

Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen*

Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile

Von Prof. Dr. Roland Hefendehl, Freiburg

I. Hinführung zum Thema

Ordnung muss sein. Manchmal werden derartige ebenso schneidige wie undifferenzierte Weisheiten einer Persönlichkeit zugeschrieben.¹ Manchmal aber ist es auch so, dass jeder diesen Satz schon hundertfach gehört oder selbst gesagt hat und er damit zum Gemeingut geworden zu sein scheint. So liegt es bei der Erkenntnis: „Ordnung muss sein.“ Gängigen Vorurteilen entsprechend hängen insbesondere Deutsche² und Chilenen, denen wiederum eine große Nähe zu Deutschland nachgesagt wird, an einer solchen Ordnung. Aber wir finden diese Tendenz vermutlich überall auf der Welt.

Was aber machen wir, wenn diese Ordnung nicht eingehalten wird? Würden wir auf Verstöße gegen Ordnungsgebote nicht reagieren, so bestünde möglicherweise die Gefahr, dass die Welt in Unordnung geriete. Aus dieser Sorge heraus gibt es in Deutschland die bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeiten, aus dieser Sorge heraus kennt Chile die strukturell vergleichbaren *sanciones administrativas*.

Dass man über die Sanktionierung bzw. über die verschärfte Sanktionierung Verhaltenseffekte zu erzielen vermag, wird zwar in aller Regel insbesondere seitens der Politik offensiv behauptet, die empirische (Sozial-)Wissenschaft der Kriminologie stützt derartige Thesen allerdings keinesfalls.³ Plakativ zum Ausdruck gebracht: Man unterlässt einen Raub nicht nach der Lektüre des Strafgesetzbuchs, sondern weil man ein solches Vorgehen nicht für angemessen⁴ hält. Man könnte nun für die Ordnungswidrigkeiten etwas anderes mit der Begründung behaupten, diese lägen häufig viel näher an

ordnungsgemäßigem Verhalten, so dass erst über die Formulierung des sanktionsbewehrten Verhaltensgebots deutlich werde, wann man die Grenze zum Verbotenen hin überschritten habe. Aber auch in diesem Fall bleibt es dabei, dass man nur über die Kontrolle des Ordnungswidrigkeitentatbestandes Verhaltenseffekte erzielen kann.⁵ Ein notorischer Raser wird also nicht über die Norm zur Vernunft gebracht, sondern auch über ein engmaschiges System von Verkehrskontrollen, an deren Ende möglicherweise sogar ein Fahrverbot oder der Führerscheinentzug steht.

Die hiermit angerissenen Fragen möchte ich in den nachfolgenden fünf Schritten abarbeiten: Zunächst einmal ist ein Überblick über das System von Ordnungswidrigkeiten und Straftatbeständen (II.) sowie die verschiedenen Arten der Ordnungswidrigkeitentatbestände *de lege lata* zu geben (III.). Die nächste grundlegende Frage zielt darauf, die materiellen Bedingungen für das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit zu bestimmen (IV.). Hiermit untrennbar verbunden sind die beiden folgenden Grenzziehungen (V.): Zum einen kann auch dem Strafrecht als der *ultima ratio* eine ordnende Funktion zukommen, wenn wir etwa an die Deliktsstruktur der abstrakten Gefährdungsdelikte denken. Damit stellt sich die Frage: Wann geht es um Strafrecht, wann um Ordnungswidrigkeitenrecht? Zum anderen geht es um die Definition des Unabdingbaren und die Grenze zu einem Ordnungsstreben, das man jedenfalls nicht über das Recht absichern sollte. Schließlich möchte ich die erlangten Erkenntnisse auf das Wirtschaftsstrafrecht anwenden (VI.).

Das folgende Beispiel aus dem Juni des letzten Jahres soll die Problematik verdeutlichen: Arturo Vidal gilt als kompromissloser Fußballer mit viel Energie. Meist steht er nur wenige Minuten auf dem Platz und hat bereits mehrere Fouls begangen sowie eine gelbe Karte erhalten. Leider hat er offensichtlich auch außerhalb des Platzes viel Energie: Während der Copa Americana 2015 in Chile war er mit seinem Ferrari mit zu hoher Geschwindigkeit und mit 1,2 Promille unterwegs. Ein kapitaler Unfall mit hohem Sachschaden, aber glücklicherweise nur geringfügigen Verletzungen der am Unfall Beteiligten war die Folge.⁶

Spiele wir einmal verschiedene Fallkonstellationen durch, die an diesen Fall angelehnt sind:

In Deutschland wäre selbst eine sog. folgenlose Trunkenheitsfahrt mit 1,1 Promille eine Straftat,⁷ bei 1,0 Promille

* Überarbeiteter und ergänzter Vortrag, den *Verf.* im September 2015 auf Einladung von Prof. Dr. *Gonzalo García Palominos* an der *Universidad de los Andes* (Santiago de Chile) gehalten hat. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten. Für wertvolle Vorarbeiten und Unterstützung bei der Erstellung des Nachweisapparates danke ich meinem Wiss. Mitarbeiter *Matthias Noll* herzlich.

¹ Etwa Friedrich dem Großen, siehe Fn. 2.

² Vgl. dazu etwa den folgenden Ausschnitt aus einer Rundfunkrede des damaligen Reichskanzlers Franz von Papen aus Juli 1932: „Andererseits bildet aber das Streben nach Ordnung und Autorität einen Grundzug des deutschen Charakters. Alle Deutschen stimmen Friedrichs des Großen klassischem Ausspruch: Ordnung muß sein! voll und ganz zu. Diese angeborene Ordnungsliebe des Deutschen [...]“, zit. nach *Dodd*, *Jedes Wort wandelt die Welt*, 2007, S. 143.

³ Ausführlich dazu (auch mit Ausführungen zu Methodenproblemen) *Albrecht*, *Kriminologie*, 4. Aufl. 2010, S. 52 ff.; siehe weiterhin *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl. 2012, Rn. 58 ff.; zusammenfassend *Hefendehl*, *MschKrim* 86 (2003), 27 (37 f.).

⁴ Als bedeutsamster Faktor der Normkonformität wird in der kriminologischen Forschung die Strafnormakzeptanz angesehen, *Streng* (Fn. 3), Rn. 59; vgl. auch *Eisenberg*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2005, § 41 Rn. 7.

⁵ Bezogen auf Straftaten geht die kriminologische Forschung davon aus, dass das Entdeckungs- bzw. Sanktionsrisiko eine gewisse präventive Wirkung entfaltet, *Bock*, *Kriminologie*, 4. Aufl. 2013, Rn. 882; *Albrecht* (Fn. 3), S. 59; *Streng* (Fn. 3), Rn. 59.

⁶ *Javier Cáceres*, SZ v. 17.6.2015, online unter: <http://www.sueddeutsche.de/sport/arturo-vidal-hola-ich-hatte-einen-verkehrsunfall-1.2525571> (12.9.2016).

⁷ Ab einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille liegt bezogen auf das Führen eines Kraftfahrzeugs eine sog. abso-

ohne alkoholbedingte Fahrfehler läge hingegen „nur“ eine Ordnungswidrigkeit vor.⁸ Dies wäre auch bei einem schlichten zu schnellen Fahren der Fall, egal wie hoch die Geschwindigkeitsüberschreitung ausfallen würde.⁹ Würde durch Fahrlässigkeit ein anderer Straßenverkehrsteilnehmer verletzt, hätten wir es wiederum mit dem Straftatbestand der fahrlässigen Körperverletzung zu tun.

Und in Chile? Hier hat es zahlreiche Strafverschärfungen mit dem Ziel gegeben, insbesondere die gravierenden Straßenverkehrsunfälle unter Alkoholeinfluss einzudämmen.¹⁰ Vom Grundsatz besteht eine ähnliche Zweiteilung wie in Deutschland. Ab einer im Vergleich zu Deutschland niedrigen Promillegrenze ist bereits die folgenlose Trunkenheitsfahrt pönalisiert. Erst recht ist natürlich eine Trunkenheitsfahrt, die zu einem Unfall führt, eine Straftat, während das zu schnelle Fahren eine Ordnungswidrigkeit bleibt.¹¹

Dieses Beispiel zeigt also, dass einiges an Abgrenzungsarbeit auf uns zukommt. Und wir werden sehen, dass auch im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts vergleichbare Probleme der Zuordnung existieren.

