



Andrew von Hirsch / Kurt Seelmann /
Wolfgang Wohlers (Hrsg.)

Mediating Principles

Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung



Nomos

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

ISBN 3-8329-1933-3

1. Auflage 2006

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	7
Vorwort	11
Einführung: Was sind Mediating principles? <i>Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers</i>	13
<i>A. Subsidiarität des Strafrechts</i>	
Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat <i>Bernd Schünemann</i>	18
Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz <i>Tatjana Hörnle</i>	36
Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine: Die technische Prävention und das Strafrecht* <i>Roland Hefendehl</i>	48
Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt? <i>Wolfgang Wohlers</i>	54
Kann Strafrecht „subsidiär“ sein? Aporien eines „unbestrittenen“ Rechtsgrundsatzes <i>Gerhard Seher</i>	70
<i>B. Toleranz</i>	
Toleranz als Prinzip der Strafrechtsbegrenzung? <i>Wolfgang Frisch</i>	83
Toleranz als Mediating principle <i>Andrew von Hirsch</i>	97

* Mit freundlicher Genehmigung des Verlags vorab veröffentlicht in NJ 2006, 17 ff.

Toleranz & Anti Social Behaviour
Marc Thommen 109

C. Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe
Winfried Hassemer 121

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip
Ulfrid Neumann 128

D. Verantwortungsstreuung und Deliktsstruktur

Verantwortungsstreuung als Strafbegrenzung
Kurt Seelmann 138

Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen
Lothar Kuhlen 148

Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“
Günter Stratenwerth 157

Autorenverzeichnis 166

Abkürzungsverzeichnis

a.A. andere Ansicht
a.a.O. am angegebenen Ort
abl. ablehnend
ABIEG Amtsblatt der EG
Abs. Absatz
AE Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches
a.F. alte Fassung
allg. allgemein
Alt. Alternative
Anm. Anmerkung
AöR Archiv für öffentliches Recht
ARSP Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Auf. Auflage
AT Allgemeiner Teil
BayObLG Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd. Band
bes. besonders
BGB Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. Bundesgesetzblatt
BGE Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts
BGer Schweizerisches Bundesgericht
BGH Bundesgerichtshof
BGHSt Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJagdG Bundesjagdgesetz
BR-Dr. Bundesratsdrucksache
bspw. beispielsweise
BT Besonderer Teil
BT-Dr. Bundestagsdrucksache
BtmG Betäubungsmittelgesetz
BVerfG Bundesverfassungsgericht
BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
bzw. beziehungsweise
dems. demselben
ders. derselbe
d.h. das heißt
DJ Deutsche Justiz
DStR Deutsches Steuerrecht
DVBl Deutsches Verwaltungsblatt
Ed. Edition

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eing.	eingehend
ESchG	Embryonenschutzgesetz
etc.	et cetera (und so weiter)
f. / ff.	folgende
FG	Festgabe
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
ggf.	gegebenenfalls
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
grdl.	grundlegend
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der / des
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.Z.m.	im Zusammenhang mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
jurist.	juristisch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KK	Kölner Kommentar
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KWKG	Kriegswaffenkontrollgesetz
Lfg.	Lieferung
LK	Leipziger Kommentar
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MüKo	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NArchCrim	Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Zeitschrift für Natur- und Umweltrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
resp.	respektive
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
s.	siehe
S.	Seite
SchHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
scil.	scilicet (nämlich)
SK	Systematischer Kommentar
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StRG	Strafrechtsreformgesetz
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TierSchG	Tierschutzgesetz
u.a.	und andere / unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Vorbem	Vorbemerkungen
WaffG	Waffengesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
w.N.b.	weitere Nachweise bei
WuV	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
z.B.	zum Beispiel
z.F.	zum Folgenden
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zusammenf.	zusammenfassend
zust.	zustimmend

Vorwort

Der vorliegende Sammelband ist aus einer Tagung hervorgegangen, die *Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers* am 3. und 4. Dezember 2004 auf dem Landgut Castelen bei Basel veranstaltet haben. Sie hatte das Ziel, die Diskussion der Vorgängertagung in Moritzburg bei Dresden fortzuführen, aus der 2003 die ebenfalls beim Nomos Verlag erschienene Publikation „Die Rechtsgutstheorie“ hervorgegangen ist (hrsg. von Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch und Wolfgang Wohlers). Das Konzept der Veranstaltung basierte – wie auch bereits in Moritzburg – darauf, dass im Anschluss an möglichst knappe Einstiegsreferate ein breiter Raum für die Diskussion verbleiben sollte. Die Teilnehmer der Tagung haben diesen Raum genutzt, wofür wir ihnen von Herzen dankbar sind.

Etwa die Hälfte der Beiträge des vorliegenden Bandes geben – teilweise in überarbeiteter und/oder erweiterter Form – die Referate wieder, die den Einstieg in die Diskussion ermöglichen sollten. Bei der anderen Hälfte handelt es sich um Beiträge, die aus der Diskussion heraus entstanden sind oder an deren Ergebnisse anknüpfen und die insoweit den Ertrag der Tagung dokumentieren.

Die Durchführung der Tagung, deren Vorbereitung und Organisation in den Händen von Kurt Seelmann lag, ist in besonders großzügiger Weise durch die Freiwillige Akademische Gesellschaft Basel und die Römerstiftung Dr. René Clavel, Basel, gefördert worden. Die Drucklegung des vorliegenden Werkes wurde durch eine finanzielle Unterstützung des von Andrew von Hirsch geleiteten Centre for Penal Theory and Penal Ethics (Institute of Cambridge, University of Cambridge) ermöglicht. Die Vorbereitung der Drucklegung – angefangen mit dem „Eintreiben“ der Beiträge bis hin zur Anfertigung der Reprovorlagen – lag in der Verantwortung von Wolfgang Wohlers, der allerdings ohne die technische Unterstützung von Antje Wohlers an dieser Aufgabe gescheitert wäre.

Cambridge, Basel und Zürich im Frühjahr 2006
Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers

ren aber dennoch auf bestimmten *Freiheits- oder Gerechtigkeitserwägungen*. Einige dieser *Mediating principles* – wie etwa das Prinzip der Subsidiarität und des Selbstschutzes, die in anderen Kapiteln analysiert werden, sind im deutschen Schrifttum anerkannt. Andere könnten neu zu formulieren sein. Die in diesem Kapitel und auch im Beitrag von *Wolfgang Frisch* behandelte Frage ist die, ob und die *Toleranz* eine Begründung für solche neformulierten *Mediating principles* sein kann.

Stützt man sich auf die Toleranz, so führt dies zu einem von *Frisch* herausgestellten offensichtlichen Paradoxon: Die simple Bezugnahme auf das Prinzip der Toleranz bietet keine adäquate Basis für den Verzicht auf eine Kriminalisierung, weil diese Idee unzureichend bestimmt ist. Es ist erforderlich, bestimmte Gründe für die Toleranz anzugeben. Wenn diese Gründe aber entwickelt sind, warum sollte man sich dann nicht direkt auf eben diese berufen, um das *Mediating principle* zu untermauern? Was ist gewonnen, wenn man sich auf den dazwischentretenden Begriff der Toleranz beruft? Eine angemessene Antwort auf diese Fragen setzt voraus, dass erstens einige spezifische mediatisierende Gründe für den Verzicht auf Kriminalisierung formuliert werden und dass zweitens erklärt wird, wie diese Gründe in einem gewissen Umfang durch die Berufung auf den Begriff der Toleranz erhellt werden könnten. Kann dies gelingen?

Meine Antworten auf diese Fragen sind die, dass gewisse *Mediating principles* auf diese Art und Weise erhellt werden können, andere jedoch nicht. Um dies zu erläutern, habe ich zwei Fallgruppen untersucht: (1) ein Prinzip der partiellen Toleranz für belästigendes Verhalten, und (2) ein Prinzip der Privatsphäre – als mediatisierender Grund. Ich gehe davon aus, dass das Konzept der Toleranz in Maßen hilfreich ist, um (1) zu erklären, während dies bei (2) nicht der Fall ist.

