

Schriften zum Strafrecht

Band 305

**Die Suche
nach einem Legitimationsmaßstab
für Pönalisierungsentscheidungen
in der mehrkulturellen Gesellschaft
der Bundesrepublik Deutschland**

Von

Ole-Steffen Lucke



Duncker & Humblot · Berlin

OLE-STEFFEN LUCKE

Die Suche nach einem Legitimationsmaßstab
für Pönalisierungsentscheidungen in der mehrkulturellen
Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland

Schriften zum Strafrecht

Band 305

Die Suche
nach einem Legitimationsmaßstab
für Pönalisierungsentscheidungen
in der mehrkulturellen Gesellschaft
der Bundesrepublik Deutschland

Von

Ole-Steffen Lucke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15135-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55135-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85135-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Ehefrau und meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2016 an der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel zur Promotion zugelassen worden. Die mündliche Prüfung fand am 07. 11. 2016 statt. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Juni 2016.

Bedanken möchte ich mich bei meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Professor Dr. Manfred Heinrich, der zum Gelingen dieser Arbeit durch die Einräumung wissenschaftlicher Freiheit, seine kritischen Anregungen sowie die zu jeder Zeit bestehende Diskussionsbereitschaft wesentlich beigetragen hat. Herrn Professor Dr. Andreas Hoyer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. h.c. Gerhard Strate möchte ich dafür danken, dass er mir neben meiner Tätigkeit als angestellter Rechtsanwalt in seiner Kanzlei umfangreiche Freiräume für meine wissenschaftliche Tätigkeit beließ. Herrn Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke danke ich für die steten und hilfreichen Hinweise auf themenbezogene Neuerscheinungen. Sein (kritischer) Verweis auf die Überlegungen Dreiers stellten zudem für die vorliegende Arbeit einen Meilenstein dar.

Herrn Sina-Aaron Moslehi, Frau Maura Larissa Posth und Herrn Fynn-Hendrik Vogt danke ich für die unermüdliche Unterstützung, insbesondere bei den Korrekturarbeiten.

Besonders bedanken möchte ich mich bei meiner Familie für die Geduld, die Aufmunterungen und die wertvollen Diskussionen.

Schließlich danke ich dem Verlag für die freundliche Bereitschaft zur Aufnahme der vorliegenden Arbeit in die Schriftenreihe.

Hamburg, im Dezember 2016

Ole-Steffen Lucke

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Begriffsbestimmungen	17
I. Strafrecht	17
1. Definition	17
2. Legitimation des Strafrechts	19
II. Kultur	21
1. Definitionsansatz	21
2. Interne Verfasstheit von Kulturen	24
a) Kohärente Nationalkulturen	24
b) Dynamische, hybride und intern heterogene Nationalkulturen	25
c) Die kulturelle Pluralisierung in der Bundesrepublik Deutschland	26
3. Das Problem der integrativen Gesamtkultur	29
a) Das Modell der kulturellen Differenz	29
b) Das Kohäsions-Modell	29
c) Das Subkultur-Konzept	30
d) Zwischenergebnis	31
e) Das Aufeinandertreffen von Kulturen	31
aa) Multikulturalität und Multikulturalismus	32
(1) Multikulturalität	32
(2) Multikulturalismus	32
bb) Interkulturalität	34
cc) Transkulturalität	34
dd) „Leitkultur“ und „Parallelgesellschaft“	34
ee) Zwischenergebnis	36
4. Das zu vermeidende Simplifizierungsrisiko	37
C. Einfluss der Kultur auf die Pönalisierungsentscheidung	40
I. Kulturabhängigkeit des Rechts?	40
1. These von der Unbeachtlichkeit der Kultur	40
2. These von der Übereinstimmung der Rechtsnormen mit den Kulturnormen	41
II. Abhängigkeit des Strafrechts von der Kultur?	42
1. These von der besonderen Kulturabhängigkeit des Strafrechts	42