II. Der rechtliche Ausgangspunkt

In Deutschland haben wir das Ordnungswidrigkeitengesetz, das aus drei Teilen besteht: dem Allgemeinen Teil, dem Bußgeldverfahren und einem Abschnitt, der eine Reihe von einzelnen Ordnungswidrigkeiten aufführt und damit als Besonderer Teil bezeichnet werden kann. Bei den Ordnungswidrigkeiten ist es aber ebenso wie bei den Straftatbeständen: Sie

lute Fahruntüchtigkeit vor, BGHSt 37, 89 ff.; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 316 Rn. 8. Wird in diesem Zustand ein Fahrzeug im (öffentlichen) Verkehr geführt, ist in aller Regel § 316 StGB (jedenfalls in Form der Fahrlässigkeitsvariante gem. § 316 Abs. 2 StGB) verwirklicht.

⁸ Vgl. § 24a Abs. 1, Abs. 3 StVG. Zu alkoholbedingten Fahrfehlern, die im Falle ihres Vorliegens eine sog. relative Fahruntüchtigkeit bewirken können (denkbare Strafbarkeit gem. § 316 StGB), vgl. *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 7), § 316 Rn. 12 f.

⁹ Siehe beispielhaft § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 StVO. Bei einer lediglich geringfügigen Geschwindigkeitsüberschreitung kann freilich im Einzelfall der Vorsatz, ggf. auch der Fahrlässigkeitsvorwurf zu verneinen sein, zum möglichen Entfall des Vorsatzes vgl. *Burmans*, in: *Burmans/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker*, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 24. Aufl. 2016, § 3 StVO Rn. 127.

¹⁰ So etwa durch zwei bekannte Änderungen des „Ley N° 18.290 de Tránsito“ aus jüngerer Zeit, dem „Ley N° 20.580, que modifica Ley N° 18.290, aumentando las sanciones por manejo en estado de ebriedad, bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, y bajo la influencia del alcohol“ (März 2012) und dem „Ley N° 20.770, modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte“ (September 2014).

¹¹ Vgl. <http://www.conaset.cl/ley-emilia.html> (12.9.2016).

finden sich im Ergebnis nur zu einem sehr kleinen Prozentsatz im OWiG bzw. im StGB, sondern überwiegend in den sog. Nebengesetzen als Annex. Das wohl bekannteste Beispiel hierfür ist das Straßenverkehrsrecht, das das zu schnelle oder alkoholisierte Fahren mit einem Bußgeld bewehrt.¹²

Der Gesetzgeber hat sich aus gutem Grund mit formalen Begriffen der Ordnungswidrigkeit bzw. der Straftat beschieden. Alles andere wäre mit dem verfassungsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip nicht vereinbar, das für das Strafrecht im weiteren Sinne und damit auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht Geltung beansprucht.¹³ Gemäß § 1 Abs. 1 OWiG ist eine Ordnungswidrigkeit „eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.“¹⁴ Eine Straftat wiederum lässt sich als eine rechtswidrige Tat umschreiben, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt und schuldhaft begangen worden ist.

In Chile fehlt ein Pendant zum OWiG, so dass eine Vielzahl der in Deutschland vor die Klammer der besonderen Tatbestände gezogenen Regelungen für die Ordnungswidrigkeiten nicht existiert. Ich denke an die typischen Bereiche des Allgemeinen Teils wie Tun und Unterlassen, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Irrtum, Beteiligung und Konkurrenzen. Dieser Zustand führt in Chile häufig zu Diskussionen, ob eher die Regelungen des Strafrechts oder diejenigen des Zivil- oder Verwaltungsrechts für das Ordnungswidrigkeitenrecht zu

¹² Zum alkoholisierten Fahren siehe den bereits erwähnten § 24a StVG (Fn. 8). Einen Ordnungswidrigkeitentatbestand bzgl. Geschwindigkeitsüberschreitungen enthält beispielsweise der bereits genannte § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 StVO (Fn. 9).

¹³ Dass Ordnungswidrigkeitentatbestände vom Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG erfasst werden, ist (wohl) allgemein anerkannt, siehe etwa *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 76. Lfg., Stand: Dezember 2015, Art. 103 Rn. 195 m.w.N. Im Übrigen findet das verfassungsrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip auch seinen Ausdruck in § 3 OWiG; insoweit spricht etwa *Rogall* von einer „einfachgesetzliche[n] Verstärkung eines verfassungsrechtlichen Prinzips mit lediglich deklaratorischer Bedeutung“, *Rogall*, in: *Senge* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 2.

¹⁴ Die Bezeichnung „Ordnungswidrigkeit“ muss dabei nicht verwendet werden, auch wenn der Gesetzgeber der Klarheit wegen ganz überwiegend eine der beiden Formulierungen gewählt hat: „Ordnungswidrig handelt, wer [...]“ bzw.: „Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu [...] geahndet werden.“, vgl. auch *Mitsch*, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 5. Im Übrigen wird die Einordnung als Ordnungswidrigkeit auch nicht durch das Verwarnungsgeld, das bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten in Betracht kommt, in Frage gestellt. Das Verwarnungsgeld ist nämlich keine an die Stelle der Geldbuße tretende spezifische Unrechtsfolge des materiellen Rechts, sondern eine Einrichtung des Verfahrensrechts; siehe zum Verwarnungsverfahren etwa *Kleszczewski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Aufl. 2016, Rn. 932 ff.

übernehmen sind.¹⁵ Wenn das chilenische Verfassungsgericht fordert, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht die Prinzipien des Strafrechts mit „Färbung“ (matiz) zu respektieren habe,¹⁶ so muss man wegen der Vagheit ein wenig beunruhigt sein.

Allerdings scheint insoweit Einigkeit zu bestehen, dass die aus dem Gesetzlichkeitsprinzip folgenden vier Verbote in Deutschland wie in Chile¹⁷ gleichermaßen gelten: das Verbot unbestimmter Gesetze, das Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts, das Rückwirkungs- und das Analogieverbot.¹⁸ Auch muss der Bußgeldtatbestand jeweils nicht nur rechtswidrig, sondern auch vorwerfbar, also schuldhaft, erfüllt werden.¹⁹

Der Vorteil der Normierung des Rechts der Ordnungswidrigkeiten in Deutschland liegt in der klaren formalen Einordnung eines Tatbestandes als Ordnungswidrigkeit. Eine solche liegt immer dann vor, wenn seitens des Gesetzgebers eine Geldbuße angedroht ist.

In Chile ist die Situation ein wenig unübersichtlicher. Auch hier sind zunächst einmal zwei Sanktionensysteme zu unterscheiden: die Ordnungswidrigkeiten (faltas administrativas) und die Straftaten (delitos). Die letztgenannte Gruppe der delitos ist aber wiederum in drei weitere Kategorien un-

terteilt, die nach der Schwere gestaffelt sind (Art. 3 Código Penal): faltas, simples delitos und crímenes.

Hieraus folgt der unglückliche Umstand, dass von der Bezeichnung her eine falta in Chile sowohl eine Ordnungswidrigkeit als auch eine Straftat sein kann. Dies hat im kriminalpolitischen Diskurs bereits zu erheblichen Irritationen geführt. So ist beispielsweise in der Politik darauf hingewiesen worden, es bedürfe keiner Entpönalisierung des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum, weil lediglich eine falta administrativa vorliege. Tatsächlich handelt es sich in Chile insoweit allerdings um eine falta penal, also um eine Straftat,²⁰ was aus Überlegungen des Rechtsgutsschutzes in meinen Augen inakzeptabel erscheint. Um derartige Missverständnisse oder auch das bewusste Ausnutzen der unklaren Bezeichnung zu vermeiden, sollte man stets von faltas administrativas (infracciones administrativas) und faltas penales sprechen.