Mein erstes Beispiel betreffend das belästigende Verhalten setzt an der Idee der partiellen Toleranz für verschiedene Stile der Selbstdarstellung an (vgl. oben III.). Hier können Ideen der Toleranz erläuternde Effekte in zweierlei Hinsicht zukommen. Erstens erscheint der Verzicht auf eine Intervention aus Respekt vor der Vielfalt der Anschauungen und Stile der Selbstrepräsentation eine Frage der Toleranz in ihrem normalen Verständnis zu sein. Zweitens beziehen sich die von mir vorgeschlagenen Gründe auch auf die spezifischen Schwierigkeiten, die auftreten, wenn es darum geht, Belästigungsverbote einzuhalten. Das Zugeständnis eines gewissen Spielraums für Fehleinschätzungen hinsichtlich dessen, was in insoweit als vernünftig einzustufen ist, reflektiert – insbesondere in einer pluralistischen Gesellschaft in der solche sozialen Erwartungen differieren – eine weitere, von der Toleranz abgeleitete Idee des Verzichts auf eine Intervention in Situationen, in denen Fehlbeurteilungen den Umständen nach verständlich sind.

Mein zweites Beispiel betreffend den Schutz privater und intimer sozialer Interaktionen im täglichen Leben (vgl. oben IV.) scheint weniger mit der Vorstellung verbunden zu sein, Divergenzen verschiedener Lebensstile zu tolerieren. Vielmehr wird jeder Person – unabhängig davon, ob sie in ihren Lebensstilen oder Haltungen konventionell oder unkonventionell ist – ein Bereich der sozialen Interaktion in der privaten und intimen Sphäre zugestanden, in welche der Staat nicht eindringen sollte. Hier sollte ein *Mediating principle* anerkannt werden, das die Nichtintervention des Strafrechts bei Verhalten in der Privat- und Intimsphäre gebietet. Dieses Prinzip sollte jedoch eine andere konzeptionelle Ableitung finden: Es wird nicht von Vorstellungen der Toleranz getragen, sondern direkt von der Idee der geschützten Privatsphäre des Einzelnen. Mit anderen Worten: Toleranz ist partiell bei der Formulierung von *Mediating principles* hilfreich, nicht jedoch eine normative Erwägung von genereller Reichweite.

I. Von strafrechtlichen Bikini-Verboten

Caroline Shepherd, eine 27-jährige Schottin aus East Kilbride wurde von ihren Nachbarn bei den lokalen Behörden angezeigt, weil sie wiederholt in Unterwäsche bekleidet die Haustüre geöffnet und im Bikini-Top ihren Rasen gemäht haben soll. Sie wurde daraufhin mit einer Verfügung belegt, welche es ihr bei einer Strafandrohung von sechs Monaten Gefängnis untersagt, sich in Unterwäsche an der Haustüre, am Fenster oder im Garten zu zeigen.¹ Tragischer erging es der 23-jährigen Engländerin Kim Sutton, der nach mehrmaligen Selbstmordversuchen verboten wurde, sich in der Nähe von Kanälen oder Flüssen aufzuhalten, auf Brücken „herumzulungern“, sich unbegleitet in mehrstöckige Parkhäuser zu begeben oder Eisenbahngleise zu betreten. Überdies wurde ihr ganz allgemein verboten, sich in einer Weise zu verhalten, welche als belästigend empfunden werden könnte. Auch diese Verbotsvorfügung wurde mit einer Freiheitsstrafe bewehrt und gilt für die nächsten zwei Jahre.² Weitere eher amüsante Verbotsvorfügungen betrafen einen 16-jährigen Engländer, dem es bis zum Jahr 2010 verboten bleiben wird, das Wort 'Grass' irgendwo in England oder Wales auszusprechen und den aufsehenerregenden Fall eines Mannes, dem die Äußerung sarkastischer Bemerkungen verboten wurde.³

Bei all den erwähnten Verfügungen handelt es sich um sogenannte Anti-Social Behaviour Orders, welche in Großbritannien unter dem Kürzel ASBOs weite Bekanntheit erlangt haben.⁴ Diese ASBOs sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung; an ihnen sollen die Grenzen der Kriminalisierung asozialer Verhaltensweisen unter Toleranzgesichtspunkten aufgezeigt werden. Die Abhandlung setzt sich mit der Frage auseinander, inwiefern Toleranz als ein *Mediating principle*, das heißt als ein Begrenzungskriterium bei der Kriminalisierung von Verhalten berücksichtigt werden kann. Wie in der Einleitung zu diesem Sammelband bereits ausgeführt wurde, geht es bei den *Mediating principles* um die Formulierung von Prinzipien, die zwischen Argumenten für und gegen die Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens vermitteln sollen.⁵ Gibt es mit anderen Worten Konstellationen, in denen grundsätzlich als strafwürdig angesehenes Verhalten, dennoch nicht für strafbar erklärt werden sollte? Und wenn ja, lassen sich diese Konstellationen in Kategorien von Prinzipien zusammenfassen? Diese Fragen stellen sich immer erst, wenn ein Verhalten nicht eindeutig schädigend oder gefährlich im Sinne des Harm principle ist. In der Folge soll

* Die vorliegende Beitrag wurde verfasst im Rahmen eines Studien- und Forschungsaufenthaltes am Trinity Hall College, Cambridge, in Zusammenarbeit mit Prof. Andrew von Hirsch, Direktor des Centre for Penal Theory and Penal Ethics, dem ich an dieser Stelle herzlich für die Gastfreundschaft und die wertvollen Hinweise danken möchte.

1 Vgl. The Independent, 2. April 2005 (Erstausgabe), S. 9.; weiter The Sunday Times – Scotland, 6. März 2005 (<http://www.timesonline.co.uk/article/0,,2090-1513243,00.html>; Stand: 10. August 2005).

2 The Independent, 2. April 2005 (Erstausgabe), S. 9.

3 The Guardian, 24. July 2004 (Letztausgabe), S. 16. Siehe auch Kommentar in: The Independent, 15. Oktober 2004, S. 41.

4 Eine ganze Sammlung kurioser Fälle lässt sich mit dem Suchwort "ASBOWATCH" auf der BBC-Homepage (<http://news.bbc.co.uk/>) finden. [Stand: 10. August 2005].

5 Siehe hierzu von Hirsch/Seelmann/Wohlers, in diesem Band, S. 13 ff.

deshalb das kürzlich in England erlassene Maßnahmenpaket zur strafrechtlichen Erfassung asozialen Verhaltens detailliert vorgestellt werden (II.) An diesem Beispiel wird sodann die Strafwürdigkeit von nicht schädlichen, lediglich als belästigend oder störend empfundenem Verhalten erläutert, bevor danach gefragt wird, ob nicht ein allgemeiner Toleranzbegriff Gründe gegen deren Strafbarkeit vermitteln könnte (III.).

