

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Hüter des Rechtsstaats

– Zur Rolle der Strafverfolgungsbehörden im liberalen Staat

Prof. Dr. Bijan Nowrousijan, Münster*

I. Einleitung

Im Jahr 2017 beschloss der Strafverteidigertag eine so bezeichnete „Bremer Erklärung“. In dieser wandte er sich gegen einen angeblichen „Schrei nach Strafe“ und stellte diverse rechtspolitische Forderungen auf, die sich gegen mehr Kompetenzen für die Strafverfolgungsbehörden sowie gegen höhere bzw. hohe Strafen richteten. Diesen Forderungskatalog etikettierte man dabei als „Erklärung für eine liberale Strafrechtspolitik“.¹

Diese Bremer Erklärung mag im Folgenden wenig wirkmächtig geblieben sein. Doch die dort artikulierte Lesart davon, was „liberal“ und was ein „liberaler Rechtsstaat“ im Bereich des Strafrechts sei, ist vielfach anzutreffen, ausgesprochen wirkmächtig und in Rechtswissenschaften und Politik in Deutschland sehr stark vertreten, wenn nicht gar herrschend.

„Liberal“ ist nach dieser Lesart ein Staat mit so wenig Staatsinterventionen wie möglich, auch und gerade im Bereich der Strafverfolgungsbehörden und der Strafjustiz. „Liberal“ bedeutet danach so wenig Kompetenzen für den strafverfolgenden Staat wie möglich, so wenig Strafverfolgung wie möglich sowie so wenig Sanktionen wie möglich.

Dahinter steht eine bestimmte Überzeugung zum Verhältnis von Sicherheit und Freiheit: Sicherheit ist danach der Gegenpol von Freiheit. Gegner einer effektiven Strafverfolgung sind „Kämpfer für Bürgerrechte“, nicht etwa nur für Beschuldigtenrechte. Strafprozessrecht dient alleine dem Zweck, den Beschuldigten zu schützen. Und die Strafverfolgungsbehörden werden tendenziell zu Feinden der Freiheit. Weniger Kompetenzen für die Strafverfolgungsbehörden bedeutet bei dieser Sichtweise mehr Freiheit. Und mehr Kompetenzen für die Strafverfolgungsbehörden bedeutet weniger Freiheit.

Eine solche Lesart hat dabei ganz praktische Bedeutung zunächst für die Rechtspolitik: Welche Kompetenzen sollen die Strafverfolgungsbehörden haben? Wer auf die beschriebene Art auf die Strafverfolgungsbehörden schaut, bei dem wird in jeder Debatte um deren Kompetenzen ein grundsätzliches Misstrauen gegen sie mitschwingen, etwa bei der Vorratsdatenspeicherung, die so zum „großen Dammbreach“ aufgebauscht wurde.

Bedeutung hat diese Lesart aber auch für die Verfolgungspraxis: Was soll überhaupt verfolgt und geahndet werden? Welche Sanktionen sollen verhängt werden? Auch hier: Wer dem strafenden Staat misstraut, wird ihn im Zweifel nicht strafen lassen wollen.

Und Bedeutung hat diese Lesart für den Blick auf die Strafverfolgungsbehörden in Medien, Politik und Gesellschaft – etwa auf die Polizei, die immer mehr zum Hassobjekt meist linker Journalisten und Politiker wird und als genuin freiheitsfeindlich betrachtet wird.

Aber ist das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit, die Rolle und Funktion der Strafverfolgungsbehörden so richtig beschrieben? Ist sie gerade im liberalen Rechtsstaat richtig beschrieben? Was wären die Konsequenzen und vor allem die Gefahren einer falschen Justierung, einer unrichtigen Gegenüberstellung von Freiheit und Sicherheit und einer unrichtigen Verortung der Strafverfolgungsbehörden gerade für den liberalen Rechtsstaat? Gerade auch in den unruhigen Zeiten, in die hinein wir uns ja leider bewegen? Wie ist also das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im liberalen Staat? Welche rechtspraktischen und rechtspolitischen Folgerungen sind daraus zu ziehen? Darum soll es in diesem Beitrag gehen.

II. Das Konzept „Rechtsstaat“ in der Philosophie der Aufklärung

Will man Grundsätzliches zum Verständnis des liberalen Staates wissen, muss man etwa 300 Jahre zurück. Denn der liberale Rechtsstaat in seiner heutigen Form ist ein Produkt der Aufklärung im 17. und 18. Jahrhundert. In dieser Phase ist der liberale Rechtsstaat so, wie wir ihn heute verstehen, entstanden. Er geht er dabei zwar auf ältere Vorläufer zurück, etwa die Stadtstaaten der griechischen Antike. Aber

* Der Autor ist Professor für Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW/ Studienort Münster. Der Beitrag beruht auf einem Festvortrag, den der Autor auf der Festveranstaltung des Deutschen Anwaltsvereins e.V. (DAAV) anlässlich des Amtsanwaltstages am 16. September 2022 in Düsseldorf gehalten hat.

¹ Vgl. „Der Schrei nach Strafe“, 41. Strafverteidigertag, 26. März 2017, <http://strafverteidigervereinigungen.de/Strafverteidigertage/strafverteidigertag2017.html> (zuletzt abgerufen am 27. Dezember 2023).

erst in der Aufklärung entstand das, was wir heute unter dem Begriff verstehen. Auch der liberale Staat hat eine Art Vater: den englischen Philosophen John Locke, der in bestem britischem Understatement sein zentrales Buch zum neuen Staatsverständnis schlicht „Zweite Abhandlung über die Regierung“ nannte – und damit ein Werk schuf, das zu den einflussreichsten Büchern der letzten 300 Jahre zählt.

Die Grundfrage lautet dabei: Was ist die richtige Staatsform? Was sind richtig verstanden Wesen und Charakter des Staates? Ausgangspunkt ist die Annahme eines sogenannten Naturzustandes, also eines Zustandes vor aller Staatlichkeit, um zu klären, warum der Staat überhaupt entstanden ist. Der Hintergrund dieser auf den ersten Blick eher seltsamen Herangehensweise ist, dass Herrschaft und Staat bis zur Aufklärung meist religiös begründet wurden. Die Aufklärung war eine Phase der Säkularisierung, in der man religiöse Begründungen verwarf und nach rein innerweltlichen Antworten Ausschau hielt. Daher die Wahl des Naturzustands als Ausgangspunkt (wenn auch nur als gedankliches Konstrukt).

Im Naturzustand gab es nun keinen Staat, aber nach John Locke gab es dort bereits etwas anderes: Es gab Rechte! Bereits im Naturzustand hatten die Menschen nämlich das Recht auf Leben, Freiheit und Eigentum. Bereits hiermit legt John Locke einen Grundstein für das moderne Rechtsstaatsverständnis: Grundrechte sind danach älter als die staatliche Ordnung und gehen ihr vor. Der Staat begründet Grundrechte nicht; sie sind vielmehr von Natur gegeben und dem Staat vorgeordnet, der sie lediglich zu respektieren hat.

Diese Grundrechte gelten dabei im Naturzustand uneingeschränkt. Eigentlich ist der Naturzustand daher auf den ersten Blick gar nicht so schlecht.

Aber die genannten Rechte sind nicht nur uneingeschränkt, sie sind auch unverteidigt! Folge davon ist, dass man diese Rechte de facto nicht genießen kann. Man kann eben nicht die Polizei rufen, wenn Dritte einem die Rechte streitig machen und widerrechtlich in sie eingreifen. Denn Polizei und Staat gibt es ja (noch) nicht.

Deshalb – und nur deshalb! – gründen die Menschen eine Institution, deren Aufgabe es ist, die genannten Rechte gegen Dritte zu schützen. Die Institution mit dieser alleinigen Aufgabe ist der Staat. Der Staat ist also (mit dem deutschen Aufklärungsphilosophen *von Schmalz*) ein „Sicherheitsbund“.² Ziel des Staates ist es allein, Leib, Freiheit und Eigentum gegen Dritte zu schützen.

Damit der Staat diese Aufgabe erfüllen kann, ist es freilich unumgänglich, die an sich uneingeschränkten Rechte seiner Bürger teilweise auf diesen zu übertragen. Denn nur dann ist der Staat überhaupt arbeitsfähig. Es gibt keine Gefahrenabwehr und keine Strafverfolgung ohne Eingriffe in Grundrechte. Ohne Durchsuchung, ohne Telekommunikationsüberwachung, ohne Untersuchungshaft gibt es im Zweifel auch kein wirksames Ermitteln.

Der Zweck des Staates ist also der Schutz der Grundrechte vor Eingriffen Dritter. Der Weg dahin besteht darin, ein gewisses Maß an Rechten und damit an Macht von den Einzelnen auf den Staat zu übertragen.

Dadurch entsteht freilich ein neues Problem: Der Staat kann jetzt selbst zum Rechtsbrecher werden! Diese Gefahr besteht vor allen Dingen deshalb, weil der Staat seine Aufgabe nur erfüllen kann, wenn er mehr Macht hat als die Individuen.

Nur dann kann er diese wirksam vom Rechtsbruch abhalten.

Um zu verhindern, dass der Staat diese Macht falsch nutzt und selber zum größten aller Rechtsbrecher wird, bedarf es Abwehrrechte gegen den Staat, wenn dieser seine Macht missbraucht.

Diese Abwehrrechte gibt es dabei auf zwei Arten: Es gibt sie konstitutionell, etwa im Recht zur Abwahl der Regierung oder in der Gewaltenteilung. Und es gibt sie individuell als subjektive Rechte, nämlich in Form der Grundrechte als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat.

Der Zweck dieser Abwehrrechte ist bei alledem nicht die Erlangung von Legitimation. Diese erlangt der Staat alleine durch den Schutz der Rechte gegen Dritte. Der Zweck der Abwehrrechte besteht allein darin, einen Verlust der staatlichen Legitimation durch Machtmissbