annahmen ist der fehlende Konsens in einer Gesellschaft über solche Elemente. Es ist in der Tat sehr wichtig, dass der "Konsens" oder die "Begriffe, die gesprochen werden", unbestreitbar kein Konsens in der Gesellschaft ist. Dies ist

⁴³⁰ Vgl. Seelmann 2007, S. 893 ff.

⁴³¹ Vgl. Hefendehl 2002-B, 21 ff.

⁴³² Amelung und Hefendehl, u. a., hatte schon früher darauf hingewiesen, dass rein moralische Normen die Grundprinzipien der Verfassung widersprechen.⁴³²

auch nicht der Anspruch der Theorie, denn ein gesellschaftlicher Konsens ist keine Voraussetzung für die Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens.

Die Legitimation würde sich einfach aus einer Anerkennung der Gesellschaft ergeben. Als Beispiel dafür nennt Stratenwerth die Tierquälerei, die nicht zugelassen werden sollte. Aber nicht zulassen bedeutet nicht, dass das Verhalten unter Strafe gestellt werden soll.⁴³³

Die Legitimation von Verhaltensdelikten durch den Rückgriff auf kulturelle Überzeugungen muss jedoch berücksichtigen, dass wir in einer aufgeklärten, pluralistischen und multikulturellen Gesellschaft leben. Denn zu den Entfaltungsbedingungen der Person gehöre nicht, dass sie in ihren persönlichen moralischen Wertvorstellungen unbehelligt bleibe. In einer pluralistischen Gesellschaft wie der unsrigen ist es notwendig, mögliche Störungen zu unterstützen.⁴³⁴ Es darf nicht vergessen werden, dass subjektive Wertvorstellungen unterschiedlich sein können und nebeneinander Platz haben müssen, um ein friedliches Zusammenleben zu gewährleisten. Hier geht es um die notwendige Toleranz gegenüber dem Andersdenkenden.

Die Frage sei dann, in welchem Bereich noch Einigkeit bestehe. Gerade wegen dieser unterschiedlichen Wertungen müssen gegensätzliche sittliche Überzeugungen aufeinander prallen. Moralische Überzeugungen dürften aber nicht mit beliebigen Argumenten verwechselt werden, wie Stratenwerth betonte.⁴³⁵ Diese Begriffe dürften, wie Seelmann sagt, als Abgrenzung noch zu vage sein.⁴³⁶

3. Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls als Voraussetzung der Gefühlschutzlehre

Hörnle definiert echte (oder reine) Gefühlsschutzdelikte als solche, bei denen keine Möglichkeit der Verletzung fremder Rechte erkennbar ist.⁴³⁷ Bei echten (reinen) Gefühlsschutzdelikten ist keine Verletzung von Rechten anderer erkennbar. Für Seelmann verhindern die echten Gefühlsschutzdelikte ausschließlich unangenehme Gefühlszustände. Zu den Gefühlsschutzdelikten im engeren Sinne zählt er beispielsweise § 167a. Als Beispiel nennt Roxin § 183a StGB.⁴³⁸

Schon die (unreinen) Gefühlsschutzdelikte dienen nicht ausschließlich dem Schutz von Gefühlen, denn hinter den negativen Gefühlen bestimmter Betroffener stehen Rechte dieser Personen. Beispiele hierfür sind die §§ 111, 130, 140, 166, 185 ff. Die Strafvorschriften, die

⁴³³ Stratenwerth 2006, 157 ff.

⁴³⁴ Roxin 2010, Fn. 54.

⁴³⁵ Stratenwerth 2006, S. 161

⁴³⁶ Seelmann 2007, (893), 897

⁴³⁷ Hörnle 2003, (268), 269.

⁴³⁸ Roxin 2006, § 2 Rn. 30.

den Gefühlsschutz verkörpern, tun dies auf der Grundlage eines Sicherheitsinteresses und eines damit verbundenen Abwehrrechts.⁴³⁹

Anstelle der von Stratenwerth und Hefendehl verwendeten Begriffe - *tief verwurzelte kulturelle Überzeugungen und allgemein tief verinnerlichte Werthaltungen der Bevölkerung* - schlägt Seelmann eine Differenzierung zwischen bloßem Schutz von Gefühl und Schutz von Orientierung (*Orientierungskompetenz* und *Orientierungssicherheit*) vor.⁴⁴⁰ Verhaltensdelikte werden dann als legitim angesehen, wenn der Betroffene in seiner Orientierungssicherheit verletzt wird. Und zwar mit einer solchen Intensität, dass der Betroffene ins Wanken gerät, seine eigene Rechtssubjektivität missachtet sieht. "Es kann, in einer sich kulturell ständig verändernden Welt, nicht die Aufgabe des Strafrechts oder auch generell des Rechts sein, einen bestimmten beliebigen Stand der Orientierung von Menschen festzuhalten".⁴⁴¹

Es genügt nicht, dass das Verbrechen als Schutzobjekt irgendeine Orientierung (*Einzelne Orientierungen*) hat, denn das würde es zu einem bloßen Moralschutz machen. Der Schutz muss der Orientierungskompetenz des Individuums als Rechtssubjekt entsprechen.

Die Verletzung muss also so erheblich sein, dass sie die Rechtssubjektivität eines anderen bedroht. Das Verhalten muss die allgemeine Orientierungskompetenz als Kern der Rechtssubjektivität erreichen (beeinträchtigen). Einzelne Orientierungen rechtlich zu schützen, wäre in der Kantischen Tradition ein unzulässiger Rechtsschutz der (bloßen) Moral.⁴⁴²

Der normative Individualismus ist eine wesentliche Grundlage für die Beurteilung jedes dieser möglichen Kriterien, sowohl der *Orientierungskompetenz* als auch der *tief verwurzelten kulturellen Überzeugungen e allgemeiner tief verinnerlichter Werthaltungen der Bevölkerung*, deren zentraler Punkt die Beeinträchtigung der Rechtssubjektivität des Betroffenen ist. Im Mittelpunkt der Kritik an den Verhaltensdelikten steht jedoch die Schwächung der These von der Trennung von Recht und Moral, wenn auch in einer positivistischen, nicht extremen Konzeption.

Zur Schwierigkeit, eine klare Grenze zwischen Verhaltensdelikten und bloßem Moralismus im Strafrecht zu ziehen, meint Seelmann: "Für die Bestimmung der Grenzen legitimer Kriminalisierung erscheint dieses Kriterium noch etwas vage. Das hier entwickelte Modell gibt nämlich zugebener Massen nur einen Richtwert, keine eindeutige Grenzlinie".⁴⁴³

⁴³⁹ Hörnle bekräftigt die Kritik, die an diesem RG geäußert wurde: "jede Straftat stellt per definition einen Vestoß gegen die Rechtsordnung und gegen die öffentliche Sicherheit im polizeirechtlichen Sinn dar." (Hörnle 2003, (268), 270/271.

⁴⁴⁰ Vgl. Stratenwerth 2003, 255 ff.; Hefendehl 2002, S. 52 ff.; Jung 1983, S. 311 ff.

⁴⁴¹ Seelmann 2007, (893), 897.

⁴⁴² Vgl. Seelmann 2007, (893), 897/898.

⁴⁴³ Seelmann 2007, (893), 900.

In der vorliegenden Untersuchung werden sowohl das Sicherheitsgefühl als auch die tief verwurzelte Kulturüberzeugungen und tief verinnerlichte Werthaltungen der Bevölkerung als notwendig für die Legitimation von Kriminalität auf der Grundlage der Gefühlsschutztheorie angesehen: Das Sicherheitsgefühl, das die Schwere des Vergehens (das Glücksspiel) stoßes gegen die Rechte eines anderen zu kennzeichnen pflegt, muss geeignet sein, das friedliche Zusammenleben in der Gesellschaft zu bedrohen. Dieses Gefühl ist eng mit den kulturellen Überzeugungen und Werten der Bevölkerung verbunden. In diesem Sinne wäre die Bestrafung von Verhalten, das gegen diese Überzeugungen und Werte verstößt, gerechtfertigt. Roxin hält Strafandrohungen für legitim, wenn der Einzelne sich in seinem Sicherheitsgefühl beeinträchtigt fühlt, denn ein friedliches und freies Zusammenleben setzt voraus, dass man keine Angst vor anderen haben muss.⁴⁴⁴

Eine der größten Schwierigkeiten besteht in der Unterscheidung zwischen einem Verhalten, das die Gefühle verletzt, was die Grundlage für jede Legitimation auf der Grundlage der Gefühlsschutzlehre ist, und einem Verhalten, das das Rechtsgut des öffentlichen Friedens, einschließlich der öffentlichen Sicherheit, verletzt. In der Tat ist die Unterscheidung alles andere als einfach, und zumindest ein Vorwurf, der üblicherweise gegen das eine erhoben wird, trifft auch auf das andere zu: die Vagheit und Abstraktheit dieser angeblichen Legitimationskriterien.

4. Die unerklärliche Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Friedensschutzdelikten

Es gibt Tatbestände, bei denen die strafrechtliche Literatur schwankt und sie mal als Verhaltensdelikte, mal als Straftaten gegen den öffentlichen Frieden einstuft. An dieser Stelle soll, nur um die bestehenden Unterschiede zu verdeutlichen, ein oberflächlicher Hinweis auf einige Beispiele von Straftatbeständen des StGB gegeben werden.

Dazu gehören die Störung der Totenruhe und die Störung von Bestattungsfeiern (§§ 168, 167a), die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166), Exhibitionistische und öffentlich sexuelle Handlungen (§§ 183, 183a), Gelangenlassen einfacher Pornographie an einen anderen ohne dazu aufgefordert worden zu sein (§ 184 Abs. 1 Nr. 6), Inzest (§ 173) und das sog. Auschwitz-Leugnen (§ 130 Abs. 3).

Bei den Straftatbeständen, die dem Schutz des innersozialen öffentlichen Friedens dienen, stellt sich die Frage nach den legitimen Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit.

⁴⁴⁴ Roxin 2006, § 2 Rn. 27.

Was wir wissen müssen, ist die Anerkennung der politischen Ansichten des Friedens als neue Rechte für diese Personen, wie es im Fall des Rechts auf Anhörung der Fall ist.

Nehmen wir als erstes Beispiel den § 86a StGB (Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen). Dieser Straftatbestand - wie auch die in den §§ 84, 85 und 86 vorgesehenen - ist eigentlich kein Gefühlsschutzdelikt im eigentlichen Sinne, sondern ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Denn Grundlage dieser Straftatbestände ist eine Gefährdung des freiheitlichen Gesellschaftssystems, indem ein solches Verhalten die Ausbreitung von Organisationen begünstigen kann, die den demokratischen Rechtsstaat gefährden.⁴⁴⁵

Sie dienen dem Schutz der Rechte von Armee und Militär oder der Verweigerung des Wahlrechts im Ausland (d.h. in der Bundesrepublik Deutschland). Beide Rechtsgüter sind legitim.

Schutzgut ist der politische Friede, aber auch die freiheitliche demokratische Grundordnung und der Gedanke der Völkerverständigung. Es handelt sich um einen abstrakten Gefährdungstatbestand, da es an einer konkreten Gefährdung dieses Rechts fehlt.

Auch die Verwendung nationalsozialistischer Symbole und das sog. Auschwitz-Leugnen lassen sich nicht ohne weiteres unter der Rubrik der Gefährdungsdelikte legitimieren.

Die Ratio der Straftatbestände in § 86a, 130 Abs. 3 ist daher nicht in einer zweckrationalen Begründung als Gefährdungsdelikt zu suchen, sondern in der Verärgerung und Beunruhigung der Bevölkerung.

Weder der Schutz des demokratischen Rechtsstaates noch des politischen Friedens (insbesondere des Ansehens Deutschlands im Ausland) sind für Hörnle überzeugende Begründungen für den Straftatbestand des § 86a. Nur der Schutz von Gefühlen könne ein solches Verbot legitimieren, nicht aber die "Gefühle der Opfer nationalsozialistischer Verfolgung", denn dies würde eine solche Ausweitung implizieren, um zu einer nicht bedrohlichen Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen zu gelangen. Um diese Möglichkeit auszuschließen, kritisiert Hörnle ein BGH-Verfahren, in dem festgestellt wurde, dass § 86a die Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen nicht nur bei politischen Aktivitäten erfasse.⁴⁴⁶ In diesem Fall ging es um den Vertrieb von Flugzeugmodellen unter originalgetreuer Abbildung eines Hakenkreuzes. Für Hörnle ist dies aus der Sicht der Opfer des Nationalsozialismus nicht bedrohlich, so dass die Betrachtung kriminellen Verhaltens dem Tätertypus den Schutz eines bloßen Tabus zuweist. „Die strafrechtliche Absicherung des Tabus,

⁴⁴⁵ (Roxin, A.T...., 2006), § 2 Rn. 45, S. 28

⁴⁴⁶ BGHSt. 28, 394, 397.

soweit es sich gegen die Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen schlechthin richtet, ist keinesfalls zu begründen“.⁴⁴⁷

Es ist vielmehr fraglich, ob solche Straftatbestände überhaupt eine solche Grundlage haben, denn inwieweit sind, wie Hörnle sagt, patriotische Gefühle in der Bevölkerung verbreitet? Schon unter dem Gesichtspunkt des Gefühlsschutzes ist verständlich, warum die Verwendung der ursprünglichen nationalsozialistischen Kennzeichen verboten ist. Ein solches Verhalten ruft trotz seines geringen Gefährdungspotentials für das Verfassungssystem starke negative Gefühle hervor. Die Legitimation des § 86a besteht darin, dass er die Gefühle, die durch die Verletzung eines Tabus mit besonderer Heftigkeit hervorgerufen werden, unter Strafe stellt.⁴⁴⁸

Die Bestrafung exhibitionistischer Handlungen (§ 183) ist nach Roxin zulässig, weil solche Verhaltensweisen die Furcht vor sexuellen Übergriffen wecken. Und hier weist der Autor auf die Variabilität möglicher Belastungsgründe hin:

(...) sollte sich aber im Laufe der Zeit in der Bevölkerung die Meinung durchsetzen, das ein solches Verhalten sich nur als ein für die Allgemeinheit ungefährliches Symptom einer seelischen Störung darstelle, so würde seine Bestrafung nicht mehr dem Rechtsgüterschutz, sondern der Verhinderung einer bloßen Moralwidrigkeit dienen und müsste entfallen.⁴⁴⁹

Bis dahin ist es nicht möglich, in Bezug auf eine bestimmte Gesellschaft zu sagen, ob die angenommene Gesellschaft fähig sein wird oder nicht. Denn letztlich sind alle Bedingungen für die Entwicklung des Menschen, für ein friedliches Leben, zweifellos im Laufe der Zeit Veränderungen unterworfen. Das Problem besteht darin, dass diese Veränderungen, wenn sie sich auf Verhaltensweisen beziehen, die mit Moralvorstellungen verbunden sind, so verstanden werden können, dass es diese Veränderungen sind, die bestimmen, was als strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut betrachtet werden sollte und was nicht.

Zu dem von Jakobs angeführten Beispiel der Homosexualität meint Roxin hingegen, es sei unerheblich, ob sich aus diesen kühnen Thesen begründen lasse, dass die genannten Vorschriften in ferner Vergangenheit einmal ein Rechtsgut geschützt hätten. „Rechtsgüter haben keine naturrechtliche Ewigkeitgeltung, sondern sind dem Wandel der verfassungsrechtlichen Grundlagen und der sozialen Verhältnisse unterworfen“.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Hörnle 2005, S. 279.

⁴⁴⁸ Vgl. Hörnle 2005, S. 276/277.

⁴⁴⁹ Roxin 2006, § 2 Rn. 63, S. 33.

⁴⁵⁰ Roxin 2006, S. 51.

Bestimmte Straftaten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit geschützt, was keineswegs per se einen Legitimationsmangel bedeutet.⁴⁵¹ Das liegt auch daran, dass das Verhalten, das als verboten bezeichnet wird, einer Handlung entspricht, die tatsächlich die Ausübung eines Glaubens oder einer Religion bedroht oder beeinträchtigt. Das Verhalten sollte nicht, wie Feinberg vorschlägt, als von der Meinungsfreiheit gedeckt angesehen werden.

