

Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts

Festschrift für Knut Amelung
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Martin Böse
Detlev Sternberg-Lieben



Duncker & Humblot · Berlin

Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts

Festschrift für Knut Amelung
zum 70. Geburtstag

Schriften zum Strafrecht

Heft 202

Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts

Festschrift für Knut Amelung
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Martin Böse
Detlev Sternberg-Lieben



Duncker & Humblot · Berlin

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, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2009 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-12387-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

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

Vorwort

Am 13. Februar 2009 begeht Knut Amelung, emeritierter ordentlicher Professor für Strafrecht, Strafverfahrensrecht und Rechtstheorie sowie vormaliger Direktor des Instituts für rechtstheoretische und sozialwissenschaftliche Grundlagen des Strafrechts an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden, seinen 70. Geburtstag. Dies gibt seinen Freunden und Kollegen die willkommene Gelegenheit, ihn durch eine Festschrift zu ehren und hiermit ihre wissenschaftliche und persönliche Wertschätzung zum Ausdruck zu bringen.

Seine Geburtsstadt Stettin musste Knut Amelung bereits 1943 verlassen, als die Familie angesichts der vorrückenden sowjetischen Truppen nach Helmstedt evakuiert wurde. In dieser Stadt in unmittelbarer Nähe zur späteren Zonengrenze fand er eine neue Heimat, in der er aufwuchs und die Schule bis zur Reifeprüfung im Sommer 1959 besuchte. Nachdem er in Böblingen bis zum September 1960 seinen Wehrdienst in einem Fallschirmjägerbataillon abgeleistet hatte (er verließ die Bundeswehr als Leutnant der Reserve), begann er im Wintersemester 1959/60 sein Jurastudium in Freiburg im Breisgau, das er nach drei Semestern in Lausanne (ein Semester) und Göttingen (vier Semester) fortsetzte; das parallel aufgenommene Studium der Soziologie ergänzte das Jurastudium in fruchtbarer Weise und schärfte sein Verständnis für interdisziplinäre Zusammenhänge, welches später sein wissenschaftliches Werk prägen sollte. Nachdem er sein rechtswissenschaftliches Studium im Juli 1965 in Göttingen mit dem Referendarexamen abgeschlossen hatte, trat der Jubilar nicht sogleich in den juristischen Vorbereitungsdienst ein. Er wurde vielmehr von Oktober 1965 bis März 1970 wissenschaftlicher Assistent bei Peter Badura in Göttingen. Die Tätigkeit an dessen Lehrstuhl für öffentliches Recht war Ausgangspunkt für die vielfältigen „Ausflüge“ des Jubilars in das Verfassungsrecht, aus denen sich häufig neue Ansätze für die sachgerechte Lösung straf- und strafverfahrensrechtlicher Probleme ergaben. Zugleich bestand aber bereits enge Tuchfühlung zum Strafrecht, die in der von Claus Roxin betreuten und von diesem als habilitationswürdig eingestuften Dissertation des Jubilars („Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft“) beredten Ausdruck fand. Mit dieser wegweisenden und bis heute fortwirkenden Schrift wurde Knut Amelung am 21. Mai 1971 in Göttingen promoviert.

Nachdem er den juristischen Vorbereitungsdienst beim Oberlandesgericht Celle bis zu seinem Assessorexamen im Jahre 1973 absolviert hatte, ergriff Knut Amelung entschlossen die sich ihm bietende Gelegenheit, eine wissenschaftliche Karriere an der Hochschule einzuschlagen: Vom 16. April 1975 an war er in Bochum als Wissenschaftlicher Rat und Professor für Strafrecht tätig.

Zum Sommersemester 1977 folgte der Jubilar einem Ruf an die erst zum Wintersemester 1975 neu gegründete, zum damaligen Zeitpunkt aus nur 5 Ordinarien bestehende Juristische Fakultät der Universität Trier und wurde dort zum ordentlichen Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht ernannt. Dort prägte er nicht nur durch sein unermüdliches Engagement in der Lehre das Bild der Fakultät; er engagierte sich auch in der akademischen Selbstverwaltung: Knut Amelung war von 1981 bis 1982 Dekan der Fakultät und saß von 1988 bis 1992 dem Konzil der Universität Trier vor. In seine Trierer Zeit fällt auch ein Forschungsaufenthalt als Stipendiat der Stiftung Volkswagenwerk an der Columbia Universität in New York (Wintersemester 1985/86).