II. Anti-Social Behaviour Orders (ASBOs)

Als eine ihrer ersten Amtshandlungen überhaupt hat die Labour Regierung unter Premierminister Tony Blair 1998 jeglichen Formen von Anti-Social Behaviour, also asozialem Verhalten, den Kampf angesagt. Im Bestreben hart gegen Zustände allgemeiner Unordnung und Verwahrlosung vorzugehen und sicherere Gemeinschaften zu schaffen wurden verschiedene Maßnahmen getroffen. So wurde etwa 'Together' ins Leben gerufen, eine nationale Aktionskampagne, die sich spezifisch gegen asoziale Verhaltensweisen richtet. Im Rahmen dieser Kampagne wurden unter anderem ein nationales Hilfstelefon eingerichtet ('together Actionline'), ein nationales Kompetenzzentrum für Fragen gemeinschaftsfeindlichen Verhaltens gegründet ('together Academy'), eine auf asoziales Verhalten spezialisierte Untersuchungsbehörde geschaffen ('Anti-Social Behaviour Prosecutors')⁶ und als wohl wichtigste Maßnahme der Crime and Disorder Act 1998 in Kraft gesetzt.⁷ Im Jahre 2003 wurde die gesetzliche Erfassung asozialer Verhalten dann noch um den Anti-Social Behaviour Act 2003 erweitert.⁸ In diesen beiden Gesetzen wurde die Möglichkeit geschaffen, so genannte Anti-Social Behaviour Orders (ASBOs) zu erlassen. Hierbei handelt es sich um eine Art zivilprozessrechtliche Verfügung, die sich aber im Gegensatz zu den in der Schweiz bekannten allgemeinen Verboten in Befehlsverfahren⁹ lediglich gegen eine konkrete oder einzelne genauer bestimmte Personen richten. Gemäß Artikel 1 des Crime and Disorder Act 1998 können Anti-Social Behaviour Orders unter den folgenden Voraussetzungen erlassen werden:

"that the person has acted [...] in an antisocial manner, that is to say, in a manner that caused or was likely to cause harassment, alarm or distress to one or more persons not of the same household as himself."

Der bloße Erlass einer solchen verhaltensregelnden Verfügung stellt noch keine strafrechtliche Maßnahme dar. Erst eine Zuwiderhandlung gegen die in der Verfügung festgelegten richterlichen Verbote und positiven Anweisungen gilt als strafbares Unrecht. Diese Zuwiderhandlung ist dann allerdings mit einer Maximalstrafe von fünf Jahren Gefängnis bewehrt. Wegen Zweistufigkeit des Verfahrens (zivilrechtlicher Verfügungserlass und strafrechtliche Übertretungsbeurteilung) werden die ASBOs auch als 'two-step-orders' be-

zeichnet.¹⁰ Die Verfügungen können gegen jede über zehnjährige Person verhängt werden. Sie gelten für einen Mindestzeitraum von zwei Jahren; eine zeitliche Obergrenze besteht nicht.¹¹ Außerdem wird die Zuwiderhandlung als sogenannte 'strict liability offence' behandelt,¹² was bedeutet, dass die Anklagebehörde lediglich die Erfüllung der in der Verfügung festgelegten objektiven Tatbestandselemente jedoch weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit nachweisen muss. Dem Angeklagten steht dann lediglich noch der Nachweis offen, dass das Verhalten unter den gegebenen Umständen vernünftig war (sogenannte 'defense of reasonableness').¹³

Abgesehen von der noch eingehend zu behandelnden Zulässigkeit einer generellen Kriminalisierung von Verhalten, welches frei übersetzt, als Ursache für Belästigung, Schrecken oder Bedrängnis empfunden werden könnte, wirft diese Bestimmung eine Reihe von Problemen auf, die hier nur angedeutet werden können. Erstens ist das potentiell strafbare Verhalten unter Gesichtspunkten der Bestimmtheit ungewöhnlich weit gefasst; damit steht zweitens auch fest, dass die inhaltliche Ausgestaltung der Bestimmung und somit die Definition asozialen Verhaltens letztlich richterlicher Willkür überlassen bleibt.¹⁴ Dass es sich hierbei drittens um Zivilrichter handelt, welche die Anti-Social Behaviour Orders (ASBOs) in einem erheblich milderem, zumal zivilprozessrechtlichen Beweisregeln unterliegenden Verfahren erlassen, wurde von mehreren Autoren als EMRK-Aufweichung strafrechtlicher Beweisstandards kritisiert. Anstelle der strengen strafrechtlichen Anforderung eines Beweises 'beyond reasonable doubt' gilt lediglich die zivilrechtliche Abwägungsregel einer 'balance of probabilities'.¹⁵

Im wegweisenden McCann Entscheid hat das House of Lords diese Bedenken teilweise aufgegriffen.¹⁶ Es ging um die Gebrüder McCann, welche per ASBO aus einem Wohnviertel verbannt wurden, dass sie während Monaten terrorisiert hatten. Die Lordrichter entschieden etwas kryptisch, dass es sich beim ASBO-Erlassverfahren nicht um eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK, sondern um ein rein zivilrechtliches Verfahren handle. Dennoch gelte ein 'erhöhter zivilrechtlicher Beweisstandard'. Was dies im Detail bedeutet, ist noch unklar.¹⁷ Der Entscheid ist besser nachvollziehbar, wenn man sich von Augen hält, dass es in casu um die Zulassung von sogenannter 'hearsay evidence' ging. Diese Beweise, die sich lediglich auf indirekte Wahrnehmungen (vom Hörensagen) stützen, waren traditionell nur in zivilrechtlichen Verfahren zugelassen und wurden nun im McCann Entscheid auf ASBO-Verfahren ausgedehnt.¹⁸ Dahinter stecken Überlegungen einer konsequent verfolgten 'victims first'-Politik.¹⁹ Die Opfer von asozialem Verhalten sol-

6 Vgl. Casey Criminal Justice Matters 57 (2004), 6 f.

7 Crime and Disorder Act 1998 (<http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts1998/98037--b.htm> [Stand: 10. August 2005]). Siehe hierzu Home Office, Crime and Disorder Act, Introductory Guide (<http://www.homeoffice.gov.uk/docs/cdaint1.html> [Stand: 6. April 2005]).

8 Anti-Social Behaviour Act 2003 (<http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2003/20030038.htm> [Stand: 10.08.2005]). Hierzu der Begleitkommentar des Home Office zuhanden des Parlaments (sog. 'white paper'), Respect and Responsibility – Taking a Stand against Anti-Social Behaviour (http://www.homeoffice.gov.uk/docs2/asb_Respect_and_Responsibility.pdf [Stand: 10.08.2005]).

9 Vgl. etwa § 222 der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (LS ZH 271).

10 Zu diesen 'hybrid procedures' Ramsay Criminal Law Review 2004, 908 (909 ff.); Burton Criminal Law Review 2003, 301 (307 ff.).

11 Burney The Howard Journal of Criminal Justice 41 (2002), 469 (477).

12 Crime and Disorder Act 1998 (Anm. 7), S. 10.

13 Zum Ganzen vgl. Home Office, Crime and Disorder Act (Anm. 7), S. 5.

14 Ramsay Criminal Law Review (2004), 908 f.; siehe auch Clark, ASBO madness, in: The Spectator, 21. Mai 2005, S. 16.

15 Ashworth/Gardener/Morgan/Smith/von Hirsch/Wasik Criminal Justice 16 (1998), 1 (7 ff.).

16 R. (on the application of McCann) v Manchester Crown Court [2002] UKHL 39; [2003] 1 A.C. 787 (HL).

17 Ashworth/Strange European Human Rights Law Review 2004, 121 (140).

18 Siehe die Besprechung des McCann Entscheids bei Burton Criminal Law Review 2003, 301 (308); Ramsay Criminal Law Review 2004, 908 (923 ff.) und Tausz/Smith Criminal Law Review 2003, 269, (271). Weiter Arkinstall Criminal Justice Matters (CJM) 57 (2004), 18 (19).

19 Andrew Ashworth Criminal Law Review 2004, 516 (529 f.).

len vor Einschüchterungen bewahrt werden, welche sie als direkte Zeugen im Verfügungsverfahren eventuell zu befürchten hätten. Sie können ihre Wahrnehmung asozialer Verhalten deshalb den lokalen Behörden mitteilen, welche die ASBOs dann ihrerseits beim Gericht beantragen. Damit die Behörden jedoch Verbotsverfügungen stellvertretend für die Opfer beantragen können, mussten die ihnen bloß vom 'Hörensagen' bekannten Verhalten im ASBO-Verfahren als Beweise zugelassen werden, was bisher nur in rein zivilrechtlichen Verfahren möglich war. Die Einstufung des ASBO-Erlassverfahrens als zivilrechtlich war somit getragen von (politischen) Überlegungen des Opferschutzes.²⁰ Andererseits wollten es die Lordrichter in Anbetracht der drastischen Strafandrohungen wohl nicht bei dieser rein zivilrechtlichen Einschätzung bewenden lassen, weshalb im ASBO-Erlassverfahren künftig ein 'erhöhter zivilrechtlicher Beweisstandard' gelten soll.