2. Thesen zu den Ausnahmen von der Kulturabhängigkeit des Strafrechts	42
a) Differenzierung nach Teilbereichen des Strafrechts	43
b) Ausnahmen nach Mayer	43
aa) Verwaltungsstrafrecht	43
bb) Kulturfremde Gesetze	44
III. Abhängigkeit der Pönalisierung von kulturellen Wertvorstellungen	45
1. Pönalisierung als Auswahlentscheidung	45
2. Abhängigkeit der Auswahl von den kulturellen Wertvorstellungen	47
3. Zwischenergebnis	50
IV. Abgrenzungen und Konkretisierungen	51
1. Von den bisherigen kulturellen Wertvorstellungen abweichende Strafnormen	51
2. Völkerrechtliche Vorgaben	51
3. Wirkung des Strafrechts auf kulturelle Wertvorstellungen – Das Theorem von Legalität und Moralität	52
D. Der Pönalisierungsmaßstab in einer mehrkulturellen Gesellschaft	55
I. Allgemeine Diskussion um den materiellen Verbrechensbegriff	56
1. Rechtsgutslehre	58
a) Wertungsbedürftigkeit des Rechtsgutsbegriffs	59
b) Rechtsgutslehren	60
aa) Schönemann	60
bb) Hassemer und Neumann	61
cc) Roxin	63
dd) Weigend	64
ee) Jäger	65
ff) Hefendehl	67
gg) Wohlers	69
hh) Kahlo	70
c) (Fehlende) Erkenntnisgewinne aus der Rechtsgutslehre	71
2. Maßstab des Bundesverfassungsgerichts (Verhältnismäßigkeitsprinzip)	74
3. Inklusion des Rechtsgüterschutzes in den verfassungsrechtlichen Prüfungsrahmen	76
4. Sozialethische Strafrechtslehre	76
5. Sozialschädlichkeitstheorie	78
6. Strafrechtlicher Funktionalismus	80
7. Die Lehre von den fundamentalen Verhaltensnormen	82
8. Einflüsse aus dem angloamerikanischen Raum	83
a) Harm Principle	83
b) Offense to Others	85
c) System prinzipiengestützter Strafnormlegitimation	86
9. Gesamtbetrachtung	87

II. Die kulturelle Bedingtheit jedes materiellen Legitimationsmaßstabs für die Pönalisierung	89
III. Mögliche Ansätze für eine legitime Pönalisierung in einer mehrkulturellen Gesellschaft	91
1. Strafrechtsppluralismus	92
2. Lösungsansätze für eine legitime absolute Strafnormgeltung in einer mehrkulturellen Gesellschaft	97
a) Materielle Maßstäbe	97
aa) Der Rekurs auf die „höherwertige“ Kultur nach Mayer	98
bb) Multikulturelles Strafrecht im Sinne des Assimilationsmodells	99
(1) Schutz der abendländischen Kultur	100
(2) Schutz der grundlegenden Wertentscheidungen	101
(3) Verfassungspatriotismus	102
(a) Grünewald	103
(b) Radbruch	103
(c) Hilgendorf und Steffen	103
(d) Zwischenergebnis	104
(e) Hörnle	105
(f) Kritik	107
cc) „Echtes“ multikulturelles bzw. transkulturelles Strafrecht	111
(1) Appellfunktion des Straftatbestandes	112
(2) Interkulturelle Normbegründung nach Köhler	114
(3) Kulturindifferente Menschenrechte als Pönalisierungsmaßstab nach Höffe	116
(4) Interkulturelles Kernstrafrecht nach Rössner	119
dd) Zwischenergebnis	120
b) Der prozessuale Maßstab	120
aa) Legitimation durch Zuständigkeit	120
bb) Prozedurale Inklusion nach Dreier	123
c) Zwischenergebnis	124
IV. Die Übertragbarkeit der Diskussion zur Berücksichtigung fremder kultureller Wertvorstellungen bei der Entscheidung über das Vorliegen niedriger Beweggründe im Sinne des § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB	126
1. Wertepluralität	128
a) Diskussion anhand des Definitionsmerkmals der „allgemeinen sittlichen Wertung“	129
b) Diskussion anhand der juristischen Problembeschreibung der Ehrenmorde und der Blutrache	132
2. Die Berücksichtigung abweichender, fremdkultureller Wertvorstellungen	134
a) Dogmatisch uneinheitliche Berücksichtigung	134

b) Objektive Berücksichtigung	136
aa) Begründung aus der Idee eines (interkulturellen) sozialetischen Minimums	138
bb) Gegenargumentation zu der Idee eines (interkulturellen) sozialetischen Minimums	139
(1) Beschränkung auf strikt rechtliche Vorgaben	139
(2) Aufweichung des gesetzlichen Normbefehls	140
cc) Begründung über die Privilegierung des Konflikts zwischen Gesamkulturen	142
dd) Begründung über das Schuldprinzip	143
ee) Zwischenergebnis	144
c) Pathologisierende Berücksichtigung	144
aa) Der Maßstab der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland	146
bb) Die Pathologisierungstendenz	148
d) Zwischenergebnis	149
V. Eigener Lösungsvorschlag	150
1. Ausländerwahlrecht	152
2. Die Installation einer Kulturkommission	154
a) Sachverständige Interessenvertretung	155
b) Loslösung von der Rationalitätsdoktrin	157
c) Besetzung der Kommission	158
d) Formalisierung	159
e) Zulässigkeit der beratenden Einflussnahme	160
f) Verteidigung der Institutionalisierung einer Kulturkommission	161
3. Erfordernis einer 2/3-Mehrheit für die parlamentarische Schlussabstimmung über ein Strafgesetz	164
4. Kulturrelativismus versus wehrhafte Demokratie	165
5. Die gesetzgeberische Diskussion um die Pönalisierung der Beschneidung von Jungen als Indiz für die praktische Umsetzbarkeit	171
6. Schlussbetrachtung	177
E. Zusammenfassung	178
Literaturverzeichnis	182
Stichwortverzeichnis	192

A. Einleitung

Strafrecht hat Konjunktur oder wie Bunzel bereits im Jahr 2003 formulierte:

„Strafrecht und Strafbewehrung etablieren sich zu einem beliebten Mittel der Konfliktbereinigung und allgemeinen Instrument gesellschaftlicher Steuerung, das scheinbar zur Erreichung jedes beliebigen Zieles tages- und parteipolitischer Interessen herangezogen werden [kann].“¹

Vergangen sind damit die Zeiten, in denen das Strafrecht ultima ratio war. Heute hat es sich stattdessen vielfach als „prima ratio oder gar als die sola ratio etabliert.“²

Diese Gesetzgebungspraxis trifft auf eine gesellschaftliche Realität der kulturellen Pluralisierung, die von einer Heterogenität der Wertvorstellungen begleitet wird. Auslöser hierfür sind eine zunehmende Binnenpluralisierung sowie jahrzehntelange Migrationsbewegungen.³ Inwiefern dieser gesellschaftliche Zustand mit der tatsächlichen Zunahme sozialer Konflikte oder von Straftaten verbunden ist, mag an dieser Stelle dahinstehen.⁴ Angesichts des beinahe inflationären Gebrauchs des Strafrechts überrascht es jedenfalls nicht, dass das derzeitige, vermeintlich adäquate Reaktionsmuster für den Umgang mit unterschiedlichen kulturellen Überzeugungen⁵

¹ *Bunzel*, Potenz des Verhältnismäßigkeitsprinzips, S. 96 (107); vgl. ebenso die kritische Einschätzung von *Hassemer/Neumann*, in: NK, StGB, Vor § 1 Rn. 14; *Hefendehl*, GA 2007, 1 (14). *Kargl* (StraFo 2001, 365 [365]) konstatiert ein „ausuferndes, undeutliches Kriminalsyst.“

² *Hassemer*, Vielfalt und Wandel, S. 157 (175).

³ s. hierzu B.II.2.c).

⁴ Kritisch hinsichtlich eines zwangsläufigen Zusammenhangs zwischen vermehrter kultureller Heterogenität und der Zunahme von sozialen Konflikten oder Straftaten – *Hörnle*, Gutachten, C 12. Nach *Valerius* (Kultur und Strafrecht, S. 54) nehmen „kulturbedingte Konflikte“ sowohl zahlenmäßig als auch in ihrer Intensität zu. *Hilgendorf* (StV 2014, 555 [556]) ist der Ansicht, dass Strafrechtsfälle mit (von ihm so bezeichneten) multikulturellem Hintergrund ansteigen. Für kulturelle Konflikte im Bereich des öffentlichen Rechts und des Zivilrechts vgl. insbesondere die Beispiele bei *Valerius*, Kultur und Strafrecht, S. 39 ff. sowie jüngst zur Frage des Kopftuchverbots an öffentlichen Schulen BVerfG, NJW 2015, 1359 ff.