Dies ist z.B. bei den §§ 166 und 167 StGB der Fall. Für Hörnle verstoßen die Tatbestände des § 166 nicht gegen die Grundrechte des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG, weil sie sich nicht auf die Freiheit anderer beziehen, sich in Wort und Tat zu einer Religion oder Weltanschauung zu bekennen. "Weder Art. 4 GG noch ein Rechtsgut 'öffentlicher Friede' können die Notwendigkeit einer solchen Verbotsnorm begründen".⁴⁵²

Der Straftatbestand des § 167 wiederum, so Hörnle, habe kein Rechtsgut des öffentlichen Friedens, sondern ein Gefühl selbst: „Das Umschwenken der heute ganz herrschenden Meinung auf den öffentlichen Frieden als Rechtsgut von § 167 Abs. 1 Nr. 2 überspielt die eigentliche Ratio des Verbots. Offen wäre der Fall des Abs. 2. nach wie vor, so der Autor, anders als eine einfache "verbale Angriffe nach § 166, die nicht während der religiösen Zerimonie erfolgen".⁴⁵³

Selbst der Verfasser des Alternativ-Entwurfs schlug vor, den Straftatbestände des § 167 mit der Begründung auszuschließen, dass es nicht darum gehe, das Recht auf Freizügigkeit zu gewährleisten. Die Prämisse ist, dass zur Rechtfertigung einer Kriminalisierung eine Beeinträchtigung der Rechte anderer Personen erforderlich wäre, die als Störung des allgemeinen Sicherheitsinteresses qualifiziert werden könnte.⁴⁵⁴

5. Schutz von Tabus

Zu den besonders heiklen Themen der Rechtsgutslehre gehören Strafrechtsformen, deren Fortbestand oder Entstehung auf alten oder neuen Tabus beruht. Es geht um Tatbestände, die nicht Rechte, sondern gesellschaftliche Tabus oder auch nur Gefühle gefährden oder verletzen. Tabus sind nach Hörnle eine Unterkategorie der allgemeinen soziaethischen Verhaltensvorschriften.

Hörne ist der Ansicht, dass der Begriff "Tabu" sowohl die "wahre Moral" als auch die "konventionelle Moral" umfasst. Letztere wiederum hat einen eingeschränkteren

⁴⁵¹ Vgl. Amelung 1972, S. 2: „Gott selbst hat keinen Platz mehr in dem durch den Gesellschaftsvertrag geordneten Gemeinwesen, nur noch die religiöse Überzeugung der im Staate zusammenlebenden Bewohner, die um des Friedens, d. h. um der äußeren Ordnung willen, unter Schutz gestellt wird.“

⁴⁵² Hörnle 2005, S. 354/355.

⁴⁵³ Hörnle 2005, S. 361.

⁴⁵⁴ Vgl. Baumann u.a., AE-BT, S. 77.

Anwendungsbereich, der nur den "aktuellen Verhaltensmaximen, die mehrheitlich als gültige Vorgaben anerkannt werden" entspricht.⁴⁵⁵

Eine Vorschrift schützt ein Tabu, wenn dem kriminalisierten Verhalten kein hinreichend schutzwürdiges Rechtsgut gegenübersteht, obwohl das Verhalten von einem erheblichen Teil der Bevölkerung als inakzeptabel angesehen wird.

Es scheint das Verständnis vorzuherrschen, dass bloße Tabus nicht dem strafrechtlichen Schutz unterliegen sollen, da sie weder Dritte noch die Allgemeinheit schädigen. Dazu sagt Amelung, dass Aufgabe des Strafrechts die Erhaltung menschlicher Ko-Existenz, nicht menschlicher *Ko-Sentimente*, sei⁴⁵⁶ Aus diesen Gründen hält u.a. Roxin die Legitimation des § 173 StGB (Inzest) für fragwürdig, gerade weil es sich um die Kriminalisierung eines Tabus handelt.

Das Problem bestehe darin, klar zu definieren, was ein *bloßes Tabu* sei. Hörnle lässt die Frage offen, ob Strafnormen legitimiert werden können, um einem gesellschaftlichen Bedürfnis nach Tabuschutz nachzukommen. In diesem Fall müsse die Legitimation der Norm jedoch im Rahmen einer rationalen Strafrechtsdiskussion gesucht werden.⁴⁵⁷

Volk weist jedoch auf die Schwierigkeit hin, die Bedeutung tief sitzender Gefühle und Gedanken zu erkennen und zu ignorieren. Nichts, so Volk, könne die Menschen mehr beunruhigen als ein Tabubruch. Und diese These, dass Tabus Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes sein können, wäre nach Volk immun gegen Kritik, weil die Generalpräventionstheorie auf Annahmen beruhe, die weder beweisbar noch falsifizierbar seien.⁴⁵⁸

6. Zwischenergebnis

Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl das Strafrecht als auch das Gesetz sozialpolitisch wirken können. Insbesondere gibt es Verhaltensnormen, die in gewisser Weise auch der Moral (oder Sittlichkeit) entsprechen, und das spricht nicht *per se* gegen ihre Legitimität.

Problematisch ist es hingegen, wenn es sich um Normen handelt, die als Rechtfertigung nur den Schutz von Gefühlen haben. Mehr noch: Gefühle, die erstens keine Rechte Dritter begründen, zweitens keine Gefahr für die Rechtssicherheit darstellen, drittens

⁴⁵⁵ „Im Unterschied zu einer konventionellen Mehrheitsmoral, die von einer oft beträchtlichen Minderheit nicht geteilt wird, sind Tabus besser und umfassender verankert.“ (Hörnle 2005, S. 114).

⁴⁵⁶ Amelung 1972, S. 347.

⁴⁵⁷ „Eine solche Begründung der Weiterexistenz dieser Normen und der damit verbundene Verzicht auf eine durchgängig zweckrationale Rechtfertigung des Strafrechts sollte in der strafrechtsinternen Diskussion offen ausgesprochen werden. Dies setzt voraus, dass derartige Fragen nicht länger hinter der Konstruktion von Scheinrechtsgütern wie dem öffentlichen Frieden versteckt werden.“ (Hörnle 2003, 268 ff).

⁴⁵⁸ Volk, 2011, 215 ff.

nicht mit einem Grundkonsens, tief verwurzelten kulturellen Überzeugungen oder tief verinnerlichten Werthaltungen der Bevölkerung identifiziert werden können.

Auch bloße Gefühle (Gefühlsschutz) können nicht als strafrechtlich schutzbedürftige Rechtsgüter angesehen werden. Es gibt Verhaltensweisen, die Ärger, Empörung, Antipathie hervorrufen können; sie können letztlich unseren persönlichen Wertvorstellungen widersprechen. Aber nicht alle unsere persönlichen Werte können als Voraussetzung für Entwicklung (Entfaltungsbedingungen) oder für die Aufrechterhaltung eines friedlichen Zusammenlebens angesehen werden.

In einer pluralistischen Gesellschaft mit unterschiedlichen Weltanschauungen setzt ein friedliches Zusammenleben Toleranz gegenüber Verhaltensweisen voraus, die den Wertvorstellungen anderer widersprechen.⁴⁵⁹

Eine klare und objektive Unterscheidung zwischen Rechtsgütern und Gefühlen ist freilich keine leichte Aufgabe.⁴⁶⁰ Denn man weiß nicht genau, wie die Grenze zwischen beiden zu ziehen ist. Die Abgrenzung zu rein moralischen Normen ist in der Tat keineswegs einfach. Die im vorigen Absatz genannten Elemente geben jedoch eine wichtige Richtung für die Argumentation vor. Gegenstand des Verbots muss ein "besonders wichtiges Interesse" sein, das der Staat für lange Zeit gewährleisten kann.

Im Falle des Glücksspielverbots, das auf der Grundlage der Gefühlsschutztheorie analysiert wurde, könnte seine Legitimität nur dann aufrechterhalten werden, wenn man die hier abgelehnte Hypothese akzeptiert, dass bloße Gefühle eine Kriminalisierung rechtfertigen können. Wie oben (Kapitel V, C) dargestellt, ist das generelle Glücksspielverbot in seinem Ursprung mit moralischen und religiösen Fragen verbunden. Es ist auch weit davon entfernt, eine Verletzung von Individualrechten darzustellen.

In der von Seelmann vorgeschlagenen Einteilung der Verhaltensdelikte würde das Glücksspielverbot in keine der beiden Gruppen passen. Es handelt sich weder um eine grobe ästhetische Belästigung noch um eine Verletzung des Pietätsgefühls. Es kann auch nicht als Verletzung eines alten Tabus angesehen werden, denn das Spielen ist alt und wird zumindest im Westen toleriert.⁴⁶¹

Das Verbot hat bis heute unkritisch überlebt, da in der brasilianischen Strafrechtsdogmatik eine Diskussion der Regel unter dem Gesichtspunkt des Gefühlsschutzes

⁴⁵⁹ Vgl. Roxin 2006, § 2 Rn. 26, S. 22.

⁴⁶⁰ Vgl. Stratenwerth 2006, S. 159.

⁴⁶¹ Dazu, *Homo Ludens* (1938), des holländischen Kulturhistoriker Johan Huizinga; und *Les jeux et les hommes* (1958) (Die Spiele und die Menschen), des französischen Philosophen und Soziologen Roger Caillois,

selten oder fast nie stattfindet. Zum Vergleich: Im Bereich des Sexualstrafrechts hat es bereits eine Reform gegeben, die zu einer Entkriminalisierung des Verhaltens geführt hat, die gerade dem kulturellen Wandel Rechnung trägt.⁴⁶²

Im Bereich des Glücksspiels hingegen sieht der Entwurf des neuen Strafgesetzbuches eine Verschärfung der Strafandrohung und eine Heraufstufung vom Vergehen zum Verbrechen vor. In der Begründung des Entwurfs heißt es zur Rechtfertigung der Änderung: „es wurde der brasilianischen Gesellschaft bereits unbestreitbar gezeigt, wie schädlich das so genannte ‚Spiel der Tiere‘ ist, und deswegen wird nicht mehr als ein Vergehen, sondern als ein Verbrechen angesehen werden“.

Bei Straftatbeständen, die grob anstößiges Verhalten unter Strafe stellen, wie es hier der Fall ist, kann eine Diskussion kriminalpolitisch von großer Bedeutung sein. Stellt man aber auf die Gefühlsschutztheorie als Legitimationskriterium für das Verbot ab, so vermögen ihre Argumente die Verfassungswidrigkeit des kriminalisierten Verhaltens nicht zu begründen.⁴⁶³

D. Legitimation nach der Lehre von der Sozialschädlichkeit

1. Bedeutung der Sozialschädlichkeit im Rahmen des Strafrechts

Ein Grundgedanke der Sozialschädlichkeitslehre besteht darin, dass die Straftat als eine Verletzung des Menschen als soziales Wesen, als Teil eines Systems, und nicht als Verletzung des isoliert betrachteten Individuums angesehen wird. Das heißt, ein Verbrechen wird als solches betrachtet, weil es gegen eine andere Person begangen wird. „Da diese aber überhaupt nur wegen ihrer Position in der Gesellschaft eine Person ist, bleibt der Konflikt ein gesellschaftlicher.“⁴⁶⁴ Mit anderen Worten: Als Störung des normativen Gefüges der Gesellschaft wird das angesehen, was Amelung als Sozialschaden bezeichnet.⁴⁶⁵ Damit wendet sich die Sozialschadenslehre gegen die individualmonistische Rechtsgutstheorie, jedenfalls in ihrer vertragstheoretisch verbrämten Variante. In einer dualistischen Sichtweise ist es unmöglich, die Existenz echter sozialer Güter nicht anzuerkennen.

Der Begriff der Sozialschädlichkeit ist jedoch nicht an die Unterscheidung zwischen individuellen und kollektiven Rechtsgütern gebunden, da auch die Verletzung eines

⁴⁶² Die Reform des brasilianischen Sexualstrafrechts, die im Jahr 2009 in Kraft trat, hat einige Straftatbestände aus dem Strafgesetzbuch ausgeschlossen. Unter solchen, diejenigen, die *ehrbare Frau* als Opfer vorsahen. Allerdings, kann man auf der Basis der strafrechtlichen Literatur dieses Landes nicht schließen, dass seine solche Entkriminalisierung Frucht der kriminalpolitischen Aufwertung der Theorie des Rechtsguts was. Dies konnte vielmehr für Folge einer Veränderung des sexuellen Verhaltens im Laufe von sechs Jahrzehnten halten.

⁴⁶³ Vgl. Roxin 2010, S. 573 ff.

⁴⁶⁴ Jakobs 2009, S. 46.

⁴⁶⁵ Amelung, 1972, S. 390.

individuellen Rechtsgutes als sozialschädliches Verhalten gilt. So ist beispielsweise das Leben ein individuelles Rechtsgut, das durch das Strafrecht geschützt wird, das die Tötung eines Menschen unter Strafe stellt. Tötet aber ein Mensch einen anderen, so verstößt er gegen die Regeln des Gesellschaftsvertrages und verursacht in diesem Sinne sozialen Schaden. Mit anderen Worten: Sozialschädlichkeit ist nicht nur ein Merkmal von Straftaten, die kollektive Rechtsgüter betreffen.

Die Autoren, die die Lehre von der Sozialschädlichkeit der Kriminalität vertreten, stützen sich auf zahlreiche Argumente, und es ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung, sich mit diesem Thema eingehend zu befassen. So gehen die Auffassungen von Amelung und Hassemer zu diesem Thema von einer nicht primär normativen, sondern eher sozialen Konzeption aus. Die Normativität besteht lediglich darin, sich an der geltenden Verfassung (bei Amelung) bzw. an der gesellschaftlichen Werterfahrung (bei Hassemer) zu orientieren, um seine Annahme des Gesellschaftsmodells zu konstruieren.

Amelung verbindet die Sozialschädlichkeit mit der Systemtheorie Luhmanns, wobei er eine Handlung dann als sozialschädlich ansieht, wenn sie "der Darstellung des Systems auf die Lösung seiner Bestandsprobleme abträglich ist".⁴⁶⁶

Marx' Position ist im Wesentlichen normativ und hat einen staatsphilosophischen Rückgriff auf die Theorie des Gesellschaftsvertrages - allerdings nicht als historisches Faktum, sondern wie bei Kant als regulative Idee.⁴⁶⁷ Er geht von einem Staatsmodell aus, ohne auf ein Gesellschaftsmodell einzugehen. Ein soziologisches Naturrecht, das in der Lage wäre, einen naturrechtlichen Begriff der Sozialschädlichkeit zu begründen, lässt sich für Jakobs aus der Systemtheorie nicht ableiten.⁴⁶⁸

Demgegenüber weisen Marx⁴⁶⁹ und Hassemer⁴⁷⁰ darauf hin, dass nicht die Gesellschaft, sondern das Individuum Ausgangspunkt der Überlegungen zur Funktion des Strafrechts sein muss.

Die Analyse der Sozialschädlichkeit in Bezug auf das Glücksspiel konzentriert sich in der vorliegenden Untersuchung nicht auf den vermeintlichen Schaden, den das Verhalten dem Spieler selbst zufügen kann, da dieser Aspekt an anderer Stelle behandelt wird (unter, V, E). Gegenstand der Analyse sind nun die sozialen Folgen des Verhaltens, insbesondere die mit dem

⁴⁶⁶ Amelung 1972, S. 390.

⁴⁶⁷ Vgl. Jakobs 2009, S. 42.

⁴⁶⁸ Vgl. Jakobs, 2009, S. 38

⁴⁶⁹ Marx 1972, S. 62.

⁴⁷⁰ Hassemer 1980, S. 132.

Glücksspiel verbundene Kriminalität, die hier als *Begleit-* und *Folgekriminalität* bezeichnet wird. Diese Aspekte der Sozialschädlichkeit sind Gegenstand des folgenden Abschnitts.

2. Die Verletzung eines subjektiven Rechts nach der Lehre vom Sozialvertrag

Nach der Lehre vom Sozialvertrag geben die Menschen ihren Naturzustand auf; sie verzichten darauf, sich nur nach ihren Instinkten, Wünschen und ihrem Willen zu verhalten, um nach den Regeln der Gesellschaft zu leben. Der Staat ist Garant dieses Gesellschaftsvertrages und schafft Kontrollinstrumente, die das friedliche Zusammenleben der Menschen gegen Störungen der Friedensordnung sichern sollen. Einerseits gilt der Staat als Garant für die Einhaltung der Vertragsregeln; er sorgt durch seine Institutionen für ein friedliches Zusammenleben der Gesellschaftsmitglieder. Andererseits verlangt der Staat von den Gesellschaftsmitgliedern auch die Einhaltung der Normen, die die Rechte der anderen garantieren. Aufgabe des Staates ist es daher, sowohl die subjektiven Rechte der Bürger als auch den Bestand der Gesellschaft in einer bestimmten Ordnung zu gewährleisten.

Das Zeitalter der Aufklärung markiert somit die Geburtsstunde des liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts, wenn auch mit der Beschränkung auf einen zwar rudimentären, formbaren und wandelbaren Kanon konkreter Rechtsgutsverletzungen, der jedoch einer Beschränkung auf sozialschädliches Verhalten unterliegt.⁴⁷¹

Das Strafrecht gilt als eines der Steuerungsinstrumente, das über die Kriminalisierung von Verhalten und die Androhung von Strafe wirkt. Auf die Frage, nach welchem Maßstab der Staat ein Verhalten unter Strafe stellen darf, beanspruchen einige Theorien eine Antwort, darunter die Lehre von der Sozialschädlichkeit. Danach sind nur solche Verhaltensweisen sozialschädlich und damit strafwürdig, die die Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens stören.