Schließlich stellen sich angesichts der drakonischen Höchststrafen auch noch Fragen der Strafproportionalität.²¹ Entgegen den Beteuerungen der regierungseigenen Anti-Social Behaviour Unit sind die Verbotsverfügungen eine wenig verhältnismäßige Reaktion auf die vergleichsweise harmlosen Verhaltensweisen, welche von ASBOs erfasst werden.²² Ebenso wenig wurde bisher die Möglichkeit der Handhabung asozialen Verhaltens über alternative, außerstrafrechtliche Regelungssysteme erörtert.

Nach diesem kurzen Überblick über die zahlreichen straf- und verfassungsrechtlichen sowie prozessualen Probleme im Zusammenhang mit Anti-Social Behaviour Orders, werden diese im Folgeabschnitt hinsichtlich ihrer praktischen und theoretischen Bedeutung näher betrachtet. Die Darstellung wird in drei Teile gegliedert. Zuerst soll aus der Perspektive des Gesetzgebers dargelegt werden, welche Verhaltensweisen Ziel der 'tackling anti-social behaviour-together' Kampagne waren (1.). Sodann soll der Blickwinkel gewendet und in kritischer Analyse des Gesetzeswortlauts die maximal mögliche Reichweite der Norm abgeschätzt werden (2.). In einem dritten Schritt soll die Anwendung und Verbreitung von ASBOs in der bisherigen Praxis aufgezeigt werden (3.).

1. Beabsichtigte Reichweite der Anti-Social Behaviour Orders

In verschiedenen Positionspapieren und Erläuterungen zeigt sich die Exekutive entschlossen, asoziales Verhalten umfassend zu bekämpfen.²³ Im Vorwort zum 'White Paper', der Gesetzesbotschaft zuhanden des Parlaments, stellt sich die Regierung auf den Standpunkt, dass asoziales Verhalten die Struktur der Gesellschaft unterminiere.²⁴ Mit einer näheren Umschreibung asozialen Verhaltens tut sie sich freilich schwer: "*Anti-social behaviour means different things to different people.*"²⁵ So sollen beispielsweise belästigendes und

20 Zu den Opferhilfebestrebungen der englischen Regierung siehe den Begleitbericht des *Home Office* zuhanden des Parlaments (sog. 'White paper' zum späteren Criminal Justice Act 2004), Justice for All', Juli 2004 (<http://www.cjsonline.gov.uk/downloads/application/pdf/CJS%20White%20Paper%20-%20Justice%20For%20All.pdf> [Stand: 10. August 2005]).

21 *Andrew Ashworth* Criminal Law Review 2004, 516 (528 f.).

22 Vgl. *Casey* (Direktorin der Anti-Social Behaviour Unit des englischen Home Office), in: Criminal Justice Matters 57 (2004), 6: "*Critics say ASBOs are too draconian. They are not. They are a proportionate response to a problem and if the individual concerned behaves no further action is required.*"

23 *Home Office*, Together – Tackling Anti-Social Behaviour, A Guide to the Anti-Social Behaviour Act 2003.

24 *Home Office*, Respect and Responsibility (Anm. 8), Ministerial Foreword; hierzu *Padfield* Criminal Law Review 2004, 712.

25 *Home Office*, Respect and Responsibility (Anm. 8), 1.6.; grundlegend *Ramsay* Criminal Law Review

einschüchterndes Verhalten, übermäßiger Lärm durch Nachbarn, Trunkenheit, Vandalismus, Graffiti,²⁶ öffentliches Fluchen oder Spucken,²⁷ Sachbeschädigungen, Verschmutzungen durch Abfälle sowie ganz allgemein 'missbräuchliches Verhalten' vom Begriff des 'anti-social behaviour' erfasst sein.²⁸ Selbst die Vernachlässigung der Heckenpflege²⁹ fällt darunter, weshalb der Anti-Social Behaviour Act 2003 auch schon als 'the ultimate nanny-state act' bezeichnet wurde.³⁰ Allen Maßnahmen, welche sich gegen diese 'anti-sozialen' Verhalten richten, liegt letztlich die kommunitaristische Vorstellung zugrunde, dass pluralistischen Gesellschaften zunehmend gemeinsame Wertvorstellungen fehlen, welche man über die strafrechtliche Durchsetzung von Anstandsregeln wieder glaubt integrieren zu können.³¹ Ob dies gelingen wird, erscheint fragwürdig. Als gesichert kann hingegen gelten, dass mit der strafrechtlichen Durchsetzung einer Mehrheitsmoral, die in liberal verfassten Toleranzgesellschaften geltende Grundsatztrennung von Recht und Moral ins Wanken gerät.³²

2. Maximale Reichweite von Anti-Social Behaviour Orders

Gemäß dem oben zitierten Ausschnitt aus dem Crime and Disorder Act 1998 können jegliche Formen belästigen Verhaltens zum Gegenstand einer Verbotsverfügung gemacht werden. Voraussetzung für den Erlass einer ASBO ist nicht etwa, wie zu erwarten wäre, dass das nun zu regelnde Verhalten in der Vergangenheit tatsächlich als belästigend empfunden wurde. Es genügt vielmehr darzulegen, dass das Verhalten möglicherweise als Belästigung hätte empfunden werden können ('acted in a manner that was likely to cause harassment').³³ Mit dem Abstellen auf die bloß potentiellen, statt die tatsächlichen Folgen eines Verhaltens steht zweierlei fest. Einerseits wird die Strafbarkeit in den Bereich abstrakter Gefährdung vorverschoben und andererseits wird der Beurteilung der Belästigung ein rein subjektiver opferbezogener Standard zugrunde gelegt. Beide Folgen entsprechen durchaus den Absichten der Gesetzesinitiatoren. Diese haben bei mehreren Gelegenheiten ihre Entschlossenheit bekräftigt, asoziales Verhalten gar nicht erst aufkommen zu lassen und eine strikt opferbezogene Kriminalpolitik zu verfolgen.³⁴

3. Tatsächliche Reichweite von Anti-Social Behaviour Orders

Nach einer Betrachtung der beabsichtigten und der möglichen Auswirkungen der Regeln zum sozialschädlichen Verhalten soll an dieser Stelle ein Blick geworfen werden auf die praktischen Auswirkungen der Anti-Social Behaviour Orders (ASBOs).³⁵ Wie haben sich

(2004), 908 ff.

26 *Padfield* Criminal Law Review 2004, 712 (721).

27 *The Independent*, 2. April 2005, S. 9.

28 Hierzu *Andrew Ashworth* Criminal Law Review 2004, 516 (518).

29 Anti-Social Behaviour Act 2003 (Anm. 8) Part 8, 'High Hedges'.

30 *Padfield* Criminal Law Review 2004, 712 (721).

31 Deutlich *Ramsay* Criminal Law Review 2004, 908 (925).

32 Vgl. *Greenawalt*, in: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 1996, S. 475 ff.

33 Vgl. Crime and Disorder Act 1998 (Anm. 7), Art. 1; hierzu kritisch *Ramsay* Criminal Law Review 2004, 908 (912).

34 *Home Office*, Criminal Justice Act 2004 (Anm. 20).

35 Vgl. hierzu den ausführlichen Bericht der NAPO (Trade Union and Professional Association for Family Court and Probation Staff), Anti-Social Behaviour Orders: Analysis of the First Six Years, updated

die gesetzlichen Maßnahmen in den ersten paar Jahren seit ihrem Erlass tatsächlich ausge- wirkt und gegen welche Verhalten wurden Verbotsverfügungen erlassen?