Ungeachtet dieser Probleme im Detail bleibt aber für Chile wie für Deutschland die Jahrhundertfrage schlechthin, die wir bereits am Fall von Arturo Vidal angesprochen haben: Wann haben wir es materiell mit einer Straftat und wann haben wir es mit einer Ordnungswidrigkeit zu tun? Und damit zusammenhängend: Was sind die Mindestbedingungen für das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit?

III. Der Versuch einer Systematisierung bestehender Ordnungswidrigkeiten

Bereits die Anzahl der Straftatbestände in Deutschland ist über das sog. Nebenstrafrecht so groß und unübersichtlich, dass sich aus guten Gründen noch niemand die Mühe gemacht hat, auch nur eine Größenordnung zu benennen. Bei den Ordnungswidrigkeiten wäre ein solcher Versuch endgültig zum Scheitern verurteilt. Dies auch deshalb, weil die Kompetenz zum Erlass von bußgeldbewehrten Verhaltensgeboten und -verboten bis zu den Kommunen reicht. Sie legen beispielsweise fest, wann der Friedhof betreten werden darf,²¹ an welchen Stellen das Baden erlaubt ist²² und wo es ein Alkoholverbot gibt.²³ Auf diese Art und Weise kommen

¹⁵ Bermudez, in: Arancibia Mattar/Alarcón Jaña (Hrsg.), Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA), 2014, S. 609-632; Eteiche, in: Arancibia Mattar/Alarcón Jaña (a.a.O.), S. 3-16; Navarro, in: Arancibia Mattar/Alarcón Jaña (a.a.O.), S. 17-38.

¹⁶ Der chilenische Verfassungsgerichtshof hat entschieden, dass Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Äußerungen des staatlichen ius puniendi seien. Insofern sollen die Grundprinzipien des Strafrechts mit Färbung übernommen werden (Sentencia N° 244 de 1996, Sentencia N° 479 de 2006, Sentencia N° 725 de 2008, Sentencia N° 766 de 2008, Sentencia N° 1203 de 2009, Sentencia N° 1205 de 2009, Sentencia N° 1221 de 2009, Sentencia N° 1229 de 2009, Sentencia N° 1183 de 2009 und Sentencia N° 1518 de 2010). Das ist auch die h.M. in der strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Lehre. Dazu Hernández, in: Couso/Hernández (Hrsg.), Código Penal comentado, Parte General Doctrina y jurisprudencia, 2011, Kommentar zu Art. 20 Código Penal, S. 444-450; Cordero, Derecho Administrativo Sancionador, 2014, S. 213-258.

¹⁷ Politoff/Matus/Ramírez, Lecciones de Derecho Penal, Parte general, Bd. 1, 2011, S. 93-94; Bustos/Hormazábal, Lecciones de Derecho Penal chileno, Bd. 1, für das chilenische Strafrecht adaptiert von Fernández Cruz, 2012, S. 129-134.

¹⁸ Siehe aus deutscher Sicht etwa Rogall (Fn. 13), § 3 Rn. 7; Kleszczewski (Fn. 14), Rn. 70 ff.

¹⁹ Vgl. die bereits erwähnte Definition in § 1 OWiG. Dass der Gesetzgeber in Abweichung vom strafrechtlichen Sprachgebrauch den Begriff der Vorwerfbarkeit gewählt hat, soll den kategorialen Unterschied zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten verdeutlichen, vgl. BT-Drs. 5/1269, S. 46; siehe dazu auch Kleszczewski (Fn. 14), Rn. 320.

²⁰ Art. 50 inciso 3°, Ley N° 20.000 „Sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas“.

²¹ Siehe etwa § 31 Abs. 1 Nr. 1 der Friedhofssatzung der Stadt Freiburg i.Br. v. 18.10.2011: „Ordnungswidrig im Sinne des § 49 Abs. 3 Nr. 2 des Bestattungsgesetzes und des § 142 Abs. 1 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 5 die Friedhöfe außerhalb der Öffnungszeiten betritt“.

²² Etwa § 15 Abs. 1 Nr. 9 der Satzung betreffend die Benutzung der Erholungsanlage Fühlinger See der Stadt Köln v. 27.4.2011: „Unbeschadet der im Bundes- oder Landesrecht getroffenen Sonderregelungen handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig dieser Satzung zuwiderhandelt, indem er badet, soweit es nicht durch diese Satzung zugelassen ist (§ 11 Abs. 1 Buchstabe a)“.

²³ Vgl. §§ 2, 4 der (ehemaligen) Polizeiverordnung der Stadt Freiburg zur Begrenzung des Alkoholkonsums im öffentlichen Straßenraum v. 22.7.2008, S. 4, online abrufbar unter:

schnell Tausende von Verbotsnormen zusammen. Der Mehrheit unter uns erscheint dies nur deshalb nicht als evident polizeistaatlich, weil die Normen unser Zusammenleben angemessen regulieren. Wir wollen nicht, dass der Hausmüll im Flur entsorgt wird, wir wollen nicht, dass jede Nacht laute Musik unseren Schlaf raubt und auf den Straßen so gerast wird, dass wir kaum eine Chance haben, auf die andere Straßenseite zu gelangen. Auch wenn Sie hier nicken, so können Sie sich aber auch in gleicher Weise vorstellen, dass eine vielfach so bezeichnete Ordnungswut des Staates als unverhältnismäßig interpretiert wird. Anders ausgedrückt: Der Staat muss jeweils gute Gründe vorbringen, wenn er in unsere Freiheiten, in unsere Selbstverwirklichung, bußgeldbewehrt eingreifen will.

1. Rechtsgüterschützende Ordnungswidrigkeiten

In dem von mir präferierten Strafrechtssystem spielt das *Denken in Rechtsgütern* eine zentrale Rolle. So habe ich in meiner Monographie „Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht“ eine Systematisierung dieser Rechtsgutsgruppe vorgenommen und zugleich deren Legitimationsbedingungen herausgearbeitet.²⁴ Ferner existiert der von mir mitherausgegebene Sammelband über die Rechtsgutstheorie²⁵ auch in spanischer Sprache.²⁶ Dieses geschützte Rechtsgut nimmt auch auf das Recht der Ordnungswidrigkeiten Einfluss. Denn wir kennen solche Ordnungswidrigkeiten, die wie das Strafrecht der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes dienen, aber eben auch eine beachtliche Gruppe von Ordnungswidrigkeiten, die nichts mit einem hinreichend klar umrissenen Rechtsgutsbegriff zu tun haben.

Beispiele für rechtsgüterschützende Ordnungswidrigkeiten finden wir etwa im Straßenverkehrsrecht. So befürchtet der Gesetzgeber aus gutem Grund, dass ein zu schnelles Fahren²⁷ Verkehrsunfälle mit Leibes- und Lebensgefahren wahrscheinlicher macht. Wer an unübersichtlichen Stellen parkt,²⁸ kann Entsprechendes bewirken. Beide Fälle zeigen aber auch die fließenden Grenzen zu solchen Ordnungswidrigkeiten, die nur noch am Rande etwas mit dem Rechtsgüterschutz zu tun haben. Natürlich kann die abendliche erhebliche Geschwindigkeitsbeschränkung in Städten²⁹ indirekt auch mit Gesund-

heitserwägungen begründet werden, weil Lärm einen negativen Einfluss auf unseren Organismus hat und den Schlaf stört. Aber hier kommt doch die lebenswerte Ordnung als offensichtlich weiterer Schutzzweck des Ordnungswidrigkeitenrechts ins Spiel. Und auch nur ein Teil der bußgeldbewehrten Parkverstöße lässt sich – wie soeben – mit dem Rechtsgüterschutz legitimieren. Wer einen für schwerbehinderte Menschen reservierten Parkplatz nutzt,³⁰ verhält sich unsolidarisch und erschwert den durch das Verbot Begünstigten das Leben, er gefährdet aber kein Rechtsgut.

Auch im Wirtschaftsstrafrecht kennen wir Ordnungswidrigkeiten, die mit der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes legitimiert werden können. So enthält das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in § 81 GWB einen umfangreichen Katalog von Ordnungswidrigkeiten, bei denen das dem Straftatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen (§ 298 StGB) unterlegte kollektive Rechtsgut des Vertrauens in den freien Wettbewerb in gleicher Weise zur Anwendung kommen müsste.