Die gesellschaftsvertragstheoretische Konzeption des Strafrechts liegt dem Denken einiger Autoren zugrunde, die als Vertreter einer soziologischen Perspektive der Verbrechenstheorie identifiziert werden können. Zu ihnen gehört Amelung, der die Sozialschädlichkeit zum Wesensmerkmal des Verbrechens erklärt. Wo dieses Wesensmerkmal fehle, habe der Staat kein Recht zu strafen.⁴⁷² Dieser Gedanke hatte bereits einen Vertreter in Feuerbach, der feststellte, dass nur solche Handlungen als Rechtsverletzung und damit als Verbrechen angesehen werden können, die die Grenzen der rechtlichen Freiheit überschreiten.

⁴⁷¹ Vgl. Müller-Dietz 1992, S. 95 ff.

⁴⁷² Vgl. Amelung 1972, S. 20.

Eine Handlung, die kein subjektives Recht eines anderen verletze, könne auch kein Verbrechen sein.⁴⁷³

3. Die Gutsverletzungstheorie von Birnbaum als Embryo der Rechtsgutsverletzungstheorie

Birnbaum ersetzte den auf einer Theorie der Rechtsverletzung beruhenden Verbrechensbegriff durch einen anderen Verbrechensbegriff, wonach das Objekt der Verletzung nicht das subjektive Recht, sondern das Gut, sei es eine Person oder eine Sache, war. Damit wurde das Schutzobjekt des Strafrechts zum Gut, so dass eine Straftat nur dann gerechtfertigt wäre, wenn sie dem Schutz vor der Verletzung eines Gutes diene.

Anders als der Begriff der Sozialschädlichkeit, der sich aus der Theorie des Sozialvertrags ableitet, ist der Begriff des Gutes nicht an ein Sozialmodell, sondern an ein positivistisches Verständnis des Verbrechensbegriffs gebunden. In Birnbaums Denken lässt sich eine Theorie der Güterverletzung als Keimzelle dessen ausmachen, was die Rechtsgutstheorie wäre, auch wenn sich die Theorie der Güterverletzung auf eine individualistische Konzeption des Verbrechensbegriffs beschränkt.

Nach dieser restriktiven Auffassung Birnbaums besteht der Kern der Diskussion nicht in der Suche nach einer Legitimationsbasis für kriminelle Eingriffe, sondern konzentriert sich auf das Interesse an Menschen und Dingen als potenzielle Verletzungsobjekte. Dieser Gedanke erschwert es, Kriminalität mit möglichen sozialen Schäden in Verbindung zu bringen, so dass die Lehre von der Sozialschädlichkeit als vermeintliches Legitimationskriterium für Kriminalität, insbesondere für solche, die sich durch die Verletzung von "Gemeingütern" auszeichnen, keine große Bedeutung hatte.

4. Die Lehre der Sozialschädlichkeit und ihre Verbindung mit der Rechtsgutslehre

Der Begriff des Rechtsguts verbreitete sich, ausgehend von Binding, zunächst im herrschenden positivistischen Kanon der zweiten Hälfte des 19. Es ist ein wenig paradox, dass der Rechtsgutsbegriff in einer Zeit geboren wurde und seine Entwicklung begann, die von einer positivistischen Philosophie geprägt war, die nun auch die Rechtswissenschaft beeinflusste.

Eine systemtranszendierende Funktion des Rechtsgutsbegriffs war damals aber noch nicht erkennbar. Mit anderen Worten: Es gab keinen Vorwand, um ihn als Kriterium zur Charakterisierung eines legitimen oder illegitimen kriminellen Eingriffs zu verwenden. Das Verbrechen war einfach ein Normverstoß.⁴⁷⁴ Das Element, das der Rechtsgutsbegriff dem

⁴⁷³ Vgl. Feuerbach (1847) 1986), § 21.

⁴⁷⁴ Binding, BT 2/1 (1904), S. 499.

materiellen Verbrechensbegriff hinzufügte, bestand darin, das Verbrechen als Verletzung eines Wertes zu verstehen. Indem der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe stellte, erkannte er an, dass der dieser Kriminalisierung innewohnende Wert richtig und notwendig war, um ein gesundes Leben der Rechtsgemeinschaft zu gewährleisten. Die Legitimation für eine strafrechtliche Sanktionierung kann daher nur im Recht als solchem gefunden werden, und zwar unabhängig davon, welchen Zweck die Vorschrift verfolgt.

Selbst die Verletzung einer Sittlichkeit konnte mit einer Konzeption des materiellen Verbrechens aus der Rechtsverletzungstheorie von Feuerbach oder der Güterverletzungstheorie von Birnbaum vereinbart werden. "Religion und Sittlichkeit werden wieder zum Objekt staatlichen Strafschutzes, zwar nicht mehr als metaphysische Gegenstände, wohl aber als Güter des Volkes".⁴⁷⁵ Birnbaum sah auch die Verletzung der religiösen und sittlichen Überzeugungen der Bevölkerung als sozialschädlich und als Sittlichkeitsdelikte an. Gegen etliche von ihnen wandte sich gerade die Sozialschadenslehre der Aufklärung.⁴⁷⁶

Von Liszts Denken stellt eine Innovation im Strafrecht dar, die einer nicht mehr unkritischen und von der sozialen Wirklichkeit losgelösten Normanerkennung entspricht. In diesem Sinne ist das Verhältnis von Strafgewalt und Strafrecht durch Selbstbeschränkung gekennzeichnet. Neben der Idee der Strafe als Mittel zur Verhinderung schädlichen oder gefährlichen Verhaltens ist ein sehr innovativer Punkt zu sehen, der einen wichtigen Unterschied in seinem Denken ausmacht: Von Liszt schlägt im Gegensatz zu Binding vor, dass der Rechtsgutsbegriff dem Strafgesetzgeber Grenzen setzen kann.⁴⁷⁷ Die Rechtsgutslehre knüpft damit an das Strafrecht der Aufklärung an, das die Strafbarkeit auf „Sozialschäden“ zu beschränken suchte.

Die Annahme, dass die Strafgewalt nicht nur auf die Verhinderung von Sozialschäden beschränkt werden dürfe, gilt als Grundlage des aufklärerischen Denkmodells des Sozialvertrages. Nach der sozialvertragstheoretischen Auffassung von der Begrenzung des Staates in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts war das Ziel staatlicher Gewaltanwendung, nicht der Durchsetzung bestimmter Lebensformen einer herrschenden Klasse zu dienen. Dazu hatte schon Hommel, der Übersetzer Beccarias, am Beispiel des Inzests gesagt: Die Schwester

⁴⁷⁵ Amelung 1972, S. 47.

⁴⁷⁶ "Wenn sich behaupten läßt, auch die Verletzung der 'Sittlichkeit' sei eine sozialschädliche Rechtsgutsverletzung, so nimmt das Rechtsgutsdogma dem Postulat, nur sozialschädliches Verhalten zu bestrafen, fast jede normative Kraft; allenfalls außerweltliche Folgen wie die Verletzung eines göttlichen Willens können bei einer solchen Fassung des Sozialschadensgedankes nicht mehr zu Legitimierung einer Strafnorm herangezogen werden". (Amelung 1991, S. 273).

⁴⁷⁷ Liszt, Lehrbuch 21/22 (1919), S. 19 ff.

zu heiraten ist für Christen eine Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn Verbrechen oder Unrecht ist nur das, wodurch jemand beleidigt wird.

In gewisser Weise findet sich dieser Grundgedanke - die Durchsetzung bloßer Lebensformen zu vermeiden - auch in den Ideen, die im Laufe der Geschichte den sozialen Schäden entsprechen, nämlich in der Wendung von der Rechtsgutsverletzung bei Feuerbach und in der Wendung vom "Guten" oder "Rechtsgut" bei Birnbaum und Liszt.

5. Der aktuelle Stand der Diskussion um den Rechtsgutsbegriff mit Blick auf die Lehre der Sozialschädlichkeit

Eine ausführlichere Darstellung des Rechtsgutbegriffs als Legitimationskriterium ist in diesem Kapitel bereits erfolgt (oben, A), auch mit besonderem Blick auf die Glücksspielverbotsnorm, deren Legitimation Gegenstand der vorliegenden Untersuchung insgesamt ist. Die Aufnahme der Diskussion der Rechtsgutslehre in diesen Abschnitt ist nur gerechtfertigt, um eine Verbindung zur Sozialschädlichkeitstheorie herzustellen, da die Sozialschädlichkeit Schutzgegenstand einiger Normen ist, insbesondere im Bereich der Wirtschaftskriminalität, wo die Sozialschädlichkeitstheorie ein sehr verbreitetes Prinzip ist. Im Bereich der Wirtschaftskriminalität gibt es viele Verhaltensweisen, die durch ein vages und unpräzises Rechtsgut - die *Störung des Gemeinwesens* - legitimiert werden. Der Staat verkörpert dieses Gemeinwesen, und zu seiner Verteidigung wird das Recht, einschließlich des Strafrechts, als Instrument eingesetzt, um schädliches Verhalten zu verhindern.

Man kann sagen, dass die Sozialschädlichkeitslehre keine kritische Funktion beanspruchen kann, die unabhängig von der Rechtsgutslehre als Legitimationskriterium für das Strafrecht dienen könnte. Die heutige Sozialschädlichkeitstheorie und die Rechtsgutslehre sind eng miteinander verbunden. Beide zielen auf eine Begrenzungsfunktion des Strafrechts, allerdings mit folgendem Unterschied: Die Rechtsgutslehre vertritt, dass ein Verhalten nicht kriminalisiert werden darf, wenn kein strafwürdiges Rechtsgut vorliegt. Die Sozialschädlichkeitstheorie hingegen verlangt, dass ein Verhalten, um kriminalisiert werden zu können, geeignet sein muss, sozialen Schaden zu verursachen, sei es durch Schädigung oder Gefährdung. Das Strafrecht schränkt zwar die Handlungsfreiheit des Einzelnen ein, darf aber nicht mehr verbieten, als für ein friedliches und freiheitliches Zusammenleben notwendig ist.

Auf dem heutigen Stand der Rechtsgutstheorie ist es üblich, dass die Autoren als ihr wichtigstes Postulat festhalten, dass das Strafrecht nur solche Verhaltensweisen unter Strafe

stellen darf, die sozial schädlich sind.⁴⁷⁸ Mit anderen Worten: Jede Straftat ist aus dieser Sicht sozialschädlich.

6. (Un)Tauglichkeit des Glücksspiels als sozialschädliches Verhalten

Wie im Kapitel 3 dargelegt, hat sich die brasilianische Strafrechtsliteratur mit dem Tatbestand des Glücksspielverbotes im Hinblick auf das vermeintlich geschützte Rechtsgut nicht hinreichend auseinandergesetzt. Die wichtigsten Hinweise beziehen sich auf eine mögliche kollektive Verletzung, insbesondere auf die damit verbundenen Straftaten, sowohl unter dem Aspekt der Begleit- als auch der Folgekriminalität. Die von der brasilianischen Dogmatik und Rechtsprechung am häufigsten angeführten Verbotgründe sind daher solche, die nicht an den Schaden anknüpfen, den der Täter letztlich selbst erlitten hat, sondern an Tatsachen, die als mittelbare Folgen der Straftat identifiziert werden können.

Aus dieser Erwägung ergeben sich diffuse Bezüge zur Kriminalität und zu bestimmten Kriminalitätsformen wie Geldwäsche, Drogenhandel, Waffenhandel, Schmuggel und Korruption als Gründe für die Kriminalisierung des Glücksspiels. Die Legitimität der Regel, die auf der Doktrin der Sozialschädlichkeit beruht, ergäbe sich demnach aus folgender Überlegung: Der durch das Glücksspiel verursachte soziale Schaden sei schwerwiegend, da eine solche Straftat zur Begehung mehrerer anderer Straftaten führen könne, auch wenn verschiedene Faktoren dazu beitragen könnten. Die Kriminalisierung eines solchen Verhaltens ist daher geboten. Dies wird im folgenden Abschnitt untersucht.

6.1 Mittelbar verursachte Schädigungen: Die angebliche Verantwortlichkeit für mögliche spätere Folgeschäden

Es wird argumentiert, dass sich das Verhalten des Spielers von einer Spielleidenschaft zu einer Spielsucht entwickeln und weitere kriminogene Folgen nach sich ziehen könnte, und dass es daher notwendig sei, den langfristigen schädlichen Auswirkungen entgegenzuwirken, da ohne diese Verbote eine Kette negativer Folgen in Gang gesetzt würde, die nach und nach zur Viktimisierung anderer Personen führen würde.

Dasselbe Argument wird, wie Hirsch betont, meist auch im Falle des Drogenkonsums angeführt, der verboten bleiben müsse, weil er weitere kriminogene Folgen nach sich ziehe, aus denen wiederum klassisches delinquentes Verhalten wie schwere Formen des Diebstahls, der Körperverletzung, des Vandalismus etc. hervorgehen könne.⁴⁷⁹ Hier ist ein ernsthaftes

⁴⁷⁸ Vgl. Rudolphi 1970, (151) 167; Marx 1972, S. 70; Hassemer/Neumann 2005, Rn. 115.

⁴⁷⁹ Hirsch 2010, S. (57), 67.

Zurechnungsproblem zu erkennen, da dem Handelnden ein künftiger Schaden zugerechnet werden soll, von dem a) nicht bekannt ist, ob er dazu beigetragen hat oder nicht, und b) wenn er dazu beigetragen hat, nicht angegeben werden kann, ob der künftige Schaden das Ergebnis der Handlungen Dritter ist, so dass dieser künftige Schaden außerhalb der Kontrolle des Urhebers der ursprünglichen Täter liegen würde. In einer solchen Situation dem ursprünglich Handelnden die strafrechtliche Verantwortung zuzuweisen, bedeutet, den Grundsatz der persönlichen Verantwortung zu missachten. Die Entscheidung des Gesetzgebers, ein solches Verhalten unter Strafe zu stellen, sei ein klarer Fall der Erhöhung der Präventionswirkung des Strafrechts, die keine Legitimationsgrundlage darstelle. Schließlich dürfe weder das Strafrecht noch der Täter zur Erzielung eines gesellschaftlichen oder individuellen Nutzens instrumentalisiert werden.

6.2 Das Argument des Anreizes von organisierter Kriminalität

Das Argument, das Glücksspiel fördere die Entstehung organisierter Kriminalität, kann auch aus der Perspektive des problematischen Rechtsguts des öffentlichen Friedens, nämlich im Bereich der öffentlichen Sicherheit, die den Kern des öffentlichen Friedens bildet, vorgebracht werden.⁴⁸⁰ Auch hier stellt sich die Frage, ob das Spielen den Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit beeinträchtigen kann, ob es geeignet ist, eine Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung hervorzurufen, und ob dies überhaupt einen strafwürdigen Grund für eine Kriminalisierung darstellt.

Beschränkt man sich auf den strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Bereich, so erscheint es zweifelhaft, ob eine nicht empirische Untersuchung den Nachweis erbringen kann, dass die Handlung des Glücksspiels geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Dabei ist zu beachten, dass das friedliche Zusammenleben nicht als Fiktion zu verstehen ist.⁴⁸¹ Es bestehen ernsthafte Zweifel an der Seriosität einer solchen Untersuchung, insbesondere wenn sie im Bereich der Kriminalsoziologie durchgeführt wird. Dies wäre eine unzulässige Psychologisierung des Strafrechts mit unabsehbaren Folgen.

Für einen wahrscheinlichen Zusammenhang zwischen dem Glücksspiel und der Entstehung organisierter Kriminalität gibt es keine Anhaltspunkte, weder aus der Sicht des Spielers noch aus der Sicht desjenigen, der das Glücksspiel als wirtschaftliche Tätigkeit betreibt.

⁴⁸⁰ Vgl. Stein/Rudolphi 2013, § 126 Rn 1; § 130 Rn 9.

⁴⁸¹ Vgl. Anastasopoulou 2005, S. 197

Hier zeigt sich eine Vorverlagerung der Strafbarkeit auf ein völlig abstraktes Verhalten. Eine Vorverlagerung ist zwar nicht per se illegitim. Aber die vermeintliche Gefahr, die vom Glücksspiel ausgehen kann, ist eine ganz andere als etwa die des Waffenbesitzes. Das Waffengesetz ist ein Beispiel für die weithin anerkannte Vorverlagerung der Strafbarkeit aufgrund der offensichtlichen Gefährlichkeit des Verhaltens.