Eine erste Betrachtung der verschiedenen Verhaltenweisen, welche die Behörden hoff- ten mit ASBOs in den Griff zu bekommen, vermittelt ein zweischneidiges Bild. Einerseits wurde eine Vielzahl von Verfügungen erlassen vollkommen harmloses, aber als un- schicklich empfundenes Verhalten, wie das eingangs erwähnte Beispiel von der Bikini- tragenden Gärtnerin zeigt. Andererseits wurden die Bestimmungen im Crime and Disorder Act 1998 aber auch im Umgang mit eindeutig kriminellem Verhalten eingesetzt, wenn den Behörden klar war, dass kriminelle Handlungen begangen wurden, dies jedoch unter den strengen strafprozessualen Beweisregeln nicht zu belegen war.³⁶ Weiter wurden über die ASBO-Gesetzgebung Freiheitsstrafen ausgefällt für Verhalten, die unter dem sonstigen Strafrecht nicht mit Gefängnisstrafen bewehrt sind, wie die Beispiele verurteilter Bettler und Prostituierten zeigen.³⁷

Mit dem erstgenannten Trend zum Einsatz verhaltenssteuernder Verfügungen gegen Un- ziemlichkeiten bewahrheitet sich, wovon Kritiker schon vor Erlass der ASBO Gesetzge- bung gewarnt hatten: Es wurde eine Art Sittlichkeitsrecht geschaffen, um überkommene Anstandsregeln und Ordnungsvorstellungen der Mehrheit mit Mitteln eines Quasistraf- rechts durchzusetzen.³⁸ Hiergegen erheben sich die bereits erwähnten Einwände gegen eine mit Rechtszwang durchgesetzte Mehrheitsmoral. Wesentlich problematischer ist freilich der Einsatz von ASBOs im Umgang mit kriminellem Verhalten, wenn dieser der Umge- hung strafprozessualer Beschuldigtenrechte dient. Auch die faktische Kriminalisierung an- sonsten zulässiger Tätigkeiten, wie Prostitution oder Betteln, weckt Bedenken; nicht zuletzt deshalb, weil damit ein auf den jeweils Betroffenen zugeschnittenes Individualstrafrecht geschaffen wird.³⁹

An dieser Stelle kann noch auf eine weitere unheilvolle Entwicklung im Zusammenhang mit ASBOs hingewiesen werden. Insbesondere im Umgang mit jugendlichen 'Straftätern' hat sich eine so genannte 'Name & Shame'-Praxis herausgebildet. Namen und Bilder ju- gendlicher Täter sowie der exakte Wortlaut der gegen sie verhängten Anti-Social Behav- iour Orders werden in Zeitungen veröffentlicht, um die Betroffenen öffentlich zu 'beschä- men'.⁴⁰ Auch hier bleibt fraglich, ob sich derartige Zurschaustellungen Jugendlicher mit der Jugendschutzvorschrift von Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbaren lassen.

Für eine detaillierte Erörterung der verfassungsrechtlichen Implikationen der geschilder- ten ASBO-Praxis besteht hier kein Raum. Dennoch dürfte bereits dieser kurze Einblick verdeutlicht haben, in welche Schwierigkeiten man sich mit der Schaffung dieses pa- rastrafrechtlichen Sittlichkeitsrechts begeben hat. Für die Zukunft ist eine weitere Zuspit- zung der Probleme zu erwarten, zumal die Anzahl verhängter Anti-Social Behaviour Orders in den vergangenen Jahren massiv angestiegen ist. Von bescheidenen 317 in England und Wales verhängten Verfügungen in den ersten zwei Jahren nach Erlass des Crime and Dis-

June 15, 2005 [publiziert auf: www.napo.org.uk; Stand: 10. August 2005].

36 *Burney* The Howard Journal of Criminal Justice 41 (2002), 469 (474); *Padfield* Criminal Law Review 2004, 712 (713).

37 Siehe den NAPO Bericht [oben Anm. 7], C. und D. 8.; weiter *Burney* The Howard Journal of Criminal Justice 41 (2002) 5, 469 (475) und *Krudy/Stewart* Criminal Justice Matters 57 (2004) 10, 11.

38 *Ashworth/Gardener/Morgan/Smith/von Hirsch/Wasik* Criminal Justice 16 (1998) 1, S. 11 ff.

39 *Tausz/Smith* Criminal Law Review 2003, 269 (271).

40 Vgl. etwa die Namensnennung und das großformatige Foto eines 16-jährigen in: *Cambridge Evening News*, 16. May 2005, S. 5.

order Act 1998 haben sich die ASBOs zu einem äußerst populären Mittel zur Bekämpfung asozialer Verhalten gewandelt. Alleine im Zeitraum von April 2003 bis März 2004 wurden 1'323 Verfügungen erlassen.⁴¹ Der eklatante Anstieg von Verbotsverfügungen lässt sich zu einem großen Teil auf die von der Regierung im Anti-Social Behaviour Act 2003 gezielt getroffenen Verfahrensvereinfachungen und Erweiterungen bei der Erlasszuständigkeit zu- rückführen. Das englische Innenministerium publiziert auf seiner Homepage 'www.crime-reduction.gov.uk' regelmäßig eine eigentliche ASBO-Statistik mit detaillierten Zahlenanga- ben zu den in den verschiedenen Regionen verhängten Anti-Social Behaviour Orders.⁴² Kri- tiker beanstanden mit Recht, dass die Anzahl verhängter Verbotsverfügungen alleine kein tauglicher Indikator für den Erfolg im Umgang mit sozialschädlichem Verhalten sei.⁴³

In der Folge interessiert weniger die faktische Tauglichkeit als vielmehr die rechtliche Zulässigkeit von ASBOs als Instrumente sozialer Kontrolle.⁴⁴ Es geht mit anderen Worten um die Frage, inwiefern sich der Einsatz von Anti-Social Behaviour Orders als Mittel zur strafrechtlichen Sanktionierung abweichenden Sozialverhaltens überhaupt legitimieren lässt.

III. Toleranz & Anti-Social Behaviour

Zum Schluss soll versucht werden, die bisherigen Einsichten zusammenzuführen. Vorab wird erläutert, unter welchen Voraussetzungen Belästigungen im Allgemeinen inkriminiert werden dürfen (1.). Am Beispiel der englischen Strafgesetzgebung zur Bekämpfung von Anti-Social Behaviour soll sodann gefragt werden, ob insbesondere asoziales Verhalten kriminalisiert werden darf (2.) und falls ja, ob nicht Überlegungen der Toleranz trotzdem gegen eine strafrechtliche Ahndung asozialen Verhaltens sprechen (3). Der Beitrag schließt mit einer zusammenfassenden Darstellung (4.).

1. Kriminalisierung belästigenden Verhaltens im Allgemeinen

Die Grenzen zulässiger Kriminalisierung wurden durch *John Stuart Mill* folgender- maßen beschrieben: "*The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others*"⁴⁵. Dies- es sogenannte Harm principle gilt noch heute als Ausgangspunkt liberaler Kriminalisie- rungskritik. In seiner umfassenden, vierbändigen Abhandlung zu den Grenzen zulässiger Kriminalisierung, *The Moral Limits of the Criminal Law*, beschreibt *Joel Feinberg* vier mögliche Grundlagen strafrechtlicher Intervention: Schädigung oder Belästigung anderer, Selbstschädigung sowie Sittenwidrigkeit.⁴⁶ An dieser Stelle interessiert lediglich die Beläs- tigung anderer als Grundlage der Kriminalisierung.

41 Quelle: *Burney* Criminal Justice Matters 57 (2004), 4 (5).

42 www.crimereduction.gov.uk/asbos2.htm [Stand: 10. August 2005].

43 *Burney* Criminal Justice Matters 57 (2004), 4 f.

44 *Andrew Ashworth* Criminal Law Review 2004, 516 (528 ff.).

45 *J. S. Mill*, *On Liberty* (zuerst publiziert, 1859, hier in der Ausgabe von John Gray, Oxford 1998) S. 14.

46 *Feinberg*, *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984-1987): Band 1, *Harm to Others* (1984); Band 2, *Offense to Others* (1985); Band 3, *Harm to Self* (1986); Band 4, *Harmless Wrongdoing* (1988).

Nach *Feinberg* darf das Strafrecht jenseits schädigender Handlungen gegen belästigende oder auch beleidigende Verhalten eingesetzt werden.⁴⁷ Dieser Grundsatz steht allerdings unter vier Vorbehalten, welche sich am besten anhand seines 'Bus-Beispiels'⁴⁸ erläutern lassen. In einer akribisch beschriebenen Serie von zunehmend unerträglicheren Widerlichkeiten versucht *Feinberg* unsere Intuition in Bezug auf die Grenzen tolerierbarer Belästigung zu testen. Man stelle sich vor, morgens im Bus zuerst einer Person gegenüber zu sitzen, welche unerträglich stinkt; dann einem Fahrgast, der unaufhörlich auf einen einschwatzt; später einem, der in voller Lautstärke die grässlichste Musik hört; einem, der masturbiert; einem, der seinen Hund oral befriedigt und schließlich einem Passagier der schwerste rassistische und sexistische Beleidigungen äußert.

Feinberg versucht nun die bloß intuitive Bewertung der Strafwürdigkeit dieser Belästigungen in vier Gruppen von Vorbehalten zusammenzufassen, um so verallgemeinerungsfähige Prinzipien der Strafwürdigkeit belästigenden Verhaltens formulieren zu können. Als erstes stellt er die Strafzulässigkeit unter einen Ernsthaftigkeitsvorbehalt. Verhalten muss ernsthaft belästigend sein, um als Gegenstand einer strafrechtlichen Verbotsnorm in Frage zu kommen. Es reicht somit nicht, dass das potentielle Opfer dieses Verhalten lediglich missbilligt oder nicht mag (vgl. das Beispiel des stinkenden Sitznachbarn). Als zweites muss die Vermeidbarkeit der Belästigung aus Sicht des Opfers bewertet werden. Während der Verzicht auf die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel unzumutbar ist, kann ein potentielles Opfer etwa die Konfrontation mit Pornographie ohne weiteres vermeiden, wenn diese lediglich in speziell gekennzeichneten Kinos oder Geschäften angeboten wird. Als drittes gilt es, die Bedeutung des als störend empfundenen Verhaltens für den Täter zu evaluieren. So mag die Kommunikation mit Fremden für den schwatzhaften Sitznachbarn ein fundamentales menschliches Grundbedürfnis und somit Teil eines legitimen Lebensplans sein. Die Kriminalisierung belästigender Verhalten ist schließlich viertens auch in prinzipieller Hinsicht eingeschränkt. Wie in der Einleitung zu diesem Sammelband bereits dargelegt wurde, können Gerechtigkeitserwägungen ebenso grundsätzlich gegen eine Kriminalisierung sprechen wie ein liberal verstandenes Freiheitsprinzip.⁴⁹ *Feinberg* diskutiert diese Grundsätze unter dem Titel 'Mediating the Offense principle'.⁵⁰

Mediating principles, welche das Thema der Casteler Tagung vom Dezember 2004 waren und zum vorliegenden Sammelband Anlass gegeben haben, sind Vermittlungsprinzipien, die zwischen Argumenten für und gegen die Strafwürdigkeit bestimmter Verhalten einen Ausgleich suchen. Im Schlussabschnitt wird Toleranz als ein mögliches Vermittlungsprinzip diskutiert. Zuerst wird aber noch zu untersuchen sein, ob sich Anti-Social Behaviour unter dem Belästigungsprinzip kriminalisieren lässt.

2. Kriminalisierung von Anti-Social Behaviour

Die Stellungnahme des damaligen Innenministers, David Blunkett, im Vorwort zur Gesetzesbotschaft macht deutlich, wogegen sich der Anti-Social Behaviour Act 2003 richtet: Jugendliche, die an Straßenecken herumhängen und Betagte einschüchtern, die Verbreitung

47 Hierzu *Feinberg* *Offense to Others* (Anm. 46), S. 1: "It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it would probably be an effective way of preventing serious offense (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor [...]"

48 *Feinberg*, *Offense to Others* (Anm. 46), S. 10 ff.: '3. A ride on the bus'.

49 Siehe von *Hirsch/Seelmann/Wohlers*, in diesem Band, S. 13 ff.

50 *Feinberg*, *Offense to Others* (Anm. 46), S. 25 ff.: *Chapter 8: 'Mediating the Offense Principle'*.

von Graffiti, zerbrochene Scheiben und verlassene Autos usw. All dies schaffe ein Zustand allgemeiner Verwahrlosung, welcher der Nährboden für Kriminalität sei. Das asoziale Verhalten Weniger, beeinträchtigt das Leben vieler, weshalb ein hartes Vorgehen gegen Anti-Social Behaviour gerechtfertigt sei.⁵¹

Die Argumente sind bekannt. Ihnen liegt die sogenannte 'broken window'-Theorie der amerikanischen Kriminologen *Wilson* und *Kelling* zugrunde, wonach die Tolerierung asozialen Verhaltens zum Zerfall ganzer Nachbarschaften führe, was wiederum ein allgemeines Klima der Kriminalität schaffe.⁵² Als Strafbegründungstheorie kann die 'broken window'-Theorie als überholt gelten. Selbst wenn sie sich empirisch belegen ließe, erklärt sie nämlich nicht, weshalb die für die Verwahrlosung einer Umgebung Verantwortlichen auch für spätere kriminelle Handlungen unabhängiger Dritter mitverantwortlich sein sollen. Rein potentielle künftige Schädigungen (sog. 'remote harms') bilden keine genügende Kriminalisierungsgrundlage.⁵³

Es stellt sich somit die Frage, ob sich die Verbotsvorschriften des Crime and Disorder Act 1998 und des Anti-Social Behaviour Act 2003 allenfalls unter einem weit verstandenen Offense principle legitimieren ließen, zumal die Regierung offenkundig davon ausgeht, ernsthaft belästigendes Verhalten zu bekämpfen. An dieser Stelle treten die Schwächen des Offense principle besonders augenscheinlich zu Tage. Nach *Feinberg* genügt es nämlich, wenn sich das Opfer ernsthaft belästigt fühlt. Seinem Belästigungsprinzip liegt somit ein rein subjektiver, opferbezogener Standard zugrunde. Es fehlen Kriterien dafür, wann ein Verhalten objektiv derart belästigend wirkt, dass ein Verbot gerechtfertigt ist. Von *Hirsch* und *Simester* schlagen deshalb ein engeres Verständnis des Offense principle vor, bei dem das Unrecht der Belästigung separat zu begründen ist.⁵⁴ "[Für die Unrechtsbegründung] entscheidend ist, ob ein Verhalten eine andere Person ... in grober Weise rücksichtslos oder respektlos behandelt."⁵⁵ Ausschlaggebend ist somit nicht die Wahrnehmung der Opfer, sondern das Verhalten des Täters dem Opfer gegenüber. Strafwürdig ist die Belästigung nur, wenn in ihr die totale Missachtung des Opfers als Mensch zum Ausdruck kommt. Diese Nuance lässt sich am Bus-Beispiel von *Feinberg* veranschaulichen: Laute Musik mag zwar stören, doch im Gegensatz zu sexistischen Beleidigungen wird die Betroffene damit nicht in ihrem Anspruch verletzt, als Mensch respektiert zu werden. Im Grunde handelt es sich hierbei um eine hegelianische Strafbegründung. Im beleidigenden Verhalten bringt der Täter seine Missachtung des Opfers als gleiches und autonomes Subjekt zum Ausdruck, womit er auch seinen eigenen Anspruch auf Anerkennung verwirkt.⁵⁶

51 *Home Office*, *Respect and Responsibility* (Anm. 8), Ministerial Foreword.