Nachdem er Rufe nach Bielefeld (1981) sowie Münster (1987) abgelehnt hatte, schien sich seine Zukunft als Hochschullehrer auf Trier und der Lebensmittelpunkt seiner Familie auf die geliebte Weinlandschaft von Mosel, Saar und Ruwer zu konzentrieren. Die deutsche Wiedervereinigung änderte jedoch die Lebensplanung von Knut Amelung und seiner aus Dresden gebürtigen, 1957 mit ihren Eltern aus Ostdeutschland geflohenen Ehefrau Barbara, die einander 1965 im Seminar der Juristischen Fakultät in Göttingen kennengelernt hatten. Die Familie Amelung hatte all die Jahre vorher intensiven Kontakt zu Freunden und Angehörigen in Ostdeutschland gehalten und den ihnen durch viele Besuche vertrauten Osten Deutschlands deshalb zu keiner Zeit als ein fremdes Land empfunden. Zeugnis hierfür legt die Auskunft ab, die der Jubilar 1987 anlässlich des Trier-Besuches des damaligen SED-Generalsekretärs und DDR-Staatsratsvorsitzenden Honecker einem sichtlich konsternierten Fernsehreporter gab: „Ich finde es nicht gut, dass es zwei deutsche Staaten gibt“ (aus: Barbara und Knut Amelung, *Über Grenzen gehen*, in: Ripp/Szalai [Hrsg.], *Dreizehn deutsche Geschichten: erzähltes Leben aus Ost und West*, 2. Aufl., Hamburg 2002, S. 158, 191). Die Wiedervereinigung empfanden sie beide als nicht mehr erhofften Glücksfall der deutschen Geschichte, aber auch als Verpflichtung, beim Aufbau einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung in den neuen Bundesländern mitzuwirken.

Im März 1991 wurde an der zur Volluniversität ausgebauten Technischen Universität Dresden eine Juristische Fakultät gegründet, deren Lehrbetrieb zunächst einmal – wie der der anderen Juristischen Fakultäten in den neuen Bundesländern – durch den selbstlosen Einsatz von „Leihprofessoren“ (in Dresden insbesondere durch baden-württembergische Hochschullehrer) gewährleistet werden konnte. Unter dem Gründungsdekanat von Thomas Hillenkamp (zusammen mit Othmar Jauernig) wurde Knut Amelung auf einen Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie berufen, den er bis zu seiner Emeritierung zum 31. März 2006 innehaben sollte. Seine Familie und er fanden 1994 in ihrem neu erbauten Haus in Dresden-Bühlau am Waldrand der Dresdener Heide ihr neues Zuhause. Während Barbara Amelung außerhalb der Hochschule juristisch tätig wurde, prägte ihr Mann das Gesicht der Fakultät, deren erster Dekan er war (von April 1993 bis April 1994). Über viele Jahre hin vertrat er wie selbstverständlich die Dresdner Fakultät im Prüfungsausschuss des Landesjustizprüfungsamtes Sachsen,

ein beredtes Beispiel für Knut Amelungs Einsatz bei der Ausbildung des juristischen Nachwuchses. Seine stets mit großem Engagement vorgetragenen, zum Ende seiner Professur angesichts der Bürde seiner schweren Krankheit in wahrhaft preußischer Selbstdisziplin abgehaltenen Vorlesungen genossen bei den Dresdener Studierenden „Kultstatus“, und dies nicht wegen ihres (auch vorhandenen) Unterhaltungswertes, sondern weil er in seinen Lehrveranstaltungen wissenschaftlichen Anspruch mit rechtspolitischem Impetus zu verbinden verstand und zugleich über die Fähigkeit verfügte, seinen Zuhörern auch hochkomplexe rechtswissenschaftliche Fragestellungen nahezubringen; sein studentisches Auditorium spürte dabei, dass er gern in den Hörsaal ging. Dass seine fulminante Abschiedsvorlesung am 6. Juli 2006 dann von vielen ehemaligen Studenten besucht wurde, ist ein eindrucksvoller Beleg für die große Resonanz seiner Lehrveranstaltungen. Darüber hinaus fand der Jubilar noch die Zeit, sich über lange Jahre in der Ethikkommission des Universitätsklinikums Dresden zu engagieren, eine verantwortungsvolle Tätigkeit, die seine langjährige Mitgliedschaft in der Göttinger Akademie für Ethik in der Medizin gleichsam „erdete“.