⁵ Hierbei spielen insbesondere religiöse Überzeugungen und damit unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 GG verfassungsrechtlich bedeutsame Gesichtspunkte in die jeweilige Debatte hinein – vgl. *Hilgendorf*, StV 2014, 555 (555). Aus diesem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz folgt *Hörnle* (Gutachten, C 14 ff.) die Notwendigkeit einer vom Oberbegriff Kultur gesonderten Betrachtung der Religion. Dem ist – unabhängig davon, dass die Kultur als Menschenrecht ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz genießt [vgl. hierzu später unter D.III.2.a)bb)(3)(f)] – grundsätzlich zuzustimmen, soweit es die Berücksichtigung kultureller und damit auch religiöser Wertvorstellungen bei der *Anwendung* des Strafrechts betrifft. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich allerdings mit der vorgelagerten Pönalisierungsentscheidung (hierzu sogleich). Auf dieser Ebene erscheint meines Erachtens eine gesonderte Be-

und Verhaltensweisen die vermehrte Schaffung spezieller Strafgesetze zu sein scheint – wie beispielsweise in Gestalt des § 226a StGB⁶ (Strafbarkeit der Genitalverstümmelung bei Mädchen mit einem *Strafrahmen von 1 bis 15 Jahren!*⁷) und des § 237 StGB⁸ (Zwangsverheiratung). Auf die (fehlende) empirische Notwendigkeit solcher Gesetzesvorhaben⁹ soll dabei aber ebenso wenig wie auf die in diesem Kontext häufig gestellte kriminologische Frage des Umfangs der Kriminalität von Nichtdeutschen und der diesbezüglichen Erklärungsmodelle¹⁰ eingegangen werden.

Betrachtungsgegenstand sollen vielmehr grundsätzliche dogmatische Folgen für das Strafrecht sein, die mit dem Phänomen der kulturellen Pluralität unserer Gesellschaft verbunden sind. Auf diese besondere Weise soll sich der inzwischen verstärkt in den Fokus der Strafrechtswissenschaft gerückten Thematik von Kultur und Strafrecht¹¹ genähert werden.

Mit wenigen Ausnahmen (nämlich dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe und in punktueller Weise der Sittenwidrigkeit gemäß § 228 StGB) wird hierbei auf die Diskussion um die (einzelnen) Möglichkeiten der Berücksichtigung

trachtung weder erforderlich noch vorteilhaft. Eine Einführung in den Begriff der Religion gibt beispielsweise *Steffen*, Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft, S. 35 ff.; vgl. zudem die Auslegung bei BVerfG, NJW 2015, 1359 (1360 f., Rn. 83 ff.).

⁶ Eingeführt durch das „47. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 24.09.2013 – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien“ (BGBl. I, S. 3671).

⁷ *Hörnle* (Gutachten, C 56 f.) spricht sich sogar für eine Anhebung des Strafrahmens entsprechend des § 226 StGB (mit einer Mindeststrafe von drei Jahren bei absichtlicher Herbeiführung) aus.

⁸ Eingeführt durch Art. 4 des „Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften“ vom 23.06.2011 (BGBl. I, S. 1266, 1268 f.).

⁹ Zu dem rein symbolischen Charakter des § 226a StGB vgl. nur die kritischen Ausführungen von *Fischer*, StGB, § 226a Rn. 2b, 3a.

¹⁰ s. hierzu etwa den Überblick bei *Erbil*, Toleranz für Ehrenmörder, S. 2 ff.

¹¹ So war die Beziehung von Strafrecht und Kultur in den letzten Jahrzehnten ein lediglich rudimentärer Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen (*Valerius*, Kultur und Strafrecht, S. 55). Einen großen Beitrag zur Behebung dieser Problematik hat *Valerius* mit seiner Habilitationsschrift „Kultur und Strafrecht“ geleistet. Der inzwischen gewandelte Aufmerksamkeitsgrad zeigt sich beispielsweise darin, dass sich die strafrechtliche Abteilung des 70. Deutschen Juristentags im Jahr 2014 mit der Frage beschäftigt hat, ob als Folge der kulturellen und religiösen Pluralisierung der in Deutschland lebenden Bevölkerung Änderungen im Strafrecht zu empfehlen sind; vgl. hierzu *Hörnle*, Gutachten. Neben mehreren aktuellen Aufsätzen ist kurz vor Beendigung dieser Dissertation zudem eine weitere einschlägige und detaillierte Abhandlung von *Steffen* (Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft) erschienen. Mit diesen und den weiteren diesbezüglichen wissenschaftlichen Beiträgen wird sich die hiesige Abhandlung in den jeweils einschlägigen Passagen auseinandersetzen. An aktueller Literatur zu nennen ist schließlich noch eine kürzlich erschienene deutsche Übersetzung einer Monografie, die sich mit kulturell motivierten Straftaten in Italien befasst (*Basile*, Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht), die allerdings angesichts des nicht erhobenen rechtsvergleichenden Anspruchs der vorliegenden Abhandlung nur sehr ausgewählt herangezogen wurde.