2. Ordnungswidrigkeiten jenseits des Rechtsgüterschutzes

Ordnungswidrigkeiten, die nicht dem Rechtsgüterschutz dienen, sind zahlreicher, als man vielleicht auf den ersten Blick vermuten würde. Diese große Gruppe rechtsgutsloser Ordnungswidrigkeiten hängt mit meiner eigenen, engen Sichtweise eines legitimen Rechtsguts zusammen. Wenn *Jescheck/Weigend* im modernen Wohlfahrtsstaat die „geordnete Verwaltungstätigkeit“ in den Kreis der zu schützenden Rechtsgüter aufnehmen wollen,³¹ so gäben wir leichtfertig die prägenden Merkmale eines Rechtsguts preis und wären bereit, einem bloßen Scheinrechtsgut legitimatorische Wirkung zuzusprechen.

Vor diesem Hintergrund sind Ordnungswidrigkeitentatbestände, die einen „Verwaltungsungehorsam“³² sanktionieren, schlicht solche, denen kein Rechtsgut zugrunde liegt. Das bereits erwähnte Parken auf einem Parkplatz für schwerbehinderte Menschen ist ein Beispiel hierfür.³³

zeitliche Beschränkung der Höchstgeschwindigkeit kann durch Zusatzzeichen i.S.v. § 39 Abs. 3 StVO angeordnet werden; denkbar wäre etwa das Zusatzzeichen 1040-30. Der Zusatzzeichenkatalog ist wiedergegeben bei *Janker/Hühnermann*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker* (Fn. 9), § 39 StVO.

³⁰ Siehe dazu § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 3 Nr. 5, 42 Abs. 2 StVO i.V.m. Anlage 3, Zeichen 314 Sp. 3 Nr. 2 lit. d).

³¹ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 7 S. 59.

³² Diesen Begriff gebraucht etwa *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970, S. 11.

³³ Siehe Fn. 30. Ein weiteres Beispiel wäre etwa § 75 Abs. 1 Nr. 9 LBO BW: Danach handelt ordnungswidrig, wer eine genehmigungspflichtige bauliche Anlage ohne Genehmigung errichtet. Hier wäre die Annahme eines Rechtsgüterschutzes eine Fiktion. Denn der Tatbestand wird unabhängig davon erfüllt, ob das Vorhaben materiell genehmigungsfähig ist. Der Tatbestand ist also auch dann verwirklicht, wenn das

https://www.freiburg.de/pb/site/Freiburg/get/documents_E-1_199869516/freiburg/daten/news/amtsblatt/pdf/Amtsblatt%20Ausgabe%20485.pdf (12.9.2016).

Das Alkoholverbot wurde vom VGH Baden-Württemberg durch Urteil v. 28.7.2009 für unwirksam erklärt, VGH Baden-Württemberg NVwZ-RR 2010, 55.

²⁴ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, passim.

²⁵ *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003.

²⁶ *Hefendehl* (Hrsg.), La teoría del bien jurídico, 2007.

²⁷ Siehe dazu bereits Fn. 9.

²⁸ Vgl. § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 12, 12 Abs. 1 Nr. 1 StVO.

²⁹ Eine etwaige Geschwindigkeitsüberschreitung stellt gem. § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 3 Nr. 4, 41 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2, Zeichen 274 Sp. 3 eine Ordnungswidrigkeit dar. Die

Bei einer zweiten Gruppe rechtsgutsloser Ordnungswidrigkeitstatbestände müsste man noch fantasievoller agieren, um ein geschütztes Rechtsgut auszumachen. Hier geht es mit anderen Worten schlicht um die Durchsetzung einer guten Ordnung, die man natürlich immer zumindest vage an Rechtsprinzipien koppeln könnte. Das Betreten des Friedhofs außerhalb der Öffnungszeiten nach der Friedhofssatzung der Stadt Freiburg gehört dazu.³⁴ Bedenklich im Sinne kaum bestimmter reiner Ordnungsvorstellungen kommt § 118 OWiG daher, wonach ordnungswidrig handelt, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Die erfasste Kasuistik insoweit ist ebenso reichhaltig wie kurios und reicht vom Urinieren im öffentlichen Raum bis zur Verteilung von Flugblättern mit der Aufforderung zum Kirchenaustritt am Tag der Fronleichnamspzession.³⁵ Gerade bei derartigen Ordnungswidrigkeiten wird sich in besonderem Maße die Frage stellen, ob sich die Bewehrung mit einem Bußgeld als verhältnismäßig erweist.

IV. Abgrenzungsversuche

Mit sog. Jahrhundertfragen beschäftigt man sich naturgemäß nicht nur seit langer Zeit, sondern auch besonders häufig und kontrovers. Die Frage, wann eine Ordnungswidrigkeit vorliegt und wann wiederum eine Straftat, wird man zu diesen zählen dürfen. Die insoweit vertretenen herkömmlichen Abgrenzungstheorien sollen nachfolgend grob dargestellt werden, um den Boden für den eigenen Ansatz zu bereiten.

1. Derzeitiger Stand der Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Geht es um die Frage einer materiellen Abgrenzung, haben sich im Wesentlichen drei Meinungsströme herausgebildet.

a) Qualitative Theorie

Insbesondere in der älteren Literatur wird ein *Wesensunterschied* zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten ausgemacht. Bei der Straftat gehe es um eine Rechtsgutsverletzung, bei der Ordnungswidrigkeit um „Verwaltungsunrecht“ bzw. einen bloßen „Ungehorsam“. ³⁶ Es bestehe daher zwischen beiden Kategorien ein *qualitativer* Unterschied.³⁷

Bauvorhaben mit dem materiellen Baurecht übereinstimmt. Insofern bleibt letztlich ein reiner „Verwaltungsungehorsam“.

³⁴ Siehe Fn. 21.

³⁵ Dazu *Senge*, in: *Senge* (Fn. 13), § 118 Rn. 13 sowie *Weiner*, in: *Graf* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Stand: 15.4.2016, § 118 Rn. 10, jeweils m.w.N.

³⁶ *Schmidt*, DRZ 1948, 412 (414): „Wir nennen eine Zuwiderhandlung, deren Unrechts- und Schuldgehalt sich in verwaltungsrechtlichem Ungehorsam erschöpft, eine ‚Ordnungswidrigkeit‘ [...]“ (*Hervorhebung* im Original); vgl. auch *ders.*, JZ 1951, 101 (102 f.); siehe ferner *R. Schmitt* (Fn. 32), S. 11: Nach der Grundkonzeption gehe es bei Ordnungswidrigkeiten um einen „Verwaltungsungehorsam“. Er konstatiert

Eine durchgängige Wesensdifferenz besteht aber jedenfalls im geltenden Recht nicht. Auch Teile des Ordnungswidrigkeitenrechts haben rechtsgüterschützende Funktion, so dass nicht in jedem Fall ein qualitativer Unterschied zum Strafrecht ausgemacht werden kann. Bußgeldbewehrte Parkverbote an unübersichtlichen Stellen³⁸ oder Meldepflichten bei Infektionskrankheiten³⁹ sollen Unfälle bzw. Ansteckungen und damit Beeinträchtigungen der Gesundheit verhindern.

b) Quantitative Theorie

Dieser Ansatz geht davon aus, dass zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ein „Plus-Minus-Verhältnis“⁴⁰ bestehe. Ordnungswidrigkeiten seien durch einen geringeren Unrechts- und Schuldgehalt gekennzeichnet.⁴¹ Ordnungswidrigkeitenrecht sei also nichts anderes als Bagatelldelikt und die Straftat sei nichts anderes als ein stärker zu missbilligender Verstoß gegen die Regeln des Zusammenlebens.⁴² Jeweils gehe es um Rechtsgutsverletzungen.⁴³

Auch dieser Ansatz stößt jedoch schnell an seine Grenzen: Geht man davon aus, dass die Aufgabe des Strafrechts im subsidiären Rechtsgüterschutz liegt,⁴⁴ dürfte man nach dieser Theorie nur solche Ordnungswidrigkeiten als legitim anerkennen, die ebenfalls Rechtsgüter schützen. Denn nur dann, wenn sowohl Straftaten als auch Ordnungswidrigkeiten Rechtsgüter schützen, kann man eine rein quantitative Abgrenzung vornehmen. Ein solcher Ansatz müsste aber konsequenterweise vielen Ordnungswidrigkeiten des geltenden Rechts die Berechtigung absprechen,⁴⁵ möchte man nicht den

aber auch (S. 14), dass sich das „moderne“ Ordnungswidrigkeitenrecht in den Bereich des Rechtsgüterschutzes hinein entwickelt habe.