Pläne der sächsischen Staatsregierung, die Dresdener Juristische Fakultät und damit eine nun wahrhaft „blühende Landschaft“ der Ausbildung und Wissenschaft zu zerschlagen, haben den Jubilar aufs Äußerste erbost. Im allseitigen Bemühen, das Schlimmste zu verhindern, war Knut Amelung stets in vorderster Reihe zu finden. Wenn seine Dresdener Fakultät nunmehr durch die bereits bestehenden Masterstudiengänge und vor allem durch die Einführung des Bachelor-Studiengangs „Law in Context“, der großen Zuspruch erfährt, wieder in ruhigeres Fahrwasser gekommen ist, so erfüllt ihn dies mit Genugtuung.

Von seinen vielfältigen sonstigen Aktivitäten sollen hier nur noch seine verantwortliche Tätigkeit im Fachbeirat des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau und mehrfache Aufenthalte in Georgien zur Beratung der dortigen Fakultäten hinsichtlich der Juristenausbildung Erwähnung finden.

Seine Schüler – Knut Amelung hat 30 Doktorarbeiten und eine Habilitation betreut – förderte er mit unermüdlicher Bereitschaft zum ebenso anregenden wie fordernden wissenschaftlichen Gespräch. Dieses kommunikative Wissenschaftsverständnis offenbarte sich auch in seinen unvergesslichen Seminaren, in denen es ihm in idealer Weise gelang, die Einheit von Forschung und Lehre herzustellen, indem er die Seminarteilnehmer nicht nur an neue (und alte) rechtswissenschaftliche Fragestellungen heranführte, sondern im Rahmen des Seminars zugleich auch eigene Forschungsarbeiten (etwa zum Ehrbegriff) vorbereitete und vorantrieb.

Das wissenschaftliche Werk von Knut Amelung ist von Anfang an den geistesgeschichtlichen und sozialwissenschaftlichen Grundlagen des (Straf-)Rechts verhaftet. Dies gilt nicht nur für die bereits erwähnte Dissertation, in der er seine Theorie von der Sozialschädlichkeit in Anlehnung an die Systemtheorie ent-

wickelt, sondern auch für die nachfolgenden Arbeiten, in denen er insbesondere auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zurückgreift, um Gegenstand und Reichweite des strafrechtlichen Schutzes, mitunter auch – wie bei seiner Deutung des Tagebuchs als moderner Form des Beichtgeheimnisses – des verfassungsrechtlichen Schutzes zu bestimmen. Seine wissenschaftliche Sozialisation als Grenzgänger zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht hat sein Werk ebenfalls deutlich geprägt, wie sich insbesondere in seinen Arbeiten zur Rechtsschutzgarantie und zum Grundrechtsschutz im Strafverfahren sowie dem von ihm geprägten Begriff des strafprozessualen Grundrechtseingriffs zeigt. Seine Arbeiten zur Einwilligung zeigen überdies, wie Erkenntnisse aus der Normentheorie – etwa die Unterscheidung zwischen regulativen und konstitutiven Normen – für die Strafrechtsdogmatik fruchtbar gemacht werden können. Der Gedankenreichtum und die Vielfalt des imponierenden wissenschaftlichen Werkes können und sollen mit diesen kurzen Bemerkungen nicht erschöpfend beschrieben, geschweige denn angemessen gewürdigt werden. Dies müsste den begrenzten Rahmen eines Vorwortes sprengen. Die in dieser Festschrift abgedruckte Bibliographie und die Beiträge dieser Festgabe vermögen dem Leser aber immerhin einen Eindruck von der wissenschaftlichen Bedeutung des Lebenswerks von Knut Amelung zu vermitteln, bringen doch die Verfasser auch durch die Themenauswahl ihre fachliche und persönliche Wertschätzung des Jubilars zum Ausdruck. Die Beteiligung ausländischer Gelehrter an dieser Festgabe bezeugt überdies, dass die Wertschätzung, die Knut Amelung genießt, über die Grenzen Deutschlands hinausreicht.