52 *Wilson/Kelling*, *Atlantic Monthly* (März 1982) (publiziert: www.manhattan-institute.org/pdf_atlantic_monthly-broken_windows.pdf) [Stand: 10. August 2005].

53 Hierzu *Ashworth*, *Principles of Criminal Law*, 4. Aufl. (1999), S. 52 ff.; *Simester/Sullivan*, *Criminal Law* 2003, 13.

54 *Simester/von Hirsch* *Legal Theory* 8 (2002), 269 ff.; weiter von *Hirsch*, *Fairness, Verbrechen und Strafe*, *Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005, S. 114 ff.

55 *Andrew von Hirsch* (Anm. 54), S. 116.

56 Zur Grundlegung der Anerkennungslehre *Hegel*, *Phänomenologie des Geistes*, (zuerst erschienen 1807; hier Suhrkamp Werkausgabe Bd. 3, 6. Aufl. Frankfurt a.M. 2000, S. 144 ff.); zur wechselseitigen Anerkennung als Rechtsgebot *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (zuerst erschienen 1821; hier Suhrkamp Werkausgabe Bd. 7, 6. Aufl. Frankfurt a.M. 2000, § 36: "Sei eine Person und respektiere die andern als Personen". Weiter *Seelmann*, *JRE* 1993, 315 (320 ff.); *ders.* *JuS* 1979, 687 (689).

Was bedeutet dies nun für die Eingangsfrage nach der Strafwürdigkeit asozialen Verhaltens? Zunächst dürfte feststehen, dass die wenigsten der geschilderten asozialen Verhalten, wie etwa unerwünschtes Bikinitragen, die Schwelle zur menschenverachtenden Belästigung überschreiten. Allerdings war die Anti-Social Behaviour-Gesetzgebung ursprünglich für massiv störendere Verhalten vorgesehen.

Deutlich wird dies bei den vielzitierten 'neighbours from hell', wie etwa den McCann Brüdern.⁵⁷ Gerade kleinere Belästigungen können die Schwelle zur Menschenunwürdigkeit überschreiten, wenn sie andauernd und gezielt vorgenommen werden. Die Inkriminierung solcher Belästigungen ist auch unter einem engeren Offense principle vertretbar. Nur am Rande sei hier angemerkt, dass gravierende Belästigungen etwa in Form dauernder Lärmimmissionen wohl bereits unter dem Harm Principle strafwürdig sind, sofern sie etwa zur Schlaflosigkeit der Betroffenen führen. Damit stünde jedoch die Selbstständigkeit des Belästigungsprinzips als solches in Frage. *Simester* und *von Hirsch* räumen diese Überschneidungen ein. Dennoch enthielten Belästigungen unabhängig von allfälligen Schädigungen zusätzlich ein kommunikatives Unrecht.⁵⁸ Das Offense principle hat somit selbständige Bedeutung, weil es auf eine andere Form von Unrecht abzielt. Zusammenfassend ließe sich die Inkriminierung schwerer Formen von Anti-Social Behaviour unter dem Offense principle rechtfertigen. Im Folgeabschnitt soll untersucht werden, inwiefern unter Toleranzgesichtspunkten dennoch auf die Kriminalisierung verzichtet werden könnte.

3. Toleranz als Mediating principle?

Nach *von Hirsch* ist nicht jede Verhaltensweise, die sich unter dem Belästigungsprinzip erfassen lässt, auch strafwürdig. In einer pluralistischen Gesellschaft sei Toleranz gegenüber abweichenden Anschauungen und Lebensformen ein Grundgebot.⁵⁹ Diese Sichtweise ist umstritten. An der Casteler Tagung wurde argumentiert, dass strafrechtlichen Unrechts- und Schuldvorwürfen nicht mit Toleranz begegnet werden könne. Vielmehr sei Intoleranz die angebrachte Reaktion.⁶⁰

Richtig daran ist, dass ein rechtswidrig und schuldhaft handelnder Täter weder Entgegenkommen noch Verständnis einfordern kann. Allerdings wendet sich dieses Argument lediglich gegen die Berücksichtigung von Toleranz bei der Unrechtsbeurteilung. Auf der Ebene der richterlichen Beurteilung strafbaren Unrechts besteht aus Gründen der Gesetzesbindung tatsächlich kein Raum für Toleranz. Die hier interessierende Kriminalisierungsdebatte hingegen dreht sich nicht um die Beurteilung sondern um Definition strafbaren Unrechts. Es geht um Kriterien der Unrechtslegitimation.

In Bezug auf die Anti-Social Behaviour-Gesetzgebung bedeutet dies, das mit Hilfe des Belästigungsprinzips und vermittelnder Toleranzerwägungen rechtswidrige von noch tolerierten Belästigungen getrennt und in verallgemeinerungsfähigen Kategorien zusammengefasst werden müssen. Im Zusammenhang mit der Strafwürdigkeit von asozialen Verhalten stellt sich beispielsweise die Frage, ob Betroffene Lärmimmissionen oder Exhibitionismus zu erdulden haben. Toleranzerwägungen können hierbei durchaus als ein Element in die

57 Siehe oben Anm. 16 passim.

58 Zu diesem Einwand ausführlich *Simester/von Hirsch* Legal Theory 8 (2002), 269 (290 ff.).

59 *Von Hirsch* (Anm. 54), S. 119 f.

60 Siehe hierzu *von Hirsch/Seelmann/Wohlers*, in diesem Band, S. 14.

Straflegitimation miteinbezogen werden und als Mediating principle zwischen Argumenten für und gegen die Inkriminierung vermitteln.

Toleranz kann allerdings nur insoweit vermittelnd eingreifen, als abweichende Lebensstile auch wirklich geduldet und gefördert werden sollen. Die Verfechter des oben genannten Intoleranzarguments bestreiten, dass die Opfer von Belästigungen eine derartige Duldungslast tragen. Insofern ist Streit um den Stellenwert der Toleranz bei der Kriminalisierung ein Streit um die gesellschaftspolitischen Grundlagen eines Strafrechtssystems. Toleranz ist lediglich ein Grundgebot in pluralistischen Gesellschaften. Sie entfällt als Vermittlungsprinzip in Strafrechtssystemen, in denen die Erhaltung pluralistischer Gesellschaftsstrukturen gar nicht erst angestrebt wird.

Genau hier liegt das Kernproblem, welches auch die verfeindeten Lager im Streit um Anti-Social Behaviour trennt. Die Auseinandersetzung um die Strafwürdigkeit asozialen Verhaltens ist in Wirklichkeit eine Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus.⁶¹ Wie oben bereits ausgeführt wurde, richten sich die wenigsten Anti-Social Behaviour Orders gegen schädliches Verhalten im Sinne des Harm principle oder gegen strafwürdige Belästigungen im Sinne eines eng verstandenen Offense principle. ASBOs richten sich hauptsächlich gegen Unziemlichkeiten und Unanständigkeiten. Hinter der Anti-Social Behaviour-Gesetzgebung steckt der Glaube, über die strafrechtliche Durchsetzung von Anstandsregeln gemeinschaftliche Wertvorstellungen vermitteln zu können, welche in pluralistischen Gesellschaften fehlen. Mit ihrer Fokussierung auf gemeinschaftseinernde Faktoren richten sich kommunitaristische Theorien somit explizit gegen liberale Toleranzpostulate.⁶²

Dass es dem englischen Gesetzgeber um die Umsetzung kommunitaristischer Ideen ging, lässt sich schon an der verwendeten Sprache aufzeigen. So trägt die Gesetzesbotschaft zum Anti-Social Behaviour Act den Titel 'Respect and Responsibility'.⁶³ Es geht der englischen Regierung somit um die (Wieder)herstellung von Respekt für 'gemeinsame' Wertvorstellungen und um die Einsicht, "that one person's rights are based on the responsibilities we have towards others."⁶⁴ Dieses Gesetzgebungsprogramm markiert somit eine eigentliche Abkehr vom Grundgedanken liberaler Toleranz. Angestrebt wird nicht mehr Wertevielfalt, sondern Werteeinheit. Die Gesellschaft soll dadurch wieder mehr zur Gemeinschaft werden, welche über die Durchsetzung gemeinsamer Wertvorstellungen integriert wird.