³⁷ Ausdrücklich von „Qualitätsunterschieden“ spricht *Schmidt*, JZ 1951, 101 (102); siehe weiterhin *Schmidt v. Rhein*, NSTZ 1981, 380 (381 f.); in jüngerer Zeit finden sich qualitative Überlegungen bei *Kleszczewski* (Fn. 14), Rn. 36 ff., und bei *Günther*, in: *Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter* (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 165 (167 ff.).

³⁸ Siehe Fn. 28.

³⁹ Vgl. etwa § 73 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 IfSG.

⁴⁰ So die treffende Charakterisierung dieser Theorie von *Mitsch* (Fn. 14), § 3 Rn. 7.

⁴¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 31), § 7 S. 59 betonen, es ginge um „Grad-, nicht um Wesensunterschiede“.

⁴² Vgl. *Gerhold*, in: *Graf* (Fn. 35), Einleitung Rn. 10; *Bohnert/Bülte*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 5. Aufl. 2016, S. 13.

⁴³ Vgl. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 62: „Die Annahme, dass Ordnungswidrigkeiten keine Rechtsgüter schützen, war aber irrig. [...] Das Ordnungswidrigkeitenrecht verdankt seine Existenz also dem Subsidiaritätsprinzip [...] und dem Bagatelldeliktcharakter der Rechtsgutsverletzungen, nicht aber ihrem Fehlen.“

⁴⁴ *Roxin* (Fn. 43), § 2 Rn. 1, 97.

⁴⁵ Vgl. die unter oben III. 1. und 2. erwähnten Beispiele.

Rechtsgutsbegriff seinerseits zu einer inhaltsleeren Floskel verkommen lassen.

c) Gemischt qualitativ-quantitativer Ansatz

Diese Theorie der herrschenden Auffassung differenziert gewöhnlich zwischen einem Kern- und einem Randbereich. Der Kernbereich des Strafrechts ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts durch ein besonderes „sozial-ethisches Unwerturteil“ gekennzeichnet,⁴⁶ das eine Ahndung mit Geldbuße unerträglich erscheinen lasse. Dagegen sei der idealtypische Kernbereich der Ordnungswidrigkeit durch einen bloßen Ungehorsam gegenüber dem Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung charakterisiert, auf den mit einer „Pflichtenmahnung“ reagiert werde.⁴⁷ Der „Ernst der staatlichen Strafe“ fehle.⁴⁸

Während insoweit im Ansatz eine qualitative Unterscheidung ausgemacht werden kann, versagt diese wesensmäßige Unterscheidung jedenfalls im Grenzbereich zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Das Bundesverfassungsgericht spricht davon, dass in diesem Graubereich nur „graduelle Unterschiede“ bestünden.⁴⁹ Hier habe der Gesetzgeber einen Ermessensspielraum zur Einstufung in eine der genannten Kategorien.⁵⁰

2. Analyse und Präzisierung

Bei Betrachtung des geltenden Rechts, das sowohl rechtsgutlose als auch rechtsgutsschützende Ordnungswidrigkeiten enthält, vermag (allerdings nur) im Ausgangspunkt die gemischt qualitativ-quantitative Betrachtung zu überzeugen. Die Formulierungen „sozial-ethisches Unwerturteil“ einerseits, Ungehorsam gegenüber dem Ordnungsrecht der Verwaltung andererseits erscheinen indes vage.⁵¹ Überzeugender ist die Abgrenzung an Rechtsgütern festzumachen: Zwischen Straftaten und rechtsgutlosen Ordnungswidrigkeiten besteht ein wesensmäßiger und somit qualitativer Unterschied, der gerade im Schutz bzw. im fehlenden Schutz eines Rechtsguts liegt. Zwischen rechtsgüterschützenden Ordnungswidrigkeiten und Straftaten wiederum ist lediglich ein quantitativer Unterschied auszumachen.⁵² Dabei gehe ich davon aus, dass

nur solche Straftatbestände legitim bzw. verfassungsgemäß sind, die ein Rechtsgut schützen.

V. Grenzziehungen

Die Ordnungswidrigkeiten liegen – bildlich gesprochen – im Sandwich zwischen Straftaten auf der einen Seite und solchen Verhaltensweisen, um die sich das Recht nicht kümmern sollte, auf der anderen Seite.

1. Die Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit

Wenn sowohl Straftatbestände Rechtsgüter schützen als auch ein Teil der Ordnungswidrigkeiten, ist zunächst die Frage zu beantworten, wo insoweit die Grenze verläuft.

Hier könnte man zunächst daran denken, den Ansatz von *Günther* fruchtbar zu machen: Er geht davon aus, dass die unmittelbare Verletzung (1. Kriterium) eines Individualrechtsguts (2. Kriterium) entweder als Straftat ausgestaltet sein müsse oder sanktionslos bleiben solle.⁵³ Eine Einordnung als Ordnungswidrigkeit komme jedenfalls nicht in Betracht. Dagegen sei im Vorfeld von Individualrechtsgütern ein Schutz durch Ordnungswidrigkeiten denkbar.⁵⁴

Mitsch tendiert in eine ähnliche Richtung, wenn er davon ausgeht, dass beispielsweise die fahrlässige Körperverletzung nicht zu einer Ordnungswidrigkeit herabgestuft werden könne. Die Alternative sei nur eine Entkriminalisierung.⁵⁵

Nach *Kleszczewski* schließlich lassen sich „nicht nur Verletzungen anderer oder deren konkrete Gefährdung materiell als Verbrechen dartun, sondern auch abstrakte Gefährdungen, insofern sie Kräfte entfesseln, die der Täter nicht mehr beherrscht, und die im Einzelfall geeignet sind, unbestimmt viele Menschen zu gefährden oder unmittelbar die freie Existenz eines Einzelnen als Ganze in Frage zu stellen“.⁵⁶ Für Bußgeldtatbestände sei es dagegen typisch, „dass sie die Ahndung eines lediglich generell gefährlichen Verhaltens [...] bezwecken“.⁵⁷

Diese Ansätze deuten einheitlich in die richtige Richtung, indem sie den geschützten Rechtsgütern sowie der Verbindung zwischen Tathandlung und geschütztem Rechtsgut das maßgebliche Gewicht bei der Abgrenzung beimessen. Ich möchte sie wie folgt weiterführen und präzisieren:

Günther hebt zwar im Ergebnis zu Recht auf die Individualrechtsgüter ab,⁵⁸ vernachlässigt aber, Konsequenzen für die Einordnung von Kollektivrechtsgütern zu ziehen, und

Bezugspunkt, der sie auch handhabbar macht. Denn die genaue Bedeutung der Begriffe bleibt mitunter unklar. Besonders deutlich wird dies, wenn in der älteren Literatur die Rede davon ist, dass das Quantitative ins Qualitative umschlagen könne, vgl. *Lange*, JZ 1956, 73 (77); *Welzel*, JZ 1956, 238 (240).

⁵³ *Günther* (Fn. 37), S. 168.

⁵⁴ *Günther* (Fn. 37), S. 168.

⁵⁵ *Mitsch*, in: *Senge* (Fn. 13), Einleitung Rn. 118.

⁵⁶ *Kleszczewski* (Fn. 14), Rn. 37.

⁵⁷ *Kleszczewski* (Fn. 14), Rn. 38.

⁵⁸ *Günther* (Fn. 37), S. 168.