Die Herausgeber dieser Festschrift verbindet, dass sie viele Jahre mit dem Jubilar als dessen Schüler (Böse) bzw. als sein Kollege (Sternberg-Lieben) zusammenarbeiten konnten. Dankbar erinnern sie sich an die menschliche Zuwendung und die vorbildliche Kollegialität, die sie während dieser Zeit durch ihn erfahren haben. Ihr herzlicher Dank gilt dabei auch seiner Gattin Barbara Amelung, die Mühen und Lasten, die mit einem Leben für die Wissenschaft verbunden sind, stets mitgetragen und die gastfreundliche Atmosphäre des Hauses Amelung maßgeblich geprägt hat.

Die Herausgeber danken den Autoren für ihre Beteiligung. Aufrichtiger Dank gebührt auch dem Verlag Duncker & Humblot, namentlich dem Verleger, Herrn Dr. R. Simon, dafür, dass und wie diese Festschrift in dem Verlag, dem Knut Amelung seit Langem als Autor verbunden ist, erscheinen konnte. Besonderer Dank gilt auch Frau Heike Frank für die hervorragende Betreuung im Verlag.

Die Herausgeber wünschen dem Jubilar in herzlicher Verbundenheit für die Zukunft im Kreise seiner Familie alles Gute und verbinden ihre Glückwünsche mit der Hoffnung, dass die deutsche Strafrechtswissenschaft noch möglichst lange von seiner denkerischen Kraft profitieren kann.

Inhalt

I. Grundlagen des Strafrechts

<i>Luis Greco</i> : Rechtsgüterschutz und Tierquälerei	3
<i>Bernhard Haffke</i> : Die straftheoretische Bedeutung der Pforte des § 3 JGG	17
<i>Günther Jakobs</i> : Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem	37
<i>Otto Lagodny</i> : Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes	51
<i>Klaus Lüderssen</i> : „Systemtheorie“ und Wirtschaftsstrafrecht	67
<i>Hans-Ullrich Paeffgen</i> : Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht?	81
<i>Friedrich-Christian Schroeder</i> : Die Erforderlichkeit der Strafe	125
<i>Wolfgang Wohlers</i> : Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Straf- rechtsdogmatik?	129

II. Strafrecht (Allgemeiner Teil)

<i>Hans-Ludwig Günther</i> : Defensivnotstand und Tötungsrecht	147
<i>Rolf Dietrich Herzberg</i> : Zum Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts	159
<i>Hans Joachim Hirsch</i> : Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung	181
<i>Volker Krey / Marcel Nuys</i> : Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel	203
<i>Harro Otto</i> , Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip	225
<i>Thomas Rönnau</i> : Untreue zu Lasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter	247
<i>Claus Roxin</i> : Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut ..	269
<i>Hero Schall</i> : Der Umweltschutzbeauftragte: Ein Mann ohne Eigenschaften?	287
<i>Bernd Schünemann</i> : Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt. Dogmen- historische, rechtsvergleichende und sachlogische Auswegweiser aus einem Chaos	303
<i>Detlev Sternberg-Lieben</i> : Die Strafbarkeit eines nicht indizierten ärztlichen Eingriffs ..	325
<i>Günter Stratenwerth</i> : Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen ...	355

III. Strafrecht (Besonderer Teil)

<i>Hans Achenbach</i> : Gedanken zur Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG)	367
<i>Klaus Bernsmann</i> : Im Zweifel: Geldwäsche? Überlegungen zum Verhältnis von materiellem und Prozess-Recht bei der Geldwäsche (§ 261 StGB)	381
<i>Monika Harms/Sonja Heine</i> : EG-Verordnung und Blankettgesetz – Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht	393
<i>Günter Heine</i> : Zum Begriff des Glücksspiels aus europäischer Perspektive. Zugleich ein Beitrag zur praktischen Umsetzung supranationaler Vorgaben	413
<i>Thomas Hillenkamp</i> : Zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik	425
<i>Markus Jäger</i> : Die Auswirkungen der Osterweiterung der Europäischen Union auf das deutsche Steuerstrafrecht	447