Die bloße Vermutung, Glücksspiel könne organisierte Kriminalität hervorrufen, reicht für ein Verbot nicht aus. Zum einen, weil dies auch für andere Verhaltensweisen gelten könnte, da z.B. im Zusammenhang mit Alkoholkonsum eine Vielzahl von Straftaten begangen werden. Würde man den Alkoholkonsum verbieten, würde dies mit hoher Wahrscheinlichkeit zu organisierter Kriminalität führen, wie die Erfahrung mit der Alkoholprohibition in den 1920er Jahren in den USA zeigte. Al Capone war ein Produkt dieser Kriminalisierung.

Es ist davon auszugehen, dass Glücksspiel mit Begleitkriminalität verbunden ist. Schließlich zeigt die Erfahrung, dass das Glücksspiel in Brasilien tatsächlich mit organisierter Kriminalität und zahlreichen Wirtschaftsdelikten, insbesondere Geldwäsche, Drogenhandel, Bestechung und Bildung krimineller Vereinigungen verbunden ist.

Die Widersprüchlichkeit dieser Argumentation ist nicht zu übersehen. Es gibt schlichtweg keinen Beweis dafür, dass das Glücksspiel oder das Betreiben von Glücksspielen den Täter dazu veranlasst, andere Straftaten zu begehen. Es ist also nicht die Tat des Spielens selbst, die zu einer möglichen Begleitkriminalität führen kann, sondern ausgerechnet der Umstand, dass das Glücksspiel unter Strafe gestellt wurde. Wenn also eine mögliche Gefährdung des öffentlichen Friedens besteht, dann nicht durch das Glücksspiel, sondern durch die Kriminalisierung selbst.

Es soll hier keine allgemeine Regel aufgestellt werden, wonach jede Straftat nichts anderes als das Produkt ihrer Kriminalisierung sei. Der Einwand beschränkt sich hier auf die Straftat, die Gegenstand dieser Untersuchung ist. Es soll auch auf den Widerspruch hingewiesen werden, der entsteht, wenn gesagt wird, dass der öffentliche Friede durch das Verhalten bedroht ist. Nicht zuletzt deshalb, weil ein direkter Zusammenhang zwischen dem Glücksspiel und der Entstehung organisierter Kriminalität nicht nachgewiesen werden kann.

Es muss jedoch erwähnt werden, dass die Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden gegen das Glücksspiel eine unerwünschte Auswirkung auf die Kriminalität hatten und haben, d. h. sie tragen nicht zu ihrer Verringerung, sondern zu ihrer Zunahme und sogar zu ihrer Ausweitung bei. Ähnlich verhält es sich mit der Drogenprohibition, wenn neben dem angeblichen Schutz der Volksgesundheit das Argument hinzukommt, dass die Prohibition auch deshalb legitimiert sei, weil sie zur Verringerung von Straftaten beitrage, deren Begehung in

irgendeiner Weise mit Drogen zusammenhängt. Dabei ist zwischen rechtsgutsrelevanten Primärschäden und rechtsgutsirrelevanten Sekundärschäden zu unterscheiden.⁴⁸²

Bei den Kollektivrechtsgütern in ihrer traditionellen Form dienen die entsprechenden Straftatbestände dem Schutz vor Fremdgefahren. Das bedeutet, dass die Gefahr, die von der tatbestandsmäßigen Handlung ausgeht, andere Personen betrifft. Dies ist bei Waffenbesitz und Lebensmittelvertrieb der Fall, im Gegensatz zu den Delikten, bei denen auch eine Eigengefährdung durch die tatbestandsmäßige Handlung eintritt, wie etwa im Betäubungsmittel- und Verkehrsstrafrecht.

Beim Betäubungsmittelverbot gibt es auch eine Art *Verbotskriminalität*. Allerdings ist beim Drogenkonsum oder Drogenhandel das zu schützende Rechtsgut nicht der öffentliche Friede, sondern die Volksgesundheit. Man mag einwenden, dass eine Aufhebung des Verbots zumindest die Begleitkriminalität reduzieren würde, aber die Drogen würden dadurch nicht zu einem gesunden Konsumgut.

Was in diesem Abschnitt betont wird, ist die Unbestimmtheit des öffentlichen Friedens oder seiner Varianten „*öffentliche Sicherheit oder Ordnung*“ als mögliches Rechtsgut oder mögliche Grundlage für die Rechtfertigung des Verbots. Dies ergibt sich aus der Tautologie des Arguments, dass, wie bereits gezeigt, diese Rechtsgüter durch die organisierte Kriminalität bedroht sein können und dass, wenn dies nicht der Fall ist, das Verbot die Ursache für die möglicherweise entstehende Kriminalität sei.

Der umstrittene Tatbestand des Glücksspielverbotes ist keineswegs neu. Aber die neuen Begründungen für diese Kriminalisierung mit weit zurückreichenden Wurzeln und Begründungen knüpfen an eine moderne Tendenz zur Verallgemeinerung von Rechtsgütern an, die auch in Brasilien zu beobachten ist.

Die neuere Gesetzgebung habe im Bereich des materiellen Strafrechts nicht nur universelle Rechtsgüter zum Schutzgegenstand, sondern diese universalen Rechtsgüter seien auch besonders vage und weit formuliert. „So können etwa die persönliche Freiheit oder das Hausrecht als typische Individualrechtsgüter bezeichnet werden. Auf der anderen Seite wären ‚die Humanität‘, die ‚sexuelle Sittlichkeit‘ oder der Bestand der Einehe, der etwa in den Bigamievorschriften geschützt werden soll, Beispiele von Universalrechtsgütern“.⁴⁸³

Aktuelle Bereiche der Strafgesetzgebung sind insbesondere Wirtschaft, Umwelt, Steuern, automatische Datenverarbeitung, Terrorismus, Drogen sowie die Ausfuhr gefährlicher

⁴⁸² Vgl. Hefendehl 2002, S. 143.

⁴⁸³ Hassemer 1980, S. 81.

Gegenstände. Es handelt sich um eine Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung.⁴⁸⁴

Diese Tendenz sei in Deutschland eigentlich schon seit den siebziger Jahren zu beobachten, so Anastasopoulou.⁴⁸⁵ Unter dem Begriff „modernes Strafrecht“ fasst er drei Deliktsgruppen zusammen: Zum einen sind dies Vorschriften, die durch den technischen und wissenschaftlichen Fortschritt neu entstanden sind (z.B. Computertechnik, Gentechnik); eine zweite Gruppe umfasst Handlungen, die zwar schon vorher mit Strafe bedroht waren, die aber stärker ins Blickfeld gerückt sind und dadurch eine Aufwertung und Verschärfung sowie eine Ausweitung im Vorfeld erfahren haben. Zu nennen sind hier das Umweltstrafrecht und das Wirtschaftsstrafrecht. Die dritte Gruppe bilde das bereits strafbare Verhalten, das zugenommen habe. Diese Zunahme der Delinquenz habe zu einer Verschärfung der Strafbarkeit geführt. Zu dieser Gruppe gehöre die organisierte Kriminalität.

In den modernen Feldern der Kriminalpolitik wie organisierte Kriminalität, Umwelt, Korruption, Drogenhandel oder Wirtschaftskriminalität gebe es neue Straftatbestände und Strafverschärfungen, bei denen es regelmäßig nicht mehr gelinge, ein halbwegs greifbares und kontrollierbares Rechtsgut aufzuzeigen.

Dies gilt etwa für die Volksgesundheit im Betäubungsmittelstrafrecht, die kein greifbares Rechtsgut ist, sondern einer jener Schleier, unter denen fast alles Platz findet, was der Gesetzgeber für strafwürdig hält.

Wird das Strafrecht aber als Instrument der Zukunftssicherung missbraucht, verliert es seine Besonderheit, dass Strafe nur unter engen Legitimationsvoraussetzungen als äußerste und schärfste Antwort der Gemeinschaft auf schweres Unrecht eingesetzt werden darf.

7. Zwischenergebnis

Die Sozialschädlichkeit ist kein besseres Legitimationskriterium für strafrechtliche Eingriffe als andere Legitimationsversuche, insbesondere im Vergleich zum Rechtsgutsgegriff und Schadensprinzip sowie zum Paternalismus.

Im Falle des Glücksspielverbotes ist es sehr fragwürdig, seine Legitimation unter dem Gesichtspunkt des Sozialschadens zu suchen, indem man den vermeintlichen Schaden bestimmt und einen - wenn auch prekären - Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem strafrechtlich verbotenen Verhalten herstellt. Diesbezügliche Versuche haben sich als unzureichend und untauglich erwiesen. Erstens wegen Zurechnungsproblemen, die sich vor

⁴⁸⁴ Vgl. Hassemer 1989, S. 553 ff.

⁴⁸⁵ Anastasopoulou 2005, S. 215.

allem aus einer möglichen Verletzung des Grundsatzes der Eigenverantwortung ergeben. Zweitens, weil staatliche Eingriffe, insbesondere mit dem Instrument des Strafrechts, ausnahmsweise erfolgen, durch die Verletzung eines strafrechtlich schutzwürdigen Rechtsguts gerechtfertigt sein und sich als *ultima ratio* erweisen müssen. Und drittens, weil der Schutz dieses Gutes als Voraussetzung für ein sozialfriedliches Zusammenleben anzusehen ist.

Ein strafrechtlicher Eingriff, der die Freiheit des Einzelnen einschränkt und ein bestimmtes Verhalten unter Strafandrohung stellt mit der Begründung, dass dieses Verhalten zu einem sozialen Schaden für zukünftige Handlungen führen kann, die dem Handelnden nicht zurechenbar sind, steht in direktem Widerspruch zu den Grundsätzen des freiheitlichen Staates, der auf der Autonomie des Einzelnen beruht und dann und nur dann in die Freiheit des Bürgers eingreifen darf, wenn dies unbedingt notwendig ist, um ein friedliches Zusammenleben nach dem Gesellschaftsvertrag zu gewährleisten.

Das Strafrecht darf auch nicht unter dem Vorwand der Bekämpfung von Begleit- oder Folgekriminalität als Instrument der moralischen *Standardisierung* eingesetzt werden. Das Strafrecht darf auch nicht dazu dienen, eine Art Stigma des *Stigmas des Volksschädlings* zu etablieren, wie dies in Deutschland in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts geschehen ist. Dies wäre mit einer freiheitlichen, rechtsstaatlichen Demokratie völlig unvereinbar.

E. Paternalistische Legitimation

1. Einleitung

Neben der Rechtsgutstheorie und dem Harm-Prinzip, die bereits in den Abschnitten A und B dieses Kapitels behandelt wurden, gibt es noch den Paternalismus, die zusammen drei der wichtigsten Theorien darstellen, mit denen versucht wird, die Kriminalisierung von Verhaltensweisen zu rechtfertigen. In Bezug auf den Schutz vor Selbstschädigung wird der Paternalismus als Hauptgrund für die Kriminalisierung angesehen.⁴⁸⁶

Paternalismus setzt voraus, dass eine Person aufgrund eines Mangels, einer Schwäche oder einer Verletzlichkeit durch eine andere Person geschützt werden muss. Obwohl der Begriff selbst auf die Idee des väterlichen Schutzes verweist (nach dem Motto "*Daddy knows better*"), treten paternalistische Situationen auch in anderen Arten von Beziehungen auf: Zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder zwischen Lehrer und Schüler, wenn der eine (Arbeitgeber oder Lehrer) dem anderen (Arbeitnehmer oder Schüler) ein bestimmtes Verhalten mit der Begründung verbietet oder auferlegt, es sei zu seinem eigenen Wohl.

⁴⁸⁶ Vgl. Hirsch 2003, S. 13 ff.

Für diese Untersuchung ist jedoch nur der Paternalismus von Interesse, der vom Staat durch Gesetz auferlegt wird, der eine positive (Tun) oder negative (Unterlassen) Handlung auferlegt, um jemanden vor Schaden zu bewahren, den er sich selbst zufügt oder den ihm ein anderer mit seinem Einverständnis zufügt. Dies entspricht dem, was Feinberg *Rechtspaternalismus* nennt: "*a proposed principle for the moral legitimization of criminal legislation*".⁴⁸⁷ Es geht also um Verhaltensweisen, auf deren Grundlage die Interessen des Handelnden selbst verletzt werden. Vereinfacht ausgedrückt lautet die Argumentationsgrundlage: Der Staat weiß es am besten.

Beim Rechtspaternalismus ist es also der Staat, der in die Willensautonomie des Einzelnen eingreift, um zu verhindern, dass der Einzelne sich selbst Schaden zufügt oder sich in eine Gefahrensituation begibt. Dieses Prinzip steht im Gegensatz zu einem anderen Prinzip, das dem liberalen Staatsdenken sehr am Herzen liegt, nämlich dem Autonomieprinzip.⁴⁸⁸ Darüber hinaus stößt paternalistisches Denken, das die Freiheit des Bürgers einschränkt, auf Widerstand, da es mit dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit kollidiert, das in der Bundesrepublik Deutschland durch Art. 2 Abs. 1 GG garantiert ist. Schon der Begriff des Paternalismus ist negativ besetzt, wie Feinberg betont: "*Paternalismus is a label that might have been invented by paternalism's enemies*".⁴⁸⁹ Die Identifizierung einer Norm als paternalistisch sollte jedoch nicht automatisch eine negative Bewertung nach sich ziehen. Hirsch erinnert uns daran: "Wenn man eine Strafrechtsnorm für paternalistisch hält, bedeutet das *per se* nicht, dass sie illegitim ist. Der Ansatz ist zu überprüfen, ob es bei ihrer eine paternalistische Intervention geht, die eine angemessene Form paternalistischer Intervention darstellt".⁴⁹⁰

2. Arten des Rechtspaternalismus

Feinberg spricht von der Existenz verschiedener Arten von paternalistischen Zwangsgesetzen (*paternalistic coercitiv laws*), wobei er einige Kriterien anführt, die seiner Meinung nach zur Unterscheidung der einen von der anderen Art herangezogen werden sollten. In Anlehnung an

⁴⁸⁷ Feinberg 1986, S. 6/7

⁴⁸⁸ "Geht man von einem Konzept aus, das die legitimen Zwecke des Staates in der Förderung des Bürgerwohls sieht, wie es etwa dem paternalistischen Staatsverständnis des aufgeklärten Absolutismus entsprach, dann erscheint es völlig legitim, dieses Anliegen ohne und manchmal sogar gegen den Willen des Einzelnen, obgleich zu seinen Gunsten, zu verfolgen. Ist aber dieser Staatszweck und das auf ihm gegründete Gesetzgebungsprinzip legitim? Können gesetzlich verankerte Interventionsbefugnisse des Staates, die das Wohl des Betroffenen gegen seinen Willen bezwecken, moralisch gerechtfertigt sein?" (Papageorgiou 1994, S. 219).

⁴⁸⁹ Feinberg 1986, S. 4.

⁴⁹⁰ Hirsch 2010, S. 57 ff.

Feinbergs Klassifikation haben wir einige Kriterien zusammengestellt, die hier frei so benannt wurden:

I. Nach der Art des Verhaltens des Betroffenen: aktiver und passiver Paternalismus.

a) Aktiver Paternalismus (verlangt Handeln): Aktiv-paternalistische Vorschriften zielen auf den Schutz des Individuums ab und verlangen zu diesem Zweck von ihm, etwas zu tun. Beispiel: Vorschriften, die von Autofahrern und Motorradfahrern das Anlegen von Sicherheitsgurten und das Tragen von Schutzhelmen verlangen.

b) Passiver Paternalismus (verlangt Unterlassung von Handlungen): Das Ziel besteht darin, den Einzelnen zu schützen, indem von ihm verlangt wird, etwas zu unterlassen. Zum Beispiel eine Vorschrift, die dem Einzelnen verbietet, an einem gefährlichen Strand ohne Bademeister zu baden, oder eine Norm, die den Gebrauch von Betäubungsmitteln verbietet.

II. Nach der Reichweite der Ziele, die mit der Norm erreicht werden sollen: Unreiner und reiner Paternalismus.

a) Unreiner Paternalismus (gemischt): Es handelt sich um Normen, die zum Teil verhindern sollen, dass eine Person sich selbst (z.B. durch Körperverletzung) oder mit ihrem Einverständnis einer anderen Person Schaden zufügt; zum Teil verbieten solche Normen einer Person eine bestimmte Handlung, die nicht nur ihr selbst, sondern auch einer anderen Person oder der Allgemeinheit Schaden zufügt. Beispiel: striktes Rauchverbot.

b) Reiner Paternalismus (*pure*): Rein paternalistische Normen haben keine andere Intention als die Verhinderung von Selbstschädigung oder Schädigung mit Einwilligung. Beispiel: § 228 StGB (Körperverletzung mit Einwilligung).