unterschiedlicher kultureller Wertvorstellungen (erst) bei der Anwendung des materiellen Strafrechts (etwa auf der Ebene des Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts und dort insbesondere im Zusammenhang mit der Frage nach dessen mögliche Einschränkung im Sinne des ursprünglich amerikanischen Konzepts des „cultural defense“, auf der Tatbestands-, Rechtswidrigkeits- bzw. Schuldenebene oder im Bereich der Strafzumessung) oder im strafprozessualen Bereich (in Form der faktischen Nichtverfolgung oder einer Einstellungspraxis im Sinne der §§ 153, 153a StPO) *nicht* näher eingegangen.

Stattdessen wird aus dem weiten Themenfeld von Kultur und Strafrecht ein Bereich herausgegriffen, den die aktuelle Auseinandersetzung bislang weitgehend ausgeblendet bzw. stiefmütterlich¹² behandelt hat: Es geht um die Problematik, ob und wenn ja, welche Schlussfolgerungen aus der kulturellen Pluralisierung für den Vorgang der Pönalisierung zu ziehen sind. Noch weiter spezifiziert wird in der vorliegenden Abhandlung nach einem Maßstab für die Schaffung eines legitimen¹³ strafbewehrten Verbots bzw. Gebots von Verhalten in unserer heutigen mehrkulturellen Gesellschaft gesucht.

Hierbei stellen sich eine Reihe von Fragen: Besteht eine Abhängigkeit der Pönalisierungsentscheidung von kulturellen Wertvorstellungen? Ist bejahendenfalls das Strafrecht sodann angesichts der kulturellen Wertepluralisierung nicht nur ein Instrument der kulturellen Unterdrückung ganzer Bevölkerungsgruppen? Wie kann angesichts dessen ein Missbrauch des Strafrechts verhindert und ein legitimes Strafrecht gesichert werden? Ist hierbei eine kulturübergreifende Strafbefugnis in einer mehrkulturellen Gesellschaft überhaupt zu rechtfertigen oder kann unter diesen

¹² Beispielsweise schneidet *Steffen* (Strafrecht in einer multikulturellen Gesellschaft, S. 24, 70) aufgrund einer anderen Schwerpunktsetzung diese Problematik gerade einmal in wenigen Sätzen an. Auch *Valerius* (Kultur und Strafrecht, S. 56) hat nicht die kulturellen Einflüsse auf die Rechtsordnung untersucht, sondern die Möglichkeit einer Rechtsordnung, „kulturelle Berührungspunkte bei der Beurteilung konkreter Taten zu berücksichtigen.“ Überwiegend zum gleichen Ergebnis führt die Betrachtung der (schriftlich verfügbaren) Beiträge zum 70. Deutschen Juristentag. Zwar formuliert *Hörnle* (Gutachten, C 22 ff.) in ihrem Gutachten hinsichtlich der vorliegenden Thematik eine eigene Stellungnahme, auf die später detailliert einzugehen sein wird [vgl. D.III.2.a)bb)(3)(e)]. Doch steht diese angesichts der Aufnahme als Unterkapitel in den Grundlagenteil und als lediglich eine von 23 Thesen nur am Rande der dortigen Betrachtung. Die Thesen der übrigen Referenten befassen sich mit der vorliegenden Thematik eines Legitimationsmaßstabs für die Pönalisierung in einer mehrkulturellen Gesellschaft schließlich mit keinem Wort (abrufbar unter http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/djt_70_Thesen_140804.pdf).

¹³ In der vorliegenden Abhandlung wird nicht der Versuch unternommen, das (rechts- und moral-)philosophisch höchst facettenreiche Konzept der Legitimität näher einzugrenzen. Es wird im weiteren Verlauf mit dem nicht weniger schillernden Begriff der Gerechtigkeit gleichgesetzt bzw. die Gerechtigkeit als dessen wesentlicher Bestandteil angesehen. Der Verfasser ist sich der hiermit verbundenen Vereinfachung bewusst. Eine solche Herangehensweise hat jedoch den Vorteil, dass unter den gesuchten Legitimationsmaßstab aufgrund dieser Weite prinzipiell alle vorhandenen Ansätze zu integrieren sind und die Frage nach dem legitimen Strafrecht sodann in konkreter Auseinandersetzung mit diesen Meinungen erfolgen kann.