IV. Medizin- und Sportrecht

<i>Hans Lilie</i> : Patientenrechte im deutschen Recht	473
<i>Hans-Ludwig Schreiber</i> : 10 Jahre Transplantationsgesetz – Notwendigkeit einer Weiterentwicklung?	487
<i>Andrzej J. Szwarc</i> : Das polnische Sportrecht	497
<i>Brigitte Tag</i> : Das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen – Die schweizerische Rechtslage zur Transplantationsmedizin	507

V. Verfassungsrecht und Strafprozessrecht

<i>Peter Badura</i> : Der Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses durch Verfassung und Gesetz	529
<i>Werner Beulke</i> : Missbrauch von Verteidigerrechten – eine kritische Würdigung der jüngsten Rechtsprechung	543
<i>Martin Böse</i> : Die neuen Regelungen zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Informationseingriffe und ihre Konsequenzen für die prozessuale Geltendmachung von Verwertungsverboten	565
<i>Ulrich Eisenberg</i> : Histrionische Zeugen und Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO	585
<i>Helmut Frister</i> : Erkennungsdienstliche Maßnahmen – Überlegungen zu einer Reform der §§ 81b 2. Alt., 81g StPO	603
<i>Roland Hefendehl</i> : Alle lieben Whistleblowing	617
<i>Piotr Hofmański</i> : Polnische Erfahrungen mit dem anonymen Zeugen	645
<i>Hans-Heiner Kühne</i> : Laienrichter im Strafverfahren. Eine historisch-rechtsvergleichende Betrachtung	657

<i>Joachim Renzikowski</i> : Körperliche Zwangseingriffe und Selbstbelastungsfreiheit	669
<i>Edda Weßlau</i> : Beweislastumkehr – eine Lösung bei der Prüfung von Beweisverwertungsverboten?	687
<i>Jiuan-Yih Wu</i> : Die bei Gefahr im Verzug angeordneten Zwangsmaßnahmen in Taiwan ...	705

VI. Juristische Zeitgeschichte und Kriminalpolitik

<i>Jörg Arnold</i> : Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik	719
<i>Hinrich Rüping</i> : Innenansichten zur Anwaltschaft im Nationalsozialismus	747
<i>Hans-Dieter Schwind</i> : Çhancenvollzug** am Beispiel von Niedersachsen	763
<i>Thomas Vormbaum</i> : Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat	783
Verzeichnis der Schriften von Knut Amelung	793
Autorenverzeichnis	803

I. Grundlagen des Strafrechts

Rechtsgüterschutz und Tierquälerei

Von *Luis Greco*

I. Einleitung

Zu den bleibenden Leistungen des Jubilars gehört die Monographie über „Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft“. Nach der zentralen These – oder besser, nach einer der zentralen Thesen eines Buches, dessen Reichtum man unmöglich in einem Satz zusammenfassen kann – soll sich das Strafrecht allein um die Bedingungen des Funktionierens der Gesellschaft kümmern, mit anderen Worten, nur sozialschädliches Verhalten soll Gegenstand strafrechtlicher Verbote sein.¹ Die Gesellschaft aber besteht aus Menschen. Das geltende Strafrecht verbietet indes auch Verhaltensweisen, die auf den ersten Blick keine Menschen betreffen – Beispiele sind die Umweltdelikte in §§ 324 ff. StGB, die Sachbeschädigung an Kunstgegenständen (§ 305 StGB) und die Tierquälerei (§ 17 TierSchG).

In der vorliegenden Abhandlung geht es allein um letzteres Delikt. Sie wird sich nicht mit einzelnen Interpretationsproblemen befassen,² sondern mit der logisch vorrangigen Begründungsfrage. Genauer: Aus welchen Gründen darf der Staat den Bürgern unter Strafe verbieten, Handlungen zu begehen, die auf den ersten Blick keine anderen Bürger, sondern „nur“ Tiere beeinträchtigen? Die Darstellung wird sich zudem auf die Frage nach der Legitimität des Verbots der Zufügung „erheblicher Schmerzen oder Leiden“ (§ 17 II TierSchG) beschränken, so dass das Verbot der Tötung eines Tieres ohne vernünftigen Grund (§ 17 I TierSchG) ausgeklammert bleibt. Da es um zwei keineswegs identische Problemkreise geht, empfiehlt es sich, sich zunächst einmal dem einfacheren Problem zuzuwenden.