III. Je nach Art des Ziels, das mit den Normen angestrebt wird:

a) Negativer Paternalismus (*Harm-preventing paternalism*, oder noch *legal paternalism proper*): Paternalistische Regelungen, die allein mit dem Erfordernis des Schutzes vor Selbstschädigung gerechtfertigt werden.

b) Positiver Paternalismus (*extreme paternalism*, oder noch *benefit-promoting paternalism*). Seine Rechtfertigung liegt in dem Wunsch, dass Menschen sich so verhalten, wie es für sie vorteilhaft ist.

IV. Nach der Eigenschaft der Person, die die paternalistische Norm schützen will:

a) Harter(starker): Paternalistische: Normen, die sich auch an mündige Personen richten und deren eigenen Willen missachten. Sie verbieten bestimmte Handlungen, weil diese für den Betroffenen schädliche Folgen haben. Am Beispiel des Verbots der Tötung auf Verlangen betonen Wohlers und Went, dass ein starker Paternalismus die Pflicht impliziert, das selbstschädigende Verhalten nicht nur vorübergehend zu unterbrechen, sondern gänzlich zu

verbieten und zu beenden, auch nachdem der Betroffene über alle relevanten Umstände aufgeklärt wurde.

b) Weicher Paternalismus: Wenn die handelnde Person nicht in der Lage ist, eine eigene Entscheidung zu treffen, weil sie unmündig ist (z.B. ein Kind oder eine Person mit einer geistigen Behinderung).⁴⁹¹ Wenn z.B. jemand versucht, Selbstmord zu begehen, würde der weiche Paternalismus nur verlangen, dass die dritte Person versucht, ihn von dieser Idee abzubringen. Aber wenn er (der Betroffene), nachdem er in eine sichere Situation gebracht wurde, auf seiner Absicht beharrt, wäre der weiche Paternalismus überflüssig. Es genüge eine vorübergehende Unterbrechung des selbstschädigenden Verhaltens.⁴⁹²

V. Nach der Anzahl der Teilnehmer, an die sich die Regeln richten:⁴⁹³

a) Indirekter Paternalismus (*two-party cases*): Gilt für Fälle mit zwei Beteiligten. Es handelt sich um Fälle, in denen ein Teilnehmer den anderen auffordert oder ihm erlaubt, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Die paternalistischen Normen dieser Gruppe gehen jedoch davon aus, dass diese Bitte oder Erlaubnis den anderen nicht dazu berechtigt, die erbetene oder versprochene Handlung auszuführen. Dies ist der Fall bei einer Norm, die Euthanasie als Verbrechen betrachtet, oder bei einer Norm, die eine Handlung als Wucher kriminalisiert, wenn eine Person einer anderen Geld leiht und dafür hohe Zinsen zahlt.

b) Direkter Paternalismus (*single-party cases*): Gilt für Fälle, die nur eine Partei betreffen. Z.B. Gesetze, die Selbstmord, Selbstverstümmelung oder Drogenkonsum verbieten.

3. Klassifizierung bestimmter Fälle nach den genannten Kriterien

Auf der Grundlage der oben genannten Kriterien und anhand einiger Beispiele für paternalistische Eingriffe lassen sich diese wie folgt zusammenfassen: a) Das Verbot der Tötung auf Verlangen ist ein passiver, reiner, harter und indirekter paternalistischer Eingriff; b) Die Gurtanlegepflicht (und die Schutzhelmpflicht) sind aktive, unreine (gemischte), harte und direkte paternalistische Eingriffe; c) Das Verbot des Erwerbs und des Besitzes von Drogen sind passive, reine (ungemischte), harte und direkte paternalistische Eingriffe.

⁴⁹¹ Laut Beauchamp sollte *weicher Paternalismus* eigentlich gar nicht als eine Art von Paternalismus betrachtet werden: „*It is not a question of protecting a man against or of interfering with his liberty of action. He is not acting at all in regard to this danger. He needs protection from something which is precisely not himself, not his intended action, not in any remote sense of his own making.*” (“Paternalism and Bio-Behavioral Control”, *The Monist*, vol. 60, nr. 1, 1976, p. 67)

⁴⁹² Vgl. Wohlers/Went 2010, (289), 294.

⁴⁹³ Feinberg wendet sich gegen die von Gerald Dworkin für dieses Unterscheidungskriterium verwendeten Begriffe, der statt von direktem Paternalismus von reinem Paternalismus und statt von indirektem Paternalismus von unreinem Paternalismus spricht.

Von diesen Klassifizierungen paternalistischer Interventionen werden im Folgenden der direkte und der indirekte Paternalismus hervorgehoben, da sie für die vorliegende Untersuchung von größerer Relevanz sind, wobei hier diese Terminologie verwendet wird, da sie weiter verbreitet ist als die von Feinberg verwendete (*single-party und two-party Paternalism*).

4. Indirekter Paternalismus

4.1 Grundlegung

Indirekter Paternalismus liegt vor, wenn die Strafvorschrift die Bestrafung einer Schädigung vorsieht, die nicht durch die Handlung des Betroffenen, sondern durch die Handlung eines Dritten mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt. Im Gegensatz zum direkten Paternalismus ist beim indirekten Paternalismus die von der Norm vorgesehene Strafe nicht für den Rechtsgutsträger, sondern für eine andere Person vorgesehen.

Typische Beispiele für Strafnormen, die auf indirektem Paternalismus beruhen, sind solche, die die Tötung auf Verlangen oder die Körperverletzung mit Einwilligung des Opfers unter Strafe stellen. Im deutschen Strafgesetzbuch sind solche Fälle als Straftatbestände in den §§ 216 und 228 StGB geregelt.

Diese Straftatbestände sehen keine Bestrafung des Rechtsgutsträgers vor, auch wenn dieser in das Verhalten eingewilligt hat. D.h. die eigene Mitwirkung des Betroffenen ist nicht strafbar: " Wenn und weil es um den Schutz des Betroffenen geht, ist seine eigene Mitwirkung an der Verletzungshandlung eines Dritten nach den strafrechtsdogmatischen Regeln der notwendigen Teilnahme straflos ", warnt Schünemann. Diese Hypothese der Straflosigkeit des Betroffenen ist wenig diskutiert und hat als eine ihrer Grundlagen eine mögliche Situation der Schwäche, des Mangels oder der Verletzlichkeit des Betroffenen, der aus verschiedenen Gründen nicht in der Lage sein kann, die aus seiner Einwilligung resultierenden Nachteile klar zu erkennen.

Was die Bestrafung des Dritten anbelangt, der an diesen Verhaltensweisen teilnimmt, so sei sie aus der Sicht des indirekten Paternalismus gerechtfertigt, da eine Person nicht über ihr eigenes Leben oder ihren eigenen Körper verfügen kann. H. L. A. Hart, der von Stepanians als bekennender Rechtspaternalist beschrieben wird, räumt ein, dass paternalistische kriminelle Eingriffe in solchen Fällen legitim sind. Unter der Annahme, dass es sich bei dieser Fallgruppe um Rechtspaternalismus handelt, erklärt Hart, warum die Zustimmung des Opfers zu seiner eigenen Tötung oder Körperverletzung keine strafrechtlich wirksame Verteidigung gegen den Vorwurf des Mordes oder der Körperverletzung darstellt: „*The rules excluding the victim's*

consent as a defense to charges of murder or assault may perfectly well be explained as a piece of paternalism, designed to protect individuals against themselves.“ Die Kriminalisierung von Tötungsdelikten und Körperverletzungen, in die das Opfer eingewilligt hat, ist nach Hart dann durch das rechtspaternalistische Prinzip moralisch gerechtfertigt.⁴⁹⁴

Eine solche Legitimation ist jedoch umstritten und fragwürdig, insbesondere aus der Sicht Feinbergs und der anderen orthodoxen Liberalen⁴⁹⁵, die ihre Theorie auf den Vorrang des Autonomieprinzips (Selbstbestimmungsprinzip) stützen. Dieser Widerstand findet sich jedoch nicht nur in den Fällen des indirekten Paternalismus, sondern auch und vielleicht noch stärker in den Fällen des direkten Paternalismus, der Gegenstand des nächsten Abschnittes sein wird.

Zuvor ist jedoch eine andere Frage zu stellen, die sich auf den indirekten Paternalismus bezieht: Es geht um die Frage des Schutzes vor Ausbeutung der eigenen Schwäche durch die Profitinteressen anderer.

4.2 Schutz gegen Ausbeutung der eigenen Schwäche

Es gibt Formen des staatlichen Eingreifens, bei denen der Staat durch die Verhängung von Strafen ein Verhalten verhindern will, das darauf abzielt, die Schwäche eines anderen auszunutzen, auch wenn dieser sich seiner Handlungen voll bewusst ist. Es handelt sich um einen Dritten, der durch eine eigennützige Handlung die menschliche Schwäche des Rechtsgutsträgers zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt. Dies ist z.B. beim Wucher - § 291 StGB der Fall.

Nach dem utilitaristischen Gedanken von Mill wäre eine strafrechtliche Legitimation im Falle der Ausnutzung menschlicher Schwäche (z.B. für den Gewinn von Dritten) abzulehnen. Schönemann argumentiert jedoch am gleichen Beispiel Mills (Versklavungsvertrages), dass dessen Argument nicht überzeugend sei, wenn er sagt, dass derjenige, der in die Sklaverei einwilligt, innerhalb seiner Freiheitssphäre handle. Für Schönemann lässt sich aber das Verbot der eigenen Freiheit nicht konsequentialistisch begründen.

Die Ausbeutung der eigenen Schwäche durch das Gewinninteresse anderer könne als Legitimation für indirekten Paternalismus tauglich sein. Um paternalistische Eingriffe zu

⁴⁹⁴ Hart 1963, S. 31.

⁴⁹⁵ Etwa Papageorgiou: „Könnte die Verhinderung sich selbst zugefügter, selbstverursachter Schädigung ein Grund zur strafrechtlichen Intervention sein? Auf dem ersten Blick scheint die Antwort nur negativ ausfallen zu können. Ein Sicherheitsinteresse sich selbst gegenüber zu reklamieren, hat etwas Paradoxes in sich.“ (Papageorgiou 1994, S. 216)

Hirsch: „Ich schließe daraus folgendes: Die strafrechtliche Sanktion ist keine angemessene Form des staatlichen Zwangs zum Schutz eines Handelnden vor Selbstverletzungen“. (Hirsch 2010, S. 57 ff.)

rechtfertigen, müsse eine solche Ausbeutung aber gesellschaftlich relevant sein. Wie Schönemann warnt, muss zwischen einer Schwäche, die in einer sozialen Benachteiligung wurzelt (§ 291 StGB), und einer bloßen Ausnutzung individueller menschlicher Schwächen unterschieden werden. Als Beispiele für eine *bloße Ausnutzung individueller menschlicher Schwächen* nennt Schönemann die Fälle der Spielleidenschaft und des Sexhandels, die für sich genommen nicht ausreichen würden, um die Kriminalisierung eines solchen Verhaltens zu legitimieren.

5. Direkter Paternalismus

Jede Form des Paternalismus setzt eine Selbstschädigung oder zumindest eine Selbstgefährdung voraus. Beim indirekten Paternalismus ist es, wie oben dargestellt, ein Dritter, der den Rechtsgutsträger mit dessen Einverständnis schädigt oder gefährdet. In diesem Abschnitt geht es um den direkten Paternalismus, der durch die Kriminalisierung von Handlungen gekennzeichnet ist, die den Täter selbst schädigen oder zu schädigen drohen.

5.1 Das Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts

Nehmen wir als Beispiel das Verbot des Erwerbs und Besitzes von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 BtMG). Angenommen, die Norm bezweckt den Schutz der Gesundheit des Konsumenten, der der Rechtgutträger darstellt. Da die Norm die Bestrafung des Konsumenten vorsieht, wenn dieser ein vermeintliches Übel an sich selbst begeht, liegt dann eine eindeutig paternalistische Norm vor, nämlich die des direkten Paternalismus. Dies ist der erste Aspekt der Analyse. Nach der Anerkennung der Tatsache, dass es sich um eine paternalistische Intervention handelt, bleibt die Frage, ob es sich um eine legitime paternalistische Intervention handelt.

Diesbezüglich gibt es mehrere Autoren, die die Legitimität einer solchen Sanktion für äußerst fragwürdig halten. Zwei dieser Autoren sind Wohlers und Went, die am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts sogar von einer *pseudopaternalistischen Legitimation* sprechen. Für sie ist Strafrechtspaternalismus im eigentlichen Sinne nur dann legitim, wenn der Rechtsgutsträger nicht in der Lage ist, eine als eigenverantwortlich angesehene Entscheidung zu treffen, sei es, weil er ein Kind oder ein Jugendlicher ist, sei es, weil er schuldunfähig ist, sei es, weil er zwar volljährig ist, sich aber in einem rechtsgutsbezogenen Irrtum befindet. In allen anderen Fällen hat das Prinzip der Selbstverantwortung des mündigen Bürgers Vorrang vor einer vermeintlich paternalistischen Begründung.⁴⁹⁶

Die hier angesprochenen Verhaltensweisen (Erwerb und Besitz von Betäubungsmitteln) sind in dieser Untersuchung bereits an zwei Stellen behandelt worden: aus der Sicht der Rechtsprechung des BVerfG und als paradigmatisches Beispiel für eine Diskussion über das Verhältnis und die Grenzen von Recht und Moral.

⁴⁹⁶ Wohlers/Went 2010, S. 289 ff.

Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen paternalistischen Legitimation ist zunächst ein Aspekt zu berücksichtigen: Es handelt sich um die Prämisse, dass die Grundlage der Kriminalisierung der Schutz der Gesundheit des einzelnen Nutzers sei, da der Schutz des Handelnden vor einer Schädigung (in diesem Fall seiner Gesundheit) durch ein von ihm begangenes Verhalten den Grund für einen paternalistischen Eingriff darstellen würde. Die Annahme, dass die Grundlage des Verbots eine andere ist als die Gesundheit des Benutzers selbst, bedeutet, die Frage aus dem Bereich des Paternalismus herauszunehmen und sie auf andere mögliche und nicht weniger fragwürdige Legitimationskriterien zu übertragen, nämlich die öffentliche Gesundheit (gemäß der Rechtsgutstheorie) oder den sozialen Schaden (Gegenstand der Lehre von der Sozialschädlichkeit).

Die Prämisse, dass das Verbot des Drogenkonsums und -besitzes auf dem Schutz der eigenen Gesundheit beruht, erscheint es jedoch fragwürdig. Papageorgiou erinnert uns daran, dass, obwohl er sich auf den "privaten Paternalismus" bezieht, nicht vergessen werden darf, dass „äußerlich fürsorglich erscheinende Verhaltensweisen in ihrer tieferen Motivationsstruktur manchmal gar nicht so altruistisch sind".⁴⁹⁷ Nicht zu vernachlässigen ist daher die Furcht der Gesellschaft, zum Ziel weiterer Verbrechen oder Vergehen zu werden, von denen sie annimmt, dass der Drogenkonsum zur Begehung weiterer Straftaten führen kann. Es handelt sich dabei um die oben (oben D, 6.1 dieses Kapitels) diskutierten so genannten mittelbaren Schäden, die eine Bestrafung des Drogenkonsums rechtfertigen, weil er andere kriminogene Folgen haben kann. Auf dieses Argument werde ich nach den Beispielen im folgenden Abschnitt zurückkommen.

5.2 Die Beispiele der Pflicht zur Anlegung von Sicherheitsgurten und des Tragen von Motorradhelmen⁴⁹⁸

Zwei weitere häufige Beispiele für Normen, die mit dem Etikett des Paternalismus versehen werden, sind die Gurtpflicht und die Helmpflicht für Motorradfahrer.

⁴⁹⁷ Papageorgiou 1994, S. 217.

⁴⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat die Schutzhelmtragepflicht überprüft, und die Norm des § 21 a Abs. 2 StVO als verfassungsgemäß erklärt, mit den folgenden Begründungen: Erstens, verstoße die Vorschrift nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; zweitens, schade ein Motorradfahrer, der ohne Schutzhelm fährt und bei einem Unfall eine schwere Verletzung davonträgt, nicht nur sich selbst; drittens, unterscheidet sich das Fahren ohne Schutzhelm von anderen gefährlichen Betätigungen dadurch, dass es sich in öffentlichen Straßenverkehr abspielt; und viertens, seien Interessen der Allgemeinheit anfallenden sozialen Folgelasten berührt. (BVerfGE 59, 275 ff)

Auch in diesen Fällen gilt der gleiche Ansatz wie beim Verbot des Drogenkonsums. Mit anderen Worten, die Diskussion über die Legitimität dieser auf direktem Paternalismus beruhenden strafrechtlichen Vorschriften muss davon ausgehen, dass die Auferlegung solcher Pflichten und damit die Grundlage des Verbots im Falle der Gurtpflicht das Leben des Fahrers und im Falle der Helmpflicht die körperliche Unversehrtheit des Motorradfahrers ist. Denn wie bei den Drogen ist auch hier der Schutz des Handelnden vor einem möglichen Schaden, den er durch sein eigenes Verhalten erleiden könnte, der Grund für einen direkten paternalistischen Eingriff.