⁴⁶ BVerfGE 27, 18 (29); vgl. auch BVerfGE 22, 49 (79 f.), wo die Rede davon ist, dass nur die Kriminalstrafe mit einem „ethischen Schuldvorwurf“ verbunden sei und ein (autoritatives) „Unwerturteil“ zum Ausdruck bringe.

⁴⁷ BVerfGE 9, 167 (171).

⁴⁸ BVerfGE 45, 272 (289).

⁴⁹ BVerfGE 45, 272 (289).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 27, 18 (30): „Diese Grenzlinie unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten historischen Situation im Einzelnen verbindlich festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers“. Im Weiteren spricht das BVerfG a.a.O. auch ausdrücklich von einem Ermessensspielraum; siehe auch BVerfGE 45, 272 (289).

⁵¹ Krit. zum Begriff der „Ethik“ in diesem Kontext auch *Schoreit*, GA 1967, 225 (227 ff.).

⁵² Durch diese analytische Klarstellung haben die Begriffe „qualitativ“ und „quantitativ“ einen konkreten, eindeutigen

bleibt zudem eine überzeugende⁵⁹ Erklärung für seinen Lösungsvorschlag schuldig. Diese Erklärung liegt darin, dass der Schutz kollektiver Rechtsgüter an bestimmte Mindestbedingungen geknüpft ist, um vom Strafrecht erfasst werden zu können.⁶⁰ Ordnungswidrigkeiten, die sich des Schutzes kollektiver Rechtsgüter annehmen, sind vor diesem Hintergrund nicht denkbar. Anders ausgedrückt: Wir dürfen nur essenzielle Rahmenbedingungen für das Funktionieren von Staat und Gesellschaft schützen. Dann muss dies aber zwangsläufig auch über das Strafrecht erfolgen oder aber man verzichtet auf einen Schutz. Würde man gerade umgekehrt dem Ordnungswidrigkeitenrecht ausschließlich den Schutz überindividueller Rechtsgüter zuweisen,⁶¹ so würde man erstens die Bedeutung des Ordnungswidrigkeitenrechts für individuelle Rechtsgüter verkennen und zweitens offensichtlich die überindividuellen Rechtsgüter zu vage interpretieren. Maßnahmen der institutionellen Gefahren- und Daseinsvorsorge erfüllen ohne weitere Konkretisierungen noch nicht die Voraussetzungen hierfür. Wenn behauptet wird, die typische Ordnungswidrigkeit sei ein lediglich generell gefährliches Fehlverhalten, durch das zwar kein individuelles Gut in den Zustand ungewisser Unversehrtheit versetzt, aber das allgemeine Vertrauen in die Stabilität der staatlich garantierten Ordnung erschüttert werde,⁶² so erinnert dies zwar an ein kollektives Vertrauensrechtsgut. Ein solches verlangt aber nach einem hinreichend bestimmten Vertrauensgegenstand,⁶³ der hier gerade nicht gegeben ist.

Steht die unmittelbare Verletzung eines Individualrechtsguts im Raum, so ist zunächst einmal an den Schutz über das Strafrecht zu denken. Der Ansatz, in dieser Konstellation nicht auch noch den scheinbar goldenen Mittelweg der Ordnungswidrigkeit zu eröffnen, hat in meinen Augen viel für sich. Denn ein solcher scheinbarer Kompromiss würde den dringend notwendigen Druck von der Strafrechtspolitik nehmen, insbesondere im Bereich des ubiquitären Bagatelldelictrechts schlicht über eine Entpönalisierung nachzudenken. Um ein Beispiel zu wählen: Ein Ladendiebstahl oder ein Graffiti beschreiben kein strafwürdiges Verhalten, aber ein solches, bei dem unsere Rechtsordnung möglicherweise nach einem zivilrechtlichen Ausgleich verlangt.

⁵⁹ So führt er zur Begründung insbesondere bestimmte legislatorische Debatten sowie die unzureichenden Verfahrensrechte des unmittelbar Geschädigten im Bußgeldverfahren an, *Günther* (Fn. 37), S. 168 ff. Dagegen kann man freilich einwenden, dass aus den von *Günther* genannten, besonders kontrovers geführten Debatten kaum allgemeingültige Abgrenzungskriterien entwickelt werden können. Gegen das Argument der unzureichenden Mitwirkungsbefugnisse des Opfers im Bußgeldverfahren könnte man anführen, dass dies gerade dem Bagatelldelictcharakter geschuldet ist.

⁶⁰ *Hefendehl* (Fn. 24), passim, insb. S. 237 ff.

⁶¹ In diese Richtung *Mitsch*, in: *Senge* (Fn. 13), Einleitung Rn. 115: „Ordnungswidrigkeitenrecht ist den Verfehlungen vorbehalten, die sich gegen überindividuelle Interessen richten“ (*Hervorhebung* im Original).

⁶² Vgl. *Mitsch*, in: *Senge* (Fn. 13), Einleitung Rn. 117 m.w.N.

⁶³ *Hefendehl* (Fn. 24), S. 255 ff.

Raum für eine Ordnungswidrigkeit bleibt nur in den Fällen einer abstrakten Gefährdung eines individuellen Rechtsguts, wobei uns allerdings sogleich ein prägnantes Gegenbeispiel einfällt, das wir bereits besprochen: die sog. folgenlose Trunkenheitsfahrt. Sie ist sowohl in Deutschland als auch in Chile unter Strafe gestellt. *Kleszczewski* hatte offensichtlich gerade diesen Fall vor Augen, wenn er bei diesen Vorverlagerungen zwischen generell gefährlichen Handlungen einerseits und dem Entfesseln nicht mehr beherrschbarer Kräfte andererseits differenzieren will.⁶⁴

Versuchen wir diese Abgrenzung auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen, indem wir zu schnelles Fahren mit dem Fahren im Zustand der Trunkenheit vergleichen. Risiken für Straßenverkehrsteilnehmer im weiteren Sinne sind in beiden Fällen jeweils hinreichend wissenschaftlich erwiesen, generell gefährliche Handlungen liegen also allemal vor. Aber das Bild einer Entfesselung nicht mehr beherrschbarer Kräfte bringt treffend ein Spezifikum zum Ausdruck, das man bei einem betrunkenen Autofahrer ausmachen kann. Er stellt erstens eine Risikoquelle dar, die er zweitens nur noch in Maßen im Griff hat, weil der Alkoholkonsum sich nicht nur nachteilig auf das Fahren auswirkt, sondern auch die Selbsteinschätzung der Fahrfähigkeit beeinträchtigt. Drittens schließlich hat er diesen Zustand in einem Zeitpunkt davor in aller Regel zumindest fahrlässig manifestiert.

Bei einem zu schnellen Fahren wiederum spielt die Selbstüberschätzung in aller Regel natürlich auch eine bedeutsame Rolle. Aber der Fahrer hat doch zumindest die Chance, wieder zur Vernunft zu kommen und seine Geschwindigkeit den Vorschriften und Verhältnissen anzupassen. Vergleicht man die Einwirkungsmöglichkeiten eines um die Risiken wissenden Beifahrers, so sind diese regelmäßig beim zu schnell Fahren größer als beim Betrunkenen.

Ein letzter, aber nicht zu vernachlässigender Grund, das zu schnelle Fahren nicht unter Strafe zu stellen, liegt in der kaum möglichen hinreichend bestimmten Formulierung eines etwaigen Straftatbestandes. Das schlichte Überschreiten einer Geschwindigkeitsbeschränkung würde den Rechtsgutsbezug kaum herstellen können. Es bliebe nur der wenig befriedigende Ausweg, über die Einstellung zur Geschwindigkeitsüberschreitung die Strafwürdigkeit zu definieren, wie wir es vom reckless driving in den USA her kennen.⁶⁵

⁶⁴ *Kleszczewski* (Fn. 14), Rn. 25 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu exemplarisch die nachfolgende Vorschrift aus dem Bundesstaat New York: New York Vehicle & Traffic Law, § 1212: „Reckless driving shall mean driving or using any motor vehicle, motorcycle or any other vehicle propelled by any power other than muscular power or any appliance or accessory thereof in a manner which unreasonably interferes with the free and proper use of the public highway, or unreasonably endangers users of the public highway. Reckless driving is prohibited. Every person violating this provision shall be guilty of a misdemeanor.“

http://law.justia.com/codes/new-york/2006/vehicle-traffic/vat01212_1212.html (12.9.2016).