Die Gründe, nach denen in dieser Abhandlung gefragt wird, sind diejenigen, die jenseits von Opportunitätsgesichtspunkten liegen. Es soll nicht bestritten werden, dass es dringendere Prioritäten geben kann, die einen vorrangigen Anspruch auf die knappen staatlichen Mittel haben, als der Schutz von Tieren. Nur kann es sein, dass diesen prioritären Sorgen bereits ausreichend Rechnung getragen wird, so

¹ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 350 ff., 361; *ders.*, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, S. 269 ff., 272, 278; ferner *ders.*, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, S. 349 ff.; *ders.*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 155 ff., 179 ff.

² Dazu z. B. *Röckle*, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, 1996, S. 97 ff.; *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz, 2. Aufl. 2007, § 17 Rn. 1 ff.

dass es an Mitteln für den Tierschutz nicht fehlt. Man kann nun selbst in einer solchen Idealsituation die Frage nach der Legitimität des strafrechtlichen Tierquälereiverbots stellen. Um dieses Grundsatzproblem geht es, wenn man nach dem diesen Tatbestand tragenden *Rechtsgut* fragt.

II. Geschichtliches

Das vorliegende Thema hat eine *eigentümliche Geschichte* in der deutschen Strafrechtswissenschaft. Zumindest seit Feuerbach bemühen sich liberale Strafrechtler, Strafrecht auf den Schutz menschlicher Rechte oder Interessen zu begrenzen. Was nicht das Recht oder die Interessen von Menschen betrifft, sei demnach eine „bloße Moralwidrigkeit“, die keine Strafe legitimieren könne. Nur die wenigsten Vertreter dieses Standpunktes konnten aber die Intuition hinter sich lassen, nach der die Tierquälerei strafbar sein darf.³ Deshalb ist es seit über 200 Jahren eine beliebte Strategie der Liberalismusgegner, die Tierquälerei als Trumpf auszuspielen um nachzuweisen, dass das Strafrecht durchaus bloße Moralwidrigkeiten bekämpfen dürfe und dass die liberale Lehre unannehmbare Folgen habe. Dieser Kontext verleiht dem „kleinen“⁴ Thema der Tierquälerei seine grundlagentheoretische „neuralgische“⁵ Bedeutung.

Im 19. Jahrhundert, als man sich von der Rechtsverletzungslehre mehr und mehr entfernte, und z. T. bevor man in Deutschland die Tierquälerei als Straftat kannte, widmete der Hegelianer Abegg dem Thema mehrere Abhandlungen, die nicht zufällig immer mit einer Distanzierung von der Rechtsverletzungslehre und einer Beteuerung der engen Beziehung von Recht und Sittlichkeit begannen.⁶ Zusätzlich zu den seit seinen ersten Schriften vertretenen Gefühlsschutz- und Gefährlichkeitstheorien⁷ sprach Abegg später von einer Pflicht des Menschen gegen sich selbst, also von einer Humanitätspflicht, den Tieren Milde und Mitleid entgegen zu bringen.⁸ Scholl sah in der (ärgerniserregenden⁹) Tierquälerei eine mögliche Gefährdung der Sittenordnung als Ganzes.¹⁰

³ Z. B. Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Teil I, 1823, S. 201 f. („die Bestrafung der Mißhandlungen von Tieren ... hängt mit religiösen Vorstellungen zusammen, wodurch sie allein gerechtfertigt werden kann“); G. Duden, Der preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung, 1843, S. 328 („moralische Bevormundung“); wohl auch Mittermaier, Über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland, 1825, S. 173 („nicht alles was unsittlich ist, muß auch zur strafbaren Handlung gemacht werden“); heute Santana Vega, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid, 2000, S. 58.