6. Einwände gegen scheinbare paternalistische Legitimationen

In einer systematischen Analyse des direkten Paternalismus bringt Schönemann einige Einwände vor, die auf die obigen Beispiele voll zutreffen und sich wie folgt zusammenfassen lassen: a) Strafrechtsfundamentalistischer Einwand: Fehlende Fremdschädigung (fehlender Sozialschaden), da nur die Interessen des Rechtsgutträgers betroffen sind. b) Strafrechtsutilitaristischer Einwand: Der Schaden für die betreffende Person sei größer als der Nutzen, der von ihr erwartet werden könne. c) Strafrechtsethischer Einwand: Mehr als der Schutz eines möglichen Rechtsguts diene die Bestrafung viel mehr der moralischen Zurechtweisung. c) Strafrechtsethischer Einwand: Die Strafe dient mehr dem moralischen Tadel als dem Schutz eines möglichen Rechtsgutes. d) Präventionsstrafrechtsethischer Einwand: Die Strafandrohung sei wirkungslos, da die strafrechtliche Intervention nicht geeignet sei, um da Ziel des Gesetzgebers zu erreichen.⁴⁹⁹

Dies bedeutet, wie bereits betont, nicht, dass jeder paternalistische Eingriff, sei er direkter oder indirekter, starker oder schwacher, reiner oder unreiner Art, immer ungerechtfertigt ist. Es darf nicht vergessen werden, dass es durchaus legitime nicht-strafrechtliche Interventionen gibt, um Selbstschädigung zu verhindern. Wie Hirsch uns in Erinnerung ruft, liegt die Rechtfertigung nicht darin, dass die Intervention nicht paternalistisch sein kann, sondern darin, dass sie eine angemessene Form paternalistischer Intervention darstellt.⁵⁰⁰ Ein Beispiel hierfür ist gerade die Gurtpflicht (§ 21a StVO), die zwar keinen Straftatbestand darstellt, aber dennoch eine paternalistische Norm ist, deren Nichtbeachtung zur Verhängung eines Bußgeldes führt. Es handelt sich um einen Fall des begrenzten Paternalismus, wie Hirsch ihn nennt.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Schönemann 2010, S. (221), 232.

⁵⁰⁰ Hirsch 2010, 57 ff.

⁵⁰¹ Hirsch 2010, 57 ff.

Der Schwerpunkt liegt hier jedoch auf der Infragestellung des strafrechtlichen Paternalismus. Dabei müssen wir von klaren Kriterien ausgehen, die es uns erlauben, eine Norm als paternalistisch zu identifizieren und zu fragen, ob es sich um einen legitimen paternalistischen Eingriff handelt.

Um eine kritische Haltung gegenüber dem Paternalismus einzunehmen, ist es nicht notwendig, dem utilitaristischen Denken von Mill oder der liberalen Theorie des Liberalismus von Feinberg voll und ganz zu folgen. Schünemann weist z.B. auf einige Versuche (Strategien, so der von ihm verwendete Begriff) hin, die vor allem den direkten Paternalismus, d.h. die Bestrafung des Rechtsgutträgers selbst, legitimieren wollen. Der Autor hebt drei dieser Strategien hervor: Erstens, die Abwehr schädlicher Auswirkungen auf andere Individuen als Zweck vermeintlich paternalistischer Straftatbestände zu verbinden. Nach dieser Strategie ist Grundlage des Verbots nicht - jedenfalls nicht ausschließlich - die Schädigung, die der Rechtsgutsträger sich selbst zufügt, sondern allein oder gemeinsam die Schädigung oder drohende Schädigung anderer Personen. Zweitens der Schutz der Sozialsysteme vor Überlastung. Zur Untermauerung dieser These wird gerne auf die Beispiele der Gurtpflicht und der Helmpflicht für Motorradfahrer verwiesen und argumentiert, dass beide Regelungen die Entlastung der Sozialsysteme zum Ziel hätten. Drittens, und vielleicht die häufigste Strategie, ist die Konstruktion überindividueller oder kollektiver Rechtsgüter. Beispiele hierfür sind die Tatbestände der Bestechung (§§ 331 ff. StGB) und der Selbstverstümmelung (§ 17 WStG).⁵⁰²

Die genannten Strategien sind einer doppelten Prüfung zu unterziehen. Die Infragestellung einer vermeintlich paternalistischen Strafnorm hat meines Erachtens zwei Momente: Zunächst ist festzustellen, ob die Norm tatsächlich eine Bestrafung des Rechtsgutsträgers selbst für ein Verhalten vorsieht, das er selbst oder ein Dritter mit seinem Einverständnis begangen hat. Ist dies der Fall, kann man sagen, dass es sich tatsächlich um einen paternalistischen Eingriff handelt. In einem zweiten Schritt wird die Legitimität des als paternalistisch erkannten Eingriffs geprüft. Im Folgenden werden die häufigsten Probleme dieser Strategien analysiert und warum sie fragwürdige paternalistische Legitimationen implizieren.

7. Weiterer Schaden bei Dritten: Begründung zum Paternalismus oder zum *Harmprinciple*?

Die oben beschriebenen Strategien scheinen tatsächlich Versuche zu sein, dem Paternalismus, insbesondere dem direkten Paternalismus, eine Reichweite zu geben, die er eigentlich nicht hat. Sobald klar ist, dass eine der Voraussetzungen für eine paternalistische Intervention das

⁵⁰² Schünemann 2010, 221 ff.

Vorliegen von Selbstschädigung ist, ist es nur scheinbar paternalistisch, für eine mögliche und zukünftige Schädigung Dritter zu argumentieren, da die Voraussetzung der Schädigung Dritter den Kern des *Harm Principle* und nicht des Paternalismus ausmacht und mit diesem sogar unvereinbar ist.

Wie wir weiter unten sehen werden, besteht eine gewisse Verwirrung zwischen dem Schadensprinzip und dem Paternalismus. Daraus folgt, dass die Bestrafung des Handelnden nicht nur wegen des Schadens gerechtfertigt ist, den sein Verhalten ihm selbst zufügt, sondern auch wegen des möglichen (und ungewissen) Schadens, den es Dritten zufügen kann. Im Zusammenhang mit diesen Drittschäden stellen sich jedoch zwei Fragen: Erstens, auf welcher Grundlage wird der ursprüngliche Rechtsgutsträger für Schäden bei Dritten getroffen? Und wer können diese Dritten sein?

Nehmen wir als Beispiel das strikte Rauchverbot. Wenn die Bestrafung des Rauchers auf dem Schaden beruht, den seine Handlung Dritten zufügen kann, dann beruht der Eingriff nicht auf Paternalismus, sondern auf dem Schadensprinzip. Dritte können in diesem Fall die Allgemeinheit (das Sozialsystem) oder bestimmte dem Handelnden nahestehende Personen sein. Das strikte Rauchverbot ist, wie oben gezeigt, ein gutes Beispiel für eine der genannten Strategien, die auf eine pseudopaternalistische Legitimation zurückgreifen, indem sie argumentieren, der Zweck der Norm sei die Abwehr schädlicher Auswirkungen auf andere Individuen.

8. Die Sozialschädigung als scheinbare paternalistische Legitimation.

Zur Untermauerung der These einer pseudopaternalistischen Legitimation durch soziale Schädigung wird häufig am Beispiel der Pflicht zur Anlegung von Sicherheitsgurten oder der Pflicht zum Tragen von Motorradhelmen zu argumentiert, dass beide Regelungen mit der Entlastung des Sozialsystems begründet werden.

Wie im Falle des Drogenkonsums, dessen Verbot in Wirklichkeit eher auf einer vermuteten Schädigung Dritter als des Konsumenten selbst beruht, ist es auch im Falle des Sicherheitsgurts und des Motorradhelms möglich und sogar wahrscheinlich, dass die Begründung des Verbots eher mit der Belastung des Sozialsystems zusammenhängt. Schließlich können Unfälle mit schweren Kopfverletzungen weitreichende Folgen für die Allgemeinheit haben (z.B. durch Einsatz von Rettungsdiensten, medizinische Versorgung, Rehabilitationsmaßnahmen, Versorgung von Invaliden).

Die Frage, die Schünemann stellt, ist aber: Darf man das staatliche Sozialsystem durch Freiheitsbeschränkungen bei gefährlichen Handlungen schützen?⁵⁰³ Im konkreten Fall des Nichtanlegens des Sicherheitsgurtes z.B. scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass ein strafrechtlicher Eingriff in jeder Hinsicht unangemessen und unverhältnismäßig wäre.⁵⁰⁴ Darüber hinaus würden die indirekten finanziellen Folgen eines Unfalls mit schweren Kopfverletzungen eine Form der Schädigung anderer Personen im Sinne des *Harm Principle* darstellen.

Es ist daher nicht ungewöhnlich, dass manche Versuche, Strafnormen auf der Grundlage des strafrechtlichen Paternalismus zu legitimieren, eine gewisse Verwechslung mit der Identifizierung eines tatsächlich existierenden kollektiven Rechtsguts implizieren. Mit anderen Worten: In einigen dieser Verbote mag es sogar eine Legitimation geben, aber nicht auf der Grundlage des Prinzips des Paternalismus. Man muss sich nur fragen, welches Rechtsgut durch die Vorschrift geschützt werden soll und wer damit der eigentliche Rechtsgutsträger ist. Als Beispiele seien die Straftatbestände der Bestechung und der Selbstverstümmelung genannt: Im ersten Fall (§ 331 ff. StGB) liegt die Legitimation nicht im Schutz des Amtsträgers, der sich bestechen lässt, sondern im Schutz der Rechtsstaatlichkeit staatlicher Machtausübung. Im zweiten Fall (§ 17 WStG) liegt die Legitimation nicht im Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Soldaten, sondern im Schutz der Kampfkraft der Wehrmacht. Tatsächlich handelt es sich bei diesen Beispielen, wie Schünemann feststellt, um Fälle von "scheinpaternalistischen" Straftatbeständen.⁵⁰⁵

Ein weiteres Beispiel für eine scheinbar paternalistische Legitimation findet sich im Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelstrafrecht. Unter den Versuchen, das Verbot des Drogenkonsums zu legitimieren, ist der Rückgriff auf ein scheinbar kollektives Scheinrechtsgut (*Volksgesundheit*) oder das Argument der sozialen Schädigung bereits bekannt. Beiden gemeinsam ist das Problem, dass die Diskussion den Bereich des strafrechtlichen Paternalismus verlässt und in den Bereich der Rechtsgutstheorie bzw. des *Harm principle* übergeht.

Selbst wenn man im Rahmen der Rechtsgutstheorie die Volksgesundheit durch das Sozialsystem ersetzen wollte, wäre dies immer noch ein Scheinrechtsgut, denn, so Schünemann, "für das Sozialsystem schädlich scheint ja bereits jede ungesunde Lebensführung zu sein

⁵⁰³ Schünemann 2010, S. (221), 239.

⁵⁰⁴ „Weil die Freiheit des Staatsbürgers in der Bundesrepublik Deutschland durch das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG garantiert ist, bedarf jede paternalistische Strafnorm einer spezifischen verfassungsrechtlichen Legitimation.“ Schünemann 2010, S. (221) 230.

⁵⁰⁵ Schünemann 2010, S. (221), 231.

(beispielweise der übertriebene Fleischgenuss oder eine unsportliche Lebensweise)".⁵⁰⁶ Schünemanns Auffassung zu diesem Thema geht in die gleiche Richtung wie die seines Professors Roxin, für den sich die Aufgabe des Strafrechts darauf beschränkt, zu verhindern, dass jemand gegen seinen Willen geschädigt wird, so dass das, was mit Zustimmung des Betroffenen geschieht, den Staat nichts angeht. Und zum Argument der Belastung des Sozialsystems sagt Roxin:

Viele Menschen gefährden sich selbst: durch falsche Essgewohnheiten, durch Rauchen, Alkoholgenuss oder ein sonst gesundheitswidriges Leben, durch das Fahren schneller Autos oder die Ausübung riskanter Sportarten. Diese Verhaltensweisen und auch ihre Förderung durch andere sind kein legitimer Gegenstand des Strafrechts.⁵⁰⁷

9. Der Fall des Glücksspiels

Die Kriminalisierung des Glücksspiels unter dem Gesichtspunkt einer möglichen paternalistischen Legitimation zu analysieren, setzt die Erkenntnis voraus, dass die Grundlage des Verbots darin besteht, den Akteur selbst, also den Spieler, vor den mit dem Spiel verbundenen negativen Auswirkungen zu schützen. Einige dieser Aspekte wurden in der vorliegenden Untersuchung bereits erwähnt: moralisch entwürdigende Gewohnheit, Verlockung zu Müßiggang und leichtem Gewinn anstelle der Anerkennung der Arbeit, Gefahr der Entwicklung einer Spielsucht, Schädigung des Vermögens und der Familie.

Andere angebliche Verbotsgründe sind nicht unbekannt, insbesondere solche, die den Betrieb von Glücksspielen mit organisierter Kriminalität und der Begehung schwerer Straftaten wie Drogenhandel, Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption usw. in Verbindung bringen. Diese Argumente ähneln denjenigen, die im obigen Abschnitt über die Schädigung Dritter und die sozialen Schäden angeführt wurden. Wie bereits erwähnt, würde eine Diskussion über den Drittschaden den Bereich des Paternalismus als mögliches Prinzip zur Begrenzung der Kriminalisierung verlassen.

Es sollte daher bei den oben genannten Gründen bleiben, die das Potential haben, Kriminalisierung auf der Basis von Paternalismus zu legitimieren. Beschränkt man sich auf die Ebene der paternalistischen Legitimation, so wäre das Glücksspielverbot, wenn überhaupt, ein Fall eines passiven, reinen (*unmixed*), harten und direkten paternalistischen Eingriffs. Es stellt sich die Frage, ob die Gründe des Schutzes des Handelnden vor sich selbst einen paternalistischen strafrechtlichen Eingriff rechtfertigen können.

⁵⁰⁶ Schünemann 2010, S. (221), 239.

⁵⁰⁷ Roxin 1997, § 2, Rn. 35, S. 24.

In Anlehnung an H. L. A. Hart hält Stepanian den rechtlichen Paternalismus für eine legitime moralische Grundlage der Kriminalisierung. Das strafrechtliche Verbot einer Handlung sei *prima facie* moralisch legitim, wenn es geeignet sei, die Wahrscheinlichkeit eines schweren Schadens für den Handelnden zu verringern. Auf der Grundlage dieser Argumentation sei nicht nur das Glücksspielverbot, sondern beispielsweise auch das Verbot des Konsums schädlicher Drogen aus paternalistischer Sicht gerechtfertigt. Im selben Aufsatz argumentiert Stepanian, dass Harts Denken teilweise mit dem von Mill übereinstimme, indem das moralische (aber nicht das physische) Wohlergehen des Handelnden kein hinreichender Grund für staatliche Eingriffe sei.⁵⁰⁸ Schließlich ist Hart ein Rechtspaternalist, aber kein Rechtsmoralist.

In dieser Argumentation ist zumindest ein scheinbarer Widerspruch zu erkennen. Soweit ersichtlich, geht es bei der Handlung des Spielens nicht um das physische, sondern um das moralische Wohlergehen des Spielers, so dass es keine moralische Grundlage für eine legitime Kriminalisierung gibt. Andernfalls würde es sich eher um einen Rechtsmoralismus als um einen Rechtspaternalismus handeln.

Damit kann man auf die möglichen Gründe für das umstrittene Verbot zurückkommen, nämlich die moralisch entwürdigende Gewohnheit, die Verlockung zu Muße und leichtem Gewinn statt der Würdigung des Gewinns aus Arbeit, die Gefahr der Entwicklung von Spielsucht und die Schädigung des Vermögens. Die Analyse dieser Gründe führt zu der Schlussfolgerung, dass sie eine paternalistische strafrechtliche Legitimation der Prohibition nicht stützen. Die Argumente können wie folgt zusammengefasst werden:

(a) Einige dieser Gründe können sogar eine Selbstschädigung darstellen, reichen aber nicht aus, um eine strafrechtliche Intervention zu rechtfertigen. Wie Hirsch feststellt, ist ein solcher Eingriff nur dann gerechtfertigt, "wenn und weil das in Frage stehendes Verhalten zu sehr großen und irreparablen Selbstschädigungen führt und die Beschränkung der Autonomie gering bleibt".⁵⁰⁹

(b) Andere dieser Gründe entsprechen einem Anspruch auf moralische *Standardisierung* von Verhaltensweisen nach einer nicht-pluralistischen Weltanschauung. Die freie individuelle Selbstbestimmung soll in einer Gemeinschaft freier Menschen Vorrang haben. Dies gilt auch für den biologischen Bereich des eigenen Lebens und Körpers. Dies gilt umso mehr, wenn es um die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen geht, der das Recht hat, sein

⁵⁰⁸ Nach Mill, weder das physische noch das moralische Wohlergehen des Handelnden einen hinreichenden Grund für staatliche Eingriffe darstellt.