Diese Kehrtwende ist aus zwei Gründen bemerkenswert. Erstens weil der Liberalismus sozusagen in England erfunden wurde (vgl. nur *John Stuart Mill's* On Liberty, 1859)⁶⁵ und Toleranzforderungen untrennbar mit Werken englischer Autoren, wie *John Locke's* Letter Concerning Toleration (1689)⁶⁶ oder *William Penn's* The Great Case of Liberty of Conscience (1670)⁶⁷ verbunden sind. Zweitens steht die gemeinschaftsfördernde Anti-Social Behaviour Politik aber auch in offensichtlichem Widerspruch zu den Grundsätzen des Human Rights Act 1998, welcher von der englischen Regierung wiederholt als zentrale verfas-

61 Hierzu etwa *Brumlik/Brunkhorst*, Gemeinschaft und Gerechtigkeit, 1995.

62 Ebenso *Ramsay* Criminal Law Review 2004, 908 (925).

63 *Home Office* (Anm. 8).

64 *Home Office* Respect and Responsibility (Anm. 8) 1.12 (S. 17); vgl. auch *Independent*, 7. März 2003, S. 2.

65 *John Stuart Mill*, On Liberty' (Anm. 45).

66 *John Locke*, Letter Concerning Toleration, (1689), publiziert: <http://www.constitution.org/jl/toleration.htm> (Stand: 10. August 2005).

67 *William Penn*, The Great Case of Liberty of Conscience (1670), publiziert: <http://oll.libertyfund.org/Home3/Book.php?recordID=0479> [Stand: 10. August 2005].

sungsrechtliche Neuerung gepriesen wurde. Deren politische Rhetorik ist denn auch geprägt von Bekenntnissen zu den darin verbürgten 'civil liberties'. Der prinzipielle Widerspruch zwischen der Bekämpfung abweichender Lebensstile und dem Verfassungsbekenntnis zur individuellen Freiheit wird dabei schlicht übersehen.⁶⁸ Es bleibt abzuwarten, ob dieser Spagat zwischen Gemeinschaftsförderung und Freiheitsbekenntnissen gelingen wird. Grundsatzentscheide wie das umstrittene McCann-Urteil, zeugen bereits jetzt von den Schwierigkeiten, welche noch kommen werden.

4. Schlussbetrachtungen

Während Toleranz bei der richterlichen Beurteilung strafbaren Unrechts kein einschränkendes Kriterium sein kann, ist sie ein taugliches Mediating principle bei der Legitimation und Definition von strafbarem Unrecht. Welchen Einfluss haben Toleranzüberlegungen jedoch bei der Bewertung von Anti-Social Behaviour? Zunächst wurde gezeigt, dass bei einem Großteil asozialer Verhalten die Inkriminierung bereits mangels Schädigung oder ernsthafter Belästigung scheitert. Sofern die Schwelle zur ernsthaften und unwürdigen Belästigung überschritten wird, können Toleranzüberlegungen jedoch zusätzlich gegen die Strafwürdigkeit sprechen, zumal in liberalen Gesellschaften traditionellerweise eine gewisse Dickhäutigkeit gegenüber abweichenden Anschauungen und Lebensformen gefordert werden kann.⁶⁹ Das spezifische Problem mit der Anti-Social Behaviour-Gesetzgebung besteht jedoch darin, dass genau mit dieser liberalen Tradition gebrochen werden soll. Nicht die 'decent majority'⁷⁰ muss die abweichenden Lebensformen Weniger tolerieren, sondern die Wenigen haben sich den Wertvorstellungen der Mehrheit anzupassen. In diesem auf Werteeinheit bauenden Strafrechtssystem bleibt für vermittelnde Toleranzüberlegungen kein Raum. Dass den Briten bei all dem ihr legendärer Humor nicht abhanden gekommen ist, zeigt das Beispiel des eingangs erwähnten Mannes, dem sein Sarkasmus bei Strafe verboten wurde. Er appellierte gegen die Verbotsverfügung mit der wunderbaren Rechtfertigung, seine Bemerkungen seien "nicht sarkastisch, sondern bloß ironisch gewesen".⁷¹

68 *Andrew Ashworth Criminal Law Review* 2004, 516 (526 f.); *ders.* *Law Quarterly Review* 120 (2004), 264.

69 Zu diesem 'thick skin approach' vgl. *Simester/Sullivan* (Anm. 53) S. 16.

70 Vgl. *Roberts Criminal Justice Matters (CJM)* 57 (2004), 12 f.

71 *The Guardian*, 24. July 2004 (Letztausgabe), S. 16. Siehe auch Kommentar in: *The Independent*, 15. Oktober 2004, S. 41.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe

Winfried Hassemer

I. Status und Herkunft

Nach allgemeiner Auffassung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Kennzeichen jeglicher rechtsstaatlichen Ordnung. Seine Komponenten der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit¹ gelten als Maßstäbe gerechter Behandlung und angemessener Belastung der Bürger.

Nach meiner Meinung ist das im Kern richtig, aber in seinem Ausgriff zu kurz. Verhältnismäßigkeit ist keine Erfindung der Juristen oder auch nur der Gesetzgeber. Sie gehört zu unserer Existenz im status civilis, bestimmt unseren Umgang miteinander, konnotiert mit Konzepten aus dem Alltagsleben, aus sozialwissenschaftlicher und philosophischer, nicht nur juristischer Erklärung der Welt; gleichmäßige und gleichheitsgerechte Belastung, Angemessenheit, Augenmaß gehören zu ihrem semantischen Feld. Dass es wenig Sinn macht, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen, klingt wie eine eher technisch oder ökonomisch begründete Anweisung, lässt aber auch anklingen, dass Handeln ein Maß hat. Auf einer allgemeinen Ebene formuliert, kann man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Ausformung der Gerechtigkeit, als „Belastungsgerechtigkeit“ verstehen.

Als Rechtsbegriff bezieht sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur auf das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht, sondern auf jegliches Eingriffsrecht im Staate; er ist ein Verfassungsbegriff. Ebenso wie die Straftheorien kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als eingriffsbegrenzendes Prinzip aus dem Dunkel normativer Prinzipien, welche die Lehren von Staat und Gesellschaft, die Rechtsphilosophie und die anderen juristischen Grundlagenwissenschaften in dieser oder jener Verkleidung seit Jahrhunderten begleitet haben. Der Grundsatz ist in den letzten Jahrzehnten präzisiert worden und gilt heute zu Recht als differenzierter und praxistauglicher Maßstab jeglicher Bestimmung von Eingriffsgrenzen im Rechtsstaat; er beherrscht Theorie und Praxis des Rechtsstaats gleichermaßen.

II. Verhältnismäßigkeit und Strafrecht

In einer präzisierten und konzentrierten Fassung kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Theorie des Strafrechts einen modellhaften Charakter haben: Er präsentiert und spiegelt auf seine Weise die strafrechtlichen Grundprobleme bis hin zur Theorie der Kriminalpolitik in einsichtiger und lehrreicher Form.

1. Geeignetheit

Dass ein Mittel, soll es im Rechtsstaat zulässig sein, zur Erreichung eines Ziels überhaupt geeignet sein muss, nimmt die strafrechtstheoretische und strafrechtspraktische Frage nach den Folgen strafrechtlicher Eingriffe auf. Diese Frage ist, wie auch der Topos

¹ Dazu sogleich unter II.