2. Die Grenze zwischen rechtsgüterschützenden Ordnungswidrigkeiten und nicht sanktionswürdigem Verhalten

Bei rechtsgüterschützenden Ordnungswidrigkeiten ist nicht lediglich eine Abgrenzung zum Strafrecht vorzunehmen, sondern auch die andere Seite der Medaille in den Blick zu nehmen, die nicht sanktionswürdigen Verhaltensweisen. Denn allein, dass sich – bildlich gesprochen – in sehr weiter Ferne irgendein Rechtsgut ausmachen lässt, reicht als hinreichende Legitimation für einen Ordnungswidrigkeitentatbestand nicht aus.

Als Mindestvoraussetzung ist also zu verlangen, dass die sanktionierte Verhaltensweise das Rechtsgut zumindest abstrakt gefährdet, nach unseren soeben angestellten Überlegungen also jedenfalls eine für das Rechtsgut generell gefährliche Handlung vorliegt. Ein abstrakter Ursachenzusammenhang zwischen Verhaltensweise und potenzieller Rechtsgutsverletzung muss naturwissenschaftlich erwiesen sein.

Nehmen wir noch einmal das Beispiel Alkohol: Das Trinken von Alkohol führt nachweislich ab einer bestimmten Menge zu einer verminderten Reaktionsfähigkeit, was zu einer konkreten Gefährdung oder gar Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer führen kann. Damit lässt sich also ohne Weiteres hierfür die Sanktionierung über ein Bußgeld legitimieren. Das Gegenbeispiel wären bußgeldbewehrte Alkoholverbote, wie sie beispielsweise in meiner Heimatstadt Freiburg praktiziert, aber dann wieder vom Gericht kassiert worden sind.⁶⁶ Denn auch wenn immer wieder das Gegenteil behauptet worden ist: Es gibt keinen empirisch validen Nachweis dafür, dass der Konsum von Alkohol zu einer Begehung von Körperverletzungsdelikten oder anderer Straftaten führt, er ist allenfalls ein sog. Facilitator.⁶⁷ Das aber reicht nicht aus, um einen Ordnungswidrigkeitentatbestand legitimieren zu können.

3. Die Grenze zwischen rechtsgutslosen Ordnungswidrigkeiten und nicht sanktionswürdigem Verhalten

Die Grenze zwischen rechtsgutslosen Ordnungswidrigkeiten und solchen Verhaltensweisen, die als nicht mehr hinnehmbar angesehen werden, ist in meinen Augen noch schwieriger zu bestimmen. Da der Weg von uns als nicht erfolgversprechend angesehen worden ist, alle Ordnungswidrigkeiten ohne hinreichenden Rechtsgutsbezug schlicht zu streichen, scheiden Rechtsgut und Angriffswege auf dieses als nicht zu unterschätzender Fixpunkt aus.

Eine unübersichtliche Vielfalt von rechtsgutslosen Ordnungswidrigkeiten ist die Folge. Ich erinnere noch einmal an das Parkverbot auf Behindertenparkplätzen, aber auch den Tatbestand der Belästigung der Allgemeinheit oder das Zutrittsverbot zum Friedhof zu bestimmten Zeiten.⁶⁸ Unter eine solche Belästigung soll beispielsweise auch das aufdringliche

Betteln fallen.⁶⁹ Selbst das Durchsuchen und Entfernen von zur Abfuhr bereitgestelltem Abfall durch Privatpersonen ist in bestimmten Fällen mit einer Geldbuße bedroht.⁷⁰

Weitere Ordnungswidrigkeiten knüpfen an unterlassene Mitwirkungspflichten von Bürgern für einen ordnungsgemäßen Gesetzesvollzug wie die Anzeige einer Gewerbeaufnahme an.⁷¹ Daneben werden Dokumentationspflichten erfasst, die eine behördliche Überprüfung bzw. Überwachung sicherstellen sollen.⁷²

In dieses Wirrwarr von rechtsgutslosen, aber offensichtlich einer gehörigen Ordnung dienenden Ordnungswidrigkeiten zweifelsfreie Legitimationskriterien einzuziehen, hat noch niemand geschafft. Und auch mir wird es nicht gelingen. Aber es gibt doch hilfreiche Kriterien, die einem bei der Einschätzung der Legitimität eines Ordnungswidrigkeitentatbestandes helfen.

Beim Grundsatz der Subsidiarität handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.⁷³ Er beansprucht auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht Geltung und führt zur Illegitimität aller Bußgeldvorschriften, die wegen der Existenz von Verwaltungsvollstreckungsgesetzen entbehrlich sind. Ordnungswidrigkeiten, die zur Erzwingung von Handlungen und Duldungen erlassen werden, sind also dann unverhältnismäßig, wenn der sofortige Vollzug des Verwaltungsaktes möglich ist.

Insbesondere im Strafrecht hat sich gezeigt, dass die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dann scheitern muss, wenn wir nicht den Fixpunkt des Rechtsguts haben.⁷⁴ Für das Ordnungswidrigkeitenrecht gilt zumindest die Forderung nach einem legitimen, verfassungsmäßigen Zweck der Regelung.⁷⁵ Verbote, die allein moralisierender bzw. ethisierender Art sind, können bereits deshalb nicht bußgeldbewehrt sein, weil sie flüchtig wären und es daher an jeder Bestimmtheit fehlen würde.

Das bereits erwähnte Beispiel des Alkoholverbotes in Innenstädten macht dabei eine weitere Aufgabe explizit, nämlich die Eliminierung von scheinbaren Zwecken, die die Norm nicht tragen. Häufig verbergen sich hinter einer vordergründig sogar Individualrechtsgütern dienenden Verbotsnorm ökonomische Interessen, die in einem sozialen Rechtsstaat mit Argwohn betrachtet werden sollten.⁷⁶ Denn es ist stets im Hinterkopf zu behalten, dass diese Interessen über den Eingriff in Freiheitsrechte der Person bedient werden

⁶⁹ Vgl. dazu – im konkreten Fall in Bezug auf ein „stilles“ Betteln allerdings verneinend – VGH Mannheim NVwZ 1999, 560 (561).

⁷⁰ Vgl. § 28 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 11 LAbfG BW.

⁷¹ Etwa § 145 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 55c GewO.

⁷² Z.B. § 21 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. § 17 Abs. 1 S. 1 und S. 2 MiLoG.

⁷³ Roxin (Fn. 43), § 2 Rn. 98.

⁷⁴ Aus diesem Grunde bleibt auch die die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Inzesturteil des BVerfG (BVerfGE 120, 224 [240 ff.]) ohne plausiblen Anknüpfungspunkt.

⁷⁵ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 13), Art. 20 VII. Rn. 111 m.w.N.

⁷⁶ Vertiefend dazu Hefendehl (Fn. 67), S. 79.

⁶⁶ Siehe bereits Fn. 23.

⁶⁷ Dazu Hefendehl, in: Neubacher/Kubink (Hrsg.), Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug, Gedächtnisschrift für Michael Walter, 2014, S. 69 (73 f.) m.w.N.

⁶⁸ Siehe dazu bereits oben III. 2.

sollen. Ordnungswidrigkeitentatbestände sind also nicht dafür da, durch Alkohol- und Bettelverbote für eine ökonomisch wertvolle Belegung der Innenstädte oder über Radarfallen für Geld im Haushalt zu sorgen.

Schließlich ist auf ein konsistentes System in dem Sinne zu achten, dass nicht willkürlich zwischen nicht zu beanstandendem Verhalten, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten hin- und hergesprungen wird.