⁴ So Abegg, NArchCrimR 1851, 102 ff., 104; Mendelsohn-Bartholdy, GS 66 (1905), 428 ff., 429.

⁵ Roxin, AT I, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 21.

⁶ Abegg, NArchCrimR 1832, 620 ff., 622 f.; ders. NArchCrimR 1834, 93 ff., 96; ders. NArchCrimR 1851, 104 ff.

⁷ Vgl. unten Fn. 27 und 33.

⁸ Abegg, NArchCrimR 1851, 113 f.

Diese Tradition wurde im *frühen 20. Jahrhundert* etwa von Mendelsohn-Bartholdy weiterverfolgt, der in dem Verbot der Tierquälerei in erster Linie ein Mittel zur Bekämpfung roher Gesinnung erblickte.¹¹

Im *Nationalsozialismus* war der Hinweis auf den Tierquälereitbestand ein beliebtes Argument für die Moralisierung des Strafrechts. Nach Schaffstein könne die Rechtsgutslehre die Tierquälerei gar nicht erfassen,¹² Schick nannte die Tierquälerei eine „verabscheuungswürdige und dem Sittlichkeitsempfinden widersprechende Handlung“.¹³ Die verbotstragende Ratio war für Kempermann kein Rechtsgut, sondern eine „Kulturidee“,¹⁴ für Hellmuth Mayer die Sittenwidrigkeit des Quälens eines Tieres,¹⁵ für Klee die Rohheit der betätigten Gesinnung.¹⁶

In der Nachkriegszeit, vor allem zur *Zeit der Strafrechtsreform*, waren moralistische Deutungen des Tierquälereitbestands insbesondere unter Anhängern des E 1962 – der die Tierquälerei unter die „Straftaten gegen die Sittenordnung“ (BT 2. Abschnitt [§ 233]) einordnete¹⁷ – beliebt. Gallas sprach mehrere Gesichtspunkte an, vom „Schutz von Gesinnungswerten“¹⁸ über die „Selbsterniedrigung des Menschen“¹⁹ bis zu einem „Beispiel brutaler Bedenkenlosigkeit“,²⁰ und Welzel wies u. a. auf eine Betätigung von „Gesinnungsrohheit“ hin.²¹

Heute findet man unter Strafrechtlern kaum noch Farbe bekennende Liberalismusgegner. Eine Ausnahme bildet Stratenwerth, der den Tierquälereitbestand als Beleg für die Notwendigkeit, die anthropozentrische Kurzsichtigkeit des Strafrechts zu erweitern, heranzieht.²² Diejenigen, die sich weder mit einem indirekten Menschenschutz (unten III.) noch mit einer Überwindung des Liberalismus abfinden können, versuchen die Tierquälerei als eng umgrenzte Ausnahme tradierter Prinzipien zu deuten.²³

⁹ S.u. Fn. 28.

¹⁰ Scholl, ZStW 13 (1893), 279 ff., 303.

¹¹ Mendelsohn-Bartholdy, GS 66 (1905), 447.

¹² Schaffstein, in: Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108 ff., 117; ders., DStR 4 (1937), 335 ff., 343.

¹³ Schick, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung, 1936, S. 7, 9, 59 (Zitat).

¹⁴ Kempermann, Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente, 1934, S. 15.

¹⁵ H. Mayer, DStR 1938, 73 ff., 84 Fn. 51. S. auch F. Grau, ZAKdR 1938, 193 ff., 193, der von der „Zuneigung des Deutschen zu dem treuen Tierkameraden“ sprach.

¹⁶ Klee, DStR 1936, 1 ff., 10.

¹⁷ Einverstanden Lorz, in: GS K. Meyer, 1990, S. 567 ff., 581.

¹⁸ Gallas, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin, 1968, S. 1 ff., 13.

¹⁹ Gallas (o. Fn. 18), S. 15.

²⁰ Gallas (o. Fn. 18), S. 15.

²¹ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 452.

²² Stratenwerth, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, Basel, 1993, S. 18; ders., FS Lenckner, 1998, S. 377 ff., 387; ders., in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, 2005, S. 157 ff., 162; ähnlich auch Kuhlen, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers, ebenda, S. 148 ff., 151 f.