⁵⁰⁹ Hirsch 2003, S. 13 ff.

Geld nach eigenem Gutdünken auszugeben, auch gegen religiöse Grundsätze, gesellschaftliche Dogmen oder möglicherweise vorherrschende Familienwerte.

Paternalismus sollte nicht als Mittel benutzt werden, um den Bürgern ein "spartanisches Regime" aufzuzwingen, denn es ist nicht Aufgabe des Staates, das Strafrecht als Instrument zur Durchsetzung von Verhaltensnormen mit dem Argument zu benutzen, dass jeder nach diesen Standards leben sollte. Die Kriminalisierung eines Verhaltens setzt voraus, dass es den moralischen Normen einer Gemeinschaft zutiefst widerspricht. Es muss sich um ein moralisches Übel handeln, d.h. um ein Verhalten, das gegen die Grundwerte verstößt, die von der Gesellschaft im Allgemeinen geteilt werden.⁵¹⁰ In einer freiheitlichen Ordnung sind der Befugnis des Staates, den einzelnen Bürger gegen seinen Willen vor Angriffen gegen sich selbst zu schützen, sehr enge Grenzen gesetzt.⁵¹¹

⁵¹⁰ Vgl. Feinberg 1988, S. 173.

⁵¹¹ Vgl. Erbel 1971, S. 322.

Schlussbetrachtung

Um auf den zentralen Punkt der Untersuchung zurückzukommen, muss festgestellt werden, dass die Legitimität des Glücksspielverbots in Brasilien unter dem Gesichtspunkt aller in dieser Studie analysierten Legitimationsversuche fragwürdig ist. Die folgenden skizzenhaften Überlegungen sollen andeuten, aus welchen Gründen die vorliegende Untersuchung zu diesem Ergebnis gekommen ist:

1- Ein tatsächlich vorhandenes strafwürdiges Rechtsgut ist ein Grundprinzip der Legitimation strafrechtlicher Normen.

Trotz aller Kritik am Rechtsgutsbegriff ist er das Legitimationskriterium, bei dem die Verbotsdiskussion ihre größte Reichweite erreicht. Dies liegt an der Grundannahme, von der die hiesige Forschung ausgeht, dass ein Verhalten nur dann legitim sanktioniert werden kann, wenn es ein strafwürdiges und zu schützendes Rechtsgut gibt. Diese Analyse betrachtet den Rechtsgutsbegriff in seiner kritischen und kriminalpolitischen Dimension, nicht aber in seinem rein dogmatischen Sinn als Auslegungskriterium.

Von einem kritischen Rechtsgutsbegriff auszugehen bedeutet, die bloße Bezugnahme auf irgendein Rechtsgut als unzureichend anzusehen. Die Überlegungen, die hier zu diesem Punkt angestellt werden, gehen in die gleiche Richtung wie diejenigen, die in der strafrechtlichen Literatur zu anderen Straftatbeständen angestellt werden, und versuchen, nicht in die Falle bestimmter Auffassungen zu tappen. Eine dieser Auffassungen besteht darin, dem Verbrechen ein vermeintliches Rechtsgut zuzuordnen, das sich aus der bloßen Wiederholung des im Gesetz enthaltenen Begriffs ergibt. Dies ist der Fall im brasilianischen Gesetz, das das Glücksspiel unter Strafe stellt. Der Straftatbestand ist in einem Kapitel mit der Überschrift "*Vergehen bezüglich der Polizei der Sitten*" enthalten. Die Falle besteht hier darin, dass unkritisch die Sittenpolizei als geschütztes Rechtsgut identifiziert wird, ohne zumindest zu hinterfragen, was unter diesem Begriff zu verstehen ist.

Ein weiterer problematischer Weg, ein Rechtsgut zur Rechtfertigung einer Strafvorschrift heranzuziehen, ist die Berufung auf kollektive Scheinrechtsgüter, die Strafvorschriften in keiner Weise legitimieren. Die Volksgesundheit ist ein immer wiederkehrendes Beispiel für diese Art der Rechtsgutsverletzung, die wenig dazu beiträgt, eine konkrete Rechtsgutsverletzung zu identifizieren, wenn es darum geht, das Verbot des Drogenkonsums zu legitimieren.

An dieser Stelle ist es auch besonders problematisch, die Legitimation von Straftaten auf der Grundlage der Rechtsgutslehre mit Hilfe des öffentlichen Friedens oder einer seiner

Varianten, der öffentlichen Sicherheit, zu suchen. Diese Begriffe sind so vage und abstrakt, dass sie gleichzeitig alles oder nichts bedeuten können; sie können dazu dienen, die Kriminalisierung von allem oder nichts zu legitimieren.

Die Schwierigkeit, in der umstrittenen Strafbestimmung ein Rechtsgut zu erkennen, lässt an die Kategorie der abstrakten Gefährdungsdelikte denken, auch wenn nicht gesagt werden kann, dass das Glücksspiel in diese Kategorie fällt. Kommt es ihr nahe, unterliegt es der Kritik, die abstrakte Gefährdungsdelikte üblicherweise begleitet, nämlich der Kriminalisierung im Vorfeld, auch wenn man versucht, den Vorfeldschutz als rationaleren Begriff zu verstehen. In der strafrechtlichen Literatur wird der Rechtsgutsbegriff zunehmend kritisiert, vor allem wenn es um Universalrechtsgüter und abstrakte Gefährdungsdelikte oder insbesondere um die Kombination beider geht.

Die im Rahmen dieser Untersuchung vorgetragenen Argumente zu den Legitimationsproblemen eines angenommenen Rechtsguts bedeuten keineswegs ein Festhalten an einem individualistischen Rechtsgutsverständnis, das den strafrechtlichen Schutz kollektiver Rechtsgüter ausschließt oder auf die Summe individueller Rechtsgüter beschränkt. Das Umweltstrafrecht macht deutlich, dass der strafrechtliche Schutz eines kollektiven Rechtsguts nicht nur legitim, sondern auch wünschenswert ist.

2- Es ist problematisch, Verhaltensweisen zu kriminalisieren, nur weil sie als Moralwidrigkeit angesehen werden

Neben dem Rechtsgut als einem der Grundpfeiler der meisten strafrechtlichen Normen gibt es auch das Postulat, dass das Strafrecht nicht als Instrument zur Standardisierung von Verhaltensweisen eingesetzt werden darf, die auf rein moralischen Aspekten beruhen. So fragwürdig diese Schlussfolgerung auch sein mag, so kommt sie doch der Diagnose gleich, dass eine Strafnorm diese Merkmale aufweist. Schließlich handelt es sich bei Recht und Moral um Normkomplexe, die in einem symbiotischen Verhältnis zueinanderstehen und deren Einfluss auf das gegenseitige Funktionieren nicht zu leugnen ist. Die Anerkennung dieser Interdependenz macht das Recht nicht weniger autonom, wie eine exklusivistische Auffassung des Positivismus einwenden könnte. Von "unrichtigem Recht" oder "gesetzlichem Unrecht" zu sprechen, bedeutet hingegen nicht, den Postulaten des Naturrechts zu folgen.

Wie kann man aber feststellen, ob ein Verhalten, das angeblich kein Rechtsgut verletzt, nicht ausschließlich moralisch motiviert ist? Auf diese Frage gibt es keine aprioristische Antwort. Überlegungen zum Spannungsverhältnis von Recht und Moral können aber zweifellos dazu beitragen, die Legitimität bestimmter Formen der Kriminalisierung in Frage zu stellen,

wenn zumindest der Verdacht besteht, dass das Strafrecht ausschließlich als Instrument der Moral eingesetzt wird.

3. Die Trennungsthese von Recht und Moral kann *per se* eine Strafvorschrift als legitim bestimmen.

Obwohl ein Verhalten allein aus moralischen Gründen nicht strafbar sein soll, reicht dies nicht aus, um eine Strafvorschrift als illegitim anzusehen. Sowohl die Rechtsgutslehre als auch die anderen möglichen Legitimationsformen, die Gegenstand des Kapitels VI dieser Untersuchung sind, verlangen die Erfüllung weiterer Voraussetzungen. Der strafrechtliche Eingriff muss sich als *ultima ratio* in dem Sinne erweisen, dass kein besser geeignetes Mittel zur Verfügung steht, denn die Aufgabe des Strafrechts im modernen Verfassungsstaat besteht darin, als *ultima ratio* der Wahrung aller Grundrechte das friedliche und freie Zusammenleben seiner Bürger zu sichern. Geht man von dieser Aufgabe aus, so ist nur das als strafwürdig anzusehen, was zur Erfüllung dieser Funktion unerlässlich ist. In diesem Sinne lassen sich keine guten Gründe für die Kriminalisierung der umstrittenen Norm herleiten, weil sie nicht zu den Voraussetzungen eines freiheitlichen und friedlichen Zusammenlebens in unserer Gesellschaft - oder anderswo - gehört.

Für die Strafnorm hat diese Argumentation zwei Konsequenzen: Ein Verhalten, das nur gegen moralische Normen verstößt, kann zwar rechtlich erlaubt oder verboten sein, aber allein aus moralischen Gründen darf dieses Verhalten nicht kriminalisiert werden, wenn (a) kein strafwürdiges geschütztes Rechtsgut oder sonstiger Legitimationsgrund erkennbar ist, (b) das Verbot nicht unerlässlich ist, um ein friedliches und freiheitliches Zusammenleben zu gewährleisten, und (c) es nicht dem Ultima-Ratio-Prinzip unterliegt. In verfassungsrechtlichen Begriffen ausgedrückt: Das Verbot muss erforderlich, geeignet und verhältnismäßig sein.

4. Auch das *Harm Principle*, die Gefühlsschutzlehre, die Lehre der Sozialschädlichkeit und der Paternalismus können die Kriminalisierung rechtfertigen.

Bei Strafnormen, die dem Schutz "handfester" Güter dienen, wie Leben und körperliche Unversehrtheit, gilt die Rechtsgutslehre als unproblematisch. Bei anderen Straftatbeständen hingegen, insbesondere bei Verhaltensweisen, die immaterielle Schäden verursachen können, ist die Rechtsgutslehre als Verbotsbegründung unzureichend. Man kann dies als ein theoretisches Defizit betrachten, das durch andere, nicht weniger wichtige und ebenso gültige Prinzipien ausgeglichen werden kann. Einige von ihnen sind angesichts der Kritik, die zunehmend am Rechtsgutsbegriff, insbesondere in seiner systemkritischen oder kriminalpolitischen Funktion, geübt wird, sogar als vorrangig anzusehen.

Ein Beispiel ist das *Harm-Principle*, das vor allem im englischsprachigen Raum als wichtiges Prinzip gilt, das sich auch mit der Frage befasst, welches Verhalten strafwürdig sein soll.

Die Gefühlsschutzlehre stellt auch eine wichtige Alternative dar, um das Defizit der Rechtsgutslehre in Bezug auf eine Gruppe von Straftaten zu beheben, deren Verhalten mit immateriellen Beeinträchtigungen verbunden ist, deren Schutz als notwendig anerkannt wird, aber nicht, um einem individuellen Interesse zu dienen, sondern weil es sich um Beeinträchtigungen handelt, die geeignet sind, eine Destabilisierung des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu erzeugen.

Der Anwendungsbereich der Gefühlsschutzlehre ist dem der Lehre von der Sozialschädlichkeit ähnlich, jedoch mit einer Besonderheit, die für den hier untersuchten Fall von Bedeutung ist. Es handelt sich um das Argument der "Mittelbar verursachten Schädigungen" (*remote harm*)⁵¹² und um die vermeintliche Verantwortlichkeit für mögliche spätere Folgeschäden. Vergleicht man im Fall des Glücksspielverbotes die Begründungen, die bei der Einführung der Kriminalisierung angeführt wurden, so zeigt sich eine Tendenz zur Veränderung des vermeintlich geschützten Rechtsgutes.

An die Stelle der möglichen Schädigung des Betroffenen durch sein eigenes Verhalten trat eine Verlagerung der Begründung von der Individual- auf die Kollektivsphäre. Neben der Gefährdung des Spielers durch sein Verhalten, das sich von der Spieleidenschaft zur Spielsucht entwickeln kann, wird dem Verhalten auch die Tatsache zugeschrieben, dass ohne diese Verbote eine Kette von negativen Folgen in Gang gesetzt würde, die nach und nach zur Viktimisierung anderer Personen führen und langfristig schädliche Auswirkungen haben könnte.

Wie in dieser Studie bereits gezeigt wurde, ist dies ein fragwürdiges Argument, um das Verbot zu rechtfertigen. Zum einen, weil es zum schwerwiegenden Problem der Zurechnung wegen der Verletzung des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit führt; zum anderen, weil die Entscheidung des Gesetzgebers, Verhaltensweisen mit einer solchen Begründung unter Strafe zu stellen, ein klarer Fall der Erhöhung der Präventionswirkung des Strafrechts ist, die keine Legitimationsgrundlage darstellt. Schließlich handelt es sich um eine Rechtfertigung, die unpräzise und vage bleibt.

Schließlich ist die paternalistische Legitimation, so verlockend sie auch erscheinen mag, auch in diesem Fall problematisch. Zunächst ist festzuhalten, dass staatliche Eingriffe -

⁵¹² Oder „schwer belegbare Kausalzusammenhänge“ (Wohlers/Went 2010, S 289 ff.).

insbesondere im Wege des Strafrechts - zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst nur in Ausnahmefällen legitim sein können. Um zu dieser Schlussfolgerung zu gelangen, muss man nicht von der utilitaristischen Annahme eines J. S. Mill ausgehen, auch nicht von der Sicht orthodoxer Liberaler wie Feinberg.

Um die Schwierigkeit einer paternalistischen Legitimation der Norm zu überwinden, wird in der Regel auf das Argument zurückgegriffen, dass bestimmte selbstschädigende Verhaltensweisen auch andere Menschen schädigen. Diese Form der Argumentation unterliegt jedoch einem methodischen Fehler, da das Kriterium der Schädigung Dritter als Grundlage einer vermeintlichen Legitimation nach dem *Harm-Principle* und nicht nach dem Paternalismusprinzip erfolgen sollte.

Will man nur eine kurze Antwort auf die Ausgangsfrage geben, wie das strafrechtliche Totalverbot des Glücksspiels legitimiert werden kann, so muss man sagen, dass es keine einfache Antwort gibt. Wichtig ist zumindest, und das war das große Anliegen dieser Untersuchung, das Verbot in Frage zu stellen und dabei einige Überlegungen zu den Legitimationsversuchen dieser umstrittenen Vorschrift anzustellen.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Vandenhoeck & Ruprecht, Hamburg 1993.
- Anastasopoulou, Ioanna Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, 196, München 2005.
- Andreucci, Ricardo A. Legislação Penal Especial, Editora Saraiva, São Paulo 2018.
- Amelung, Knut Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft – Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, Göttingen, 1972.
- Ders. Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, in: H. Jung / H. Müller-Dietz / U. Neumann (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden 1991, S. 269-279.
- Androulakis, Nikolaos K. Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? – Das „Erschütterungsprinzip“ (zu der Entscheidung BVerGE 120, 224-273), in: F. Herzog / U. Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 271-286.
- Anastasopoulou, Ioanna *Deliktstypen* zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, 196, München 2005.
- Aristoteles: Nikomachische Ethik, hrsg. V. Paul Gohlke, Bd. 11, 2. Aufl., Paderborn 1966 (e-Book).
- Arzt, Gunther Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens, in: BKA Wiesbaden (Hrsg.), „Polizei und Kriminalpolitik“, Wiesbaden 1981, S. 77-84.
- Augustinus, Aurelius: *De civitate Die* (Über den Gottestaar), Buch IV, in Des Heiligen Kirchenvaters Aurelius Augustinus ausgewählte Schriften, Bd. 1, München 1911.
- Barros, Alberto R. G. Direito Natural em Cícero e Tomás de Aquino, in M.C. P. Pissarra / R. N. Fabbrini (Hrsg.), Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da filosofia, São Paulo 2007.
- Benatte, Antônio P. Dos Jogos que Especulam com o Acaso: Contribuição à História do “Jogo de Azar” no Brasil (1890-1950), Dissertation, Geschichtswissenschaft, Campinas: Uni-Camp, 2002.

- Beestermöller, Gerhard Thomas von Aquin und der gerechte Krieg: Friedensethik im theologischen Kontext der Summa Theologiae, Köln 1990.
- Bobbio, Norberto: O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito, São Paulo 1999.
- Bolz, Norbert Wer nicht spielt, ist krank. Warum Fußball, Glücksspiel und *Social Games* lebenswichtig für uns sind. München 2014.
- Brüggemann, Johannes A.J. Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Nomos - Studien zum Strafrecht Band 58, Baden-Baden 2013.
- Cavalcanti, Eugênio C. Os Bicheiros, Rio de Janeiro 1940.
- DaMatta, R. / Soárez E. Águias, Burros e Borboletas. Um Estudo Antropológico do Jogo do Bicho, Rio de Janeiro 1999.
- De Paula, André F. L. On the Unities of Law, Practical Reason, and Right: Foundations of the Unity of Reason beyond the Plurality of Knowledge and of Normative Orders, in: A. F. L. de Paula/A. S. Santacoloma (Hrsg.), Law and Morals, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 158, Stuttgart 2009.
- Devlin, Patrick: The Enforcement of Morals, Oxford University Press, London 1965.
- Dreier, Ralf: Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkes im demokratischen Verfassungsstaat, in: Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Hrsg. Arthur Kaufmann, Frankfurt am Main 1988, S. 87-108.
- Ders. Recht, Moral, Ideologie: Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981.
- Dimoulis, Dimitri A Relevância Prática do Positivismo Jurídico, in: Revista Brasileira de Estudos Políticos 102 (2011), Belo Horizonte, S. 215-253.
- Duarte, José Comentários à Lei de Contravenções Penais, Rio de Janeiro 1958.
- Erbel, Günter: Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte – Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, Dunker & Humblot, Berlin 1971.

- Feinberg, Joel Harm to Others, in *The Moral Limits of Criminal Law*, Band 1, Oxford 1984.
- Feinberg, Joel Harm to Self, in *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 3, Oxford 1986.
- Feinberg, Joel Harmless Wrongdoing, in *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 4, Oxford 1988.
- Feuerbach, Paul. J. A. v. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (14. Auf., Giessen, Heyer, 1847), Aalen 1986.
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública VI. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, Ano VI, São Paulo 2012.
- Franco, Alberto S./Stoco, R. *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 1, Editora RT, São Paulo 2002.
- Frisch, Wolfgang: An den Grenzen des Strafrechts, in: W. Küper / W. Jürgen (Hrsg.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag – Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1993, S. 69 ff.
- Ders. Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 215-238.
- Ders. Toleranz als Prinzip der Strafrechtsbegrenzung, in: A. v. Hirsch / K. Seemann / W. Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, S. 83-96.
- Ders. Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts, in: H. Junge / H. Müller-Dietz (Hrsg.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 2007, S. 189-213.
- Geddert, Heinrich: *Recht und Moral – zum Sinn eines alten Problems*, Frankfurt am Main 1981.
- Girardet, Klaus Martin *Naturrecht und Naturgesetz: Eine gerade Linie von Cicero zu Augustinus?*, in: *Rheinisches Museum für Philologie*, Bd. 138, Saarbrücken 1995.
- Gomes, Laurentino 1808, Editora Globo Livros, Rio de Janeiro 2014.

- Greco, Luis: *Rechtsgüterschutz* und Tierquälerei, in: Böse, Martin; Sterberg-Lieben, Detlev (Hrsg.): Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag – Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, ? 2009, S. 3 ff.
- Grünhut, Max: *Methodische Grundlagen* der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: August Hegler (Hrsg.): Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1930, S. 1 ff.
- Grunert, Frank: Paternalismus in der politischen Theorien der deutschen Aufklärung, in: M. Anderheiden / H. M. Hinig / P. Bürkli / S. Kirste / K. Seelmann (Hrsg.), Paternalismus und Recht, Tübingen 2006.
- Günther, Klaus: Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: H. Jung / H. Müller-Dietz / U. Neumann (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden 1991, S. 205-218.
- Günther, K. / Prittwitz C.: Individuelle und Kollektive Verantwortung im Strafrecht, in: U. Neumann / F. Herzog (Hrsg.): Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag – Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. C.F. Heidelberg 2010, S. 331-354.
- Gusmão, Sady C.: Das Contravenções Penais, Rio de Janeiro 1942.
- Hart, H.L.A.: Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Essays in Jurisprudence and Philosophy, Claredon Press, 1 Oxford 983.
- Hart. H. L. A.: The Concept of Law (1961), 2. Auf., Oxford/New York 1994.
- Hart. H. L. A.: Law, Liberty and Morality, Oxford 1963.
- Hassemer, Winfried: *Theorie und Soziologie* des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt 1980.
- Ders.: Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in NStZ, 1989, S. 553-560.
- Ders.: Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüterschutz, in: H. Jung / H. Müller-Dietz / U. Neumann (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden 1991, S. 329-334.
- Ders.: Gründe und Grenzen des Strafens, in: N. Courakis (Hrsg.), Festschrift für Dionysios Spinellis – Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert Band. 01, Athen 2001, S. 399-423.

- Ders. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 57 ff.
- Hefendehl, Roland Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, München 2002.
- Ders. _____ Das Rechtsgut als materialer Ausgangspunkt einer Strafnorm, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 119 ff.
- Ders. Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, in Goldammer's Archiv, 2002.
- Hegel, G. W. F. Grundlinien der Philosophie des Rechts, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1821, Frankfurt a.M. 1970.
- Heine, Günther: Zum Begriff des Glücksspiels aus europäischer Perspektive, in: M. Böse / D. Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag – Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Berlin Duncker & Humblot 2009, S. 413-423.
- Herzog, Felix Die Leute und ihre normative gesellschaftliche Verständigung – Post-naturrechtliches Naturrecht im (straf)rechtstheoretischen Denken von Winfried Hassemer, in: U. Neumann, Ulfrid / F. Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 80. Geburtstag – Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. C.F. Müller 2010, S. 49 ff.
- Hillgruber, Christian Der Schutz des Menschen vor sich selbst, Franz Vahlen Verlag, München 1992.
- Hirsch, Andrew von Der Rechtsgutsbegriff und das *Harm Principle*, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 13-25.
- Hirsch / Seelmann /Wohlers Einführung: Was sind Mediating principles?, in: A. v. Hirsch / K. Seelmann / W. Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 97-108 (zit. *Stratenwerth* Legitimation).
- Hirsch, Andrew von Toleranz als Mediating principle, in: A. v. Hirsch / K. Seelmann / W. Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 97-108 (zit. *Stratenwerth* Legitimation).

- Ders. Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?, in: A. v. Hirsch / U. Neumann / K. Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigenden Verbalen, Baden-Baden 2010, S. 57-68.
- Höffe, Otfried Immanuel Kant, München 2014.
- Holtug, N. The harm principle, in: Ethical theory and moral practice, Vol. 5, No. 4 (Dec., 2002) 2002, S. 357-389.
- Hörnle, Tatjana Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus. Juristische Abhandlungen, herausgegeben von Cornelius Prittwitz, Band 46. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main 2005.
- Ders. Der Schutz von Gefühlen, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 268 ff.
- Horn, Christoph Politische Gerechtigkeit bei Cicero und Augustinus, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, IX, Bonn 2007, 2, pp. 46-70.
- Rudolphi/Horn/Samson. et al. SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin: Carl Heymanns 2013.
- Jähnke, Burkhard Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Band 7 §§ 264-302, Hrsg. Jähnke, Burkhard (§§ 284 – 307); Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Odersky, Walter. 11. Neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2005.
- Jäger, Herbert Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957.
- Jescheck, H.-H.; Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts, A.T. 5. Auflage, Dunker & Humblot, Berlin 1996.
- Jesus, Damásio E. Lei das Contravenções Penais, São Paulo 1996.
- Jupiara, A/Otavio C. Os Porões da Contravenção. Jogo do Bicho e Ditadura Militar: A história da Aliança que profissionalizou o crime organizado, Ed. Record, Rio de Janeiro 2015.
- Jung, Heike Zur Strafbarkeit des Inzest, in: H. Göppinger / H.-J. Kerner / H. Lefrenz / F. Streng, *Kriminologie, Psychiatrie, Strafrecht: Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70. Geburtstag*. Heidelberg 1983, S. 311-322.
- Kahl, W.; Woldhoff, C. Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg. W. Kahl / C. Woldhoff / C. (Hrsg.) 175. Aktualisierung Oktober 2015 C.F.

- Müller Heidelberg, R. Zippelius (Art. 1 Abs. 1 und 2 – Seite 4-65)
- Kahl, W.; Woldhoff, C. Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg. W. Kahl / C. Woldhoff (Hrsg.) 133. Aktualisierung April 2008 C.F. Müller Heidelberg, D. Lorenz (Art. 2 Abs. 1 – Rn. Nr. 100-410, Seite 53-167)
- Kahlo, Michael Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 26-38.
- Kant, Immanuel Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Kant-W Bd. 11, 1957.
- Ders. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Hrsg. Von Theodor Valentiner, Reclam, Stuttgart 2010.
- Kargl, Walter *Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz*. Über den bebreuzenden Zusammenhang von Rechtsgütern, Schaden und Strafe, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.) Albrecht, Peter, Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Serie Frankfurter Kriminalwissenschaften Studien, Bd. 50., F, Frankfurt a.M. (Peter Lang), 1995.
- Kelker, Brigitte Zur Legitimität von gesinnungsmerkmalen im Strafrecht – eine strafrechtlich-rechtsphilosophie Untersuchung, Frankfurt am Main 2007.
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre (1960), 2. Aufl., Wien 2000.
- Kinzig, Jörg: Kriminologische und strafrechtliche Aspekte des Glücksspiels, in: G. Freund / U. Murmann / René B. / W. Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag – Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Berlin 2013, S. 1003-1022.
- Kraus, Karl Sittlichkeit und Kriminalität, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1987.
- Krauß, Detlef Rechtsgut und kein Ende: Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224), in: F. Herzog / Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 423 ff.
- Krehl, Christoph Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar – Großkommentar, Band 10 §§ 284-305a, Hrsg. Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Rissing-van Saan, Ruth; Tiedemann, Klaus. 12. Neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2008.

- Kühl, Kristian Strafrecht und Moral in Bewegung, in: Paeffgen, Hans-Ullrich et al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 653 ff. (zit. *Kühl*, FS-Puppe)
- Lampe, Ernst-Joachim: Recht und Moral staatlichen Strafens, in: H. Jung / H. Müller-Dietz / U. Neumann (Hrsg.), Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden 1991, S. 305-314.
- Lavorenti, W. et al. Leis Penais Especiais Anotadas, Campinas 2016.
- Lizst, Franz von Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin/Leipzig 1919.
- Lüderssen, Klaus: Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen: Gesammelte Aufsätze, 1. Aufl, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- Marx, Michael *Zur Definition* des Begriffs „Rechtsgut“ – Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln (u.a.) 1972.
- Mill, John Stuart: Über die Freiheit, Hamburg 2009.
- Mill, John Stuart: Ensaio sobre a liberdade, São Paulo 200.
- Monteiro, Marcelo V. Das Contravenções Relativas à Polícia de Costumes, in A. V. Salvador Netto (Hrsg.), Comentários à Lei das Contravenções Penais, São Paulo 2006.
- Müller-Dietz, Heinz Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in: K. Geppert / J. Bohnert / R. Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992, S. 95-116.
- Murmann, Uwe Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin - Heidelberg 2005.
- Naucke, Wolfgang Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts : Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte., Baden-Baden 2000.
- Ders. Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt am Main 1996.
- Neumann, Ulfrid: Deontologische und teleologische Positionen in der rechtlichen und moralischen Beurteilung von Sterbehilfe und Suizidteilnahme, in: H. Jung / H. Müller Dietz / U. Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Nomos, Baden-Baden 1991, S. 393-400.

- Ders. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?. In: C. Prittwitz / I. Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, S. 119-130.
- Ders. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip, in: A. v. Hirsch / K. Seelmann / W. Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 128-137.
- Papageorgiou, K. A. Schaden und Strafe – Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität, in: R. Alex / R. Dreier (Hrsg.), Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Band 6, Baden-Baden 1994.
- Pimentel Filho, José E. Ambiguidades da Moral Civilizatória no Brasil Durante o Século XIX: Política Criminal, Educação e Masculinidade no Nordeste, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 116 (September-Oktober 2015), S. 403 ff.
- Prittwitz, Cornelius Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft (Bd. 22). Frankfurt am Main 1993.
- Ders. Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? *Ultima Ratio?* Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt am Main 1995, S. 387-405.
- Ders. Personale Rechtsgutslehre und die „Opfer von morgen“, in: Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien 104, Frankfurt 2007, S. 97-111.
- Queiroz, Rafael M. R.; A Tutela da Moralidade Política pelo Direito Penal: Relato e Análise da Ação Penal 470, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 106 (Januar 2014), S. 251 ff.
- Reale, Miguel; Introdução à Filosofia, São Paulo 2014.
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 3. Aufl. (1932), Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 1: Rechtsphilosophie II, bearbeitet von Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993.
- Rudolphi, Hans-Joachim Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs, in: Eberhard Barth, Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen 1970, S. 151-168.

- Radbruch, Gustav Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1947), Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 3: Rechtsphilosophie III, bearbeitet von Winfried Hassemer, Heidelberg 1990.
- Reale, G.; Antiseri, D. Filosofia: Antiguidade e Idade Média, Band I, São Paulo 2017.
- Rezende, Astolpho A figura jurídica do jogo do bicho, in Revista de Direito, v. IV, fasc. 1 (abril 1907). Rio de Janeiro, S. 569 ff.
- Ders. A regulamentação do jogo, in Revista de Direito, v. XXI, (julho 1911). Rio de Janeiro, S. 26 ff.
- Roxin, Claus Sittlichkeit und Kriminalität, in: J. Baumann (Hrsg.), Mißlingt die Strafrechtsreform? Der Bundestag zwischen Regierungsentwurf von 1962 und Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer vom 1966. Luchterhand Texte 12, Tübingen 1969, S. 156 ff.
- Ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auf. München 1997.
- Ders. Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: F. Herzog / W. Hassemer (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 573-597;
- Rudolphi, Hans-Joachim Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Juristische Fakultät der Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen 1970, S. 151-167.
- Santos, Myrian S. O encontro da militância com a vadiagem nas prisões da Ilha Grande, in: Topoi, v. 18, n. 35, Mai./Aug., 2017. S. 356-380.
- Ders. Os Porões da República: A colônia Correccional de Dois Rios entre 1908 e 1930, in Topoi, v. 7, n. 13, jul./dez. 2006, S. 445-476.
- Schmidt, Heiner Christian: Grundrecht als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121 (2009), S. 645.
- Schünemann, Bernd: Das Rechtsgutprinzip als Fluchtpunkt der Verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 133 ff.
- _____ Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?, in: A. v. Hirsch / U. Neumann / K. Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigenden Verhalten, Baden-Baden 2010, 221-240.

- Seelmann, Kurt Rechtsgutskonzept, „*Harm Principle*“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 261-267.
- Ders. Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch das Recht?, in: H. Junge / H. Müller-Dietz (Hrsg.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 2007, S. 893-904.
- Stepanians, Markus Paternalismus in der Rechtsphilosophie: Die moralischen Grenzen des Strafrechts, in *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 14 (1), Bern 2009.
- Sternberg-Lieben, Detlev Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 65 ff.
- Stratenwerth, Günter Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Hrsg. Eser, Albin (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, S. 377-391 (zit. *Stratenwerth FS-Lenckner*).
- Ders. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: R. Hefendehl / A. von Hirsch / W. Wohlers (Hrsg), *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrecht oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 255-260.
- Ders. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“, in: A. v. Hirsch / K. Seelmann / W. Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, S. 157-165 (zit. *Stratenwerth Legitimation*)
- Swensson Jr., L. Joppert Vor dem Gesetz – *Transitional Justice* in Brasilien und die Problematik der strafrechtlichen Verantwortung für Straftaten der Militärdiktatur. *Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien*, Band 149. Frankfurt (Main) Peter Lang, 2014.
- Tavares, Juarez Die personale Rechtsgutslehre und die Kriminalpolitik in Brasilien, in: U. Neumann / C. Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt am Main 2007, S. 104 ff.
- Villey, Michel A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. Tradução de: BERLINER, Claudia. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- Volk, Klaus Gefühlte Rechtsgüter?, in: Heinrich, Manfred et al. (Hrsg.), F.S. für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Strafrecht als Scientia Universalis, Band 2, Berlin 2011, S. 215 ff. (zit. Volk, FS-Roxin)
- Walther, Manfred Hat der Juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, in: R. Dreier Hrsg.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", Frankfurt am Main 1989, S. 323 ff.
- Wohlers, Wolfgang Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 90 (Mai-Jun 2011), S. 98-107.
- Ders. Strafrecht als *ultima ratio* – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: A. v. Hirsch / K. Seelmann / W. Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, S. 54-69.
- Wohlers, W.; Went F. Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, in: A. v. Hirsch / U. Neumann / K. Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigenden Verhalten, Baden-Baden 2010.