Resümierend spiegelt sich nicht nur im Strafrecht, sondern auch im System des Ordnungswidrigkeitenrechts der Zustand eines Staates und seiner Gesellschaft wider. Eine staatliche Drangsalierung im Kleinen kann mit entsprechenden Fantasien der Gesellschaftsmitglieder nach einer herzustellenden Ordnung in ihrem Bereich eine unheilvolle Allianz eingehen. Der Leidtragende wäre jeweils der andere, in aller Regel der Schwache.

VI. Wirtschaftsstrafrecht

Beim abschließenden Blick auf das Wirtschaftsstrafrecht im weiteren Sinne werden wir uns wieder schwerpunktmäßig mit der Grenze zum Strafrecht befassen.

Dass das Ordnungswidrigkeitenrecht im Wirtschaftsstrafrecht eine wichtige Bedeutung spielt, zeigt bereits die historische Entwicklung: Ordnungswidrigkeitentatbestände im eigentlichen Sinne wurden erstmals durch das Wirtschaftsstrafgesetz von 1949 eingeführt.⁷⁷

Heute kennt das deutsche Wirtschaftsstrafrecht sehr viele Ordnungswidrigkeiten mit teilweise extrem hohen Bußgeldandrohungen, wobei vergleichbare Rechtsgebiete in ungenauer Rollenverteilung teilweise über Ordnungswidrigkeiten, teilweise aber auch über Straftaten abgedeckt wurden.

Die Kartellordnungswidrigkeiten des § 81 GWB sind bereits erwähnt worden, deren Bußgeldrahmen 1980 stark erhöht worden war.⁷⁸ Gravierende Wettbewerbsverstöße seien keine „Kavaliersdelikte“, sondern eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung.⁷⁹ In § 298 StGB wiederum ist eine weitere Kartellform, die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Ausschreibungen, unter Strafe gestellt.

Eine hohe Geldbuße enthält mittlerweile auch § 20 UWG im Zusammenhang mit der Telefonwerbung ohne Einwilligung.⁸⁰ § 16 UWG hingegen pönalisiert nach wie vor die sog.

irreführende Werbung, die als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist. Sofern angeführt wird, dass sich das Verhalten bei § 16 Abs. 1 UWG deswegen als strafbedürftig erweise, weil es die Dispositionsfreiheit des Verbrauchers und das Vermögen der Mitbewerber durch Erlangung unlauterer Wettbewerbsvorteile gefährde,⁸¹ würde dies wohl in gleicher Weise für eine unzulässige Telefonwerbung gelten, die womöglich durch gezielt geschultes Personal durchgeführt wird und mitunter eine gewisse Überrumpelungssituation beim Verbraucher ausnutzt.

Als drittes Beispiel nenne ich den Kursbetrug. Er war früher eine Straftat (§ 88 BörsG a.F.) und ist heute im Wertpapierhandelsgesetz teilweise als Ordnungswidrigkeit und teilweise als Straftat geregelt (§§ 38, 39 WpHG). Den Unterschied soll ausmachen, dass sich die Manipulation tatsächlich nachweisbar auf den Preis eines Vermögenswertes auswirkt hat.⁸²

Wenn wir nicht – wie die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur – pauschal auf ein Ermessen des Gesetzgebers verweisen wollen,⁸³ dann müssen wir noch einmal versuchen, die ermittelten Grundsätze der Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zur Anwendung zu bringen.

An erster Stelle steht einmal mehr die Argumentation über das geschützte Rechtsgut. Im Wirtschaftsstrafrecht ist dabei besonders darauf zu achten, ob es sich um legitime kollektive Rechtsgüter handelt oder es um den Schutz individueller Rechtsgüter wie das Vermögen geht.

Über diese Überlegung gelangen wir bei § 16 UWG zu dem Ergebnis, dass nicht etwa der Wettbewerb bzw. die Wirtschaftsordnung die in Frage stehenden kollektiven Rechtsgüter sind, sondern das Vermögen geschützt wird.⁸⁴ Es handelt sich also um einen Vorfeldtatbestand zum Betrug. Hier scheinen mir auch wegen des Subsidiaritätsprinzips gute Argumente für eine Entpönalisierung zu bestehen, ohne dass es des Einsatzes des Ordnungswidrigkeitenrechts bedarf.

Das Beispiel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zeigt, dass einerseits Konsistenzergwägungen eine wichtige Rolle spielen, andererseits aber das kollektive Rechtsgut kein Platzhalter für beliebige Ermessenserwägungen sein darf. Wir haben oben sogar die These vertreten, dass man beim kollektiven Rechtsgut gerade keinen Mittelweg des

⁷⁷ Mitsch (Fn. 14), § 4 Rn. 3.

⁷⁸ Freilich damals noch bezogen auf § 38 GWB a.F.

⁷⁹ Die – eigentlich die Charakterisierung als Ordnungswidrigkeit in Frage stellende – Begründung hatte folgenden Wortlaut: „Mit der Erweiterung des Bußgeldrahmens wird der Auffassung der Bundesregierung Ausdruck verliehen, dass gravierende Wettbewerbsverstöße keine ‚Kavaliersdelikte‘ sind, sondern eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung darstellen, die im Interesse der Allgemeinheit wirksamen Sanktionen unterworfen werden müssen.“ BT-Drs. 8/2136, S. 27; vgl. dazu auch Achenbach, GA 2008, 1 (12 f.).

⁸⁰ § 20 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UWG. Die maximale Bußgeldhöhe wurde durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken v. 1.10.2013 von € 50.000,- auf € 300.000,- erhöht, BGBl. I 2013, S. 3714 (3717).

⁸¹ Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 208. Lfg., Stand: Mai 2016, § 16 UWG Rn. 7 m.w.N.

⁸² Vgl. Poelzig, NZG 2016, 528 (537); ausführlich dazu – allerdings noch zur Rechtslage vor dem 1. FiMaNoG v. 30.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1514 – Achenbach, GA 2008, 1 (13 f.).

⁸³ So aber grds. BVerfGE 27, 18 (30); BVerfGE 45, 272 (289); Mitsch (Fn. 14), § 3 Rn. 13 m.w.N.

⁸⁴ Hernández, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung – § 4 UWG, 1999, S. 46 ff. (bezogen auf § 4 UWG a.F.); in diesem Sinne auch BGHSt 52, 227 (237): Schutzzweck sei „in erster Linie“ der Schutz von Verbrauchern, die vor einem vermögensschädigendem Mitteleinsatz bewahrt werden sollen; vgl. auch Vergho, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, 2009, S. 164 ff.

Ordnungswidrigkeitenrechts wählen sollte. Wenn wir das kollektive Rechtsgut des Vertrauens in den freien Wettbewerb anerkennen, dann ist der Weg des Strafrechts der richtige. Die Lösung teilweise über das Ordnungswidrigkeitenrecht (GWB) und teilweise über das Strafrecht (§ 298 StGB) überzeugt nicht.

Auch unser drittes Beispiel der verbotenen Marktmanipulation liegt im Spannungsfeld von individuellem und kollektivem Rechtsgüterschutz. Wir können das Vermögen der Anleger bzw. Marktteilnehmer als geschützt ansehen oder aber das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes. Hier erscheint zweifelhaft, ob der Umstand der eher zufälligen Nachweisbarkeit einer erfolgreichen Preismanipulation ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen dem Ordnungswidrigkeitenrecht und dem Strafrecht sein kann.

VII. Resümee

Es war zu erwarten: Die Abgrenzung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ist ein schwieriges Unterfangen. Zudem sind gleich zwei Grenzen der Ordnungswidrigkeiten zu definieren, zum Strafrecht auf der einen Seite und zum nicht sanktionswürdigen Verhalten auf der anderen Seite. Und doch ist das Ordnungswidrigkeitenrecht notwendig, um strafrechtlich eine Mindestordnung zu stabilisieren. Zwei große „Aber“ sind zum Abschluss noch einmal zu betonen: Erstens darf es nur um eine hier so bezeichnete Mindestordnung gehen, nicht um eine bedrohliche staatliche Überregulierung. Und zweitens darf die Möglichkeit einer Ordnungswidrigkeit nicht dazu verführen, eine Straftat lediglich zurückzustufen, wenn die einzig richtige Alternative wäre, das Verhalten vollkommen sanktionslos zu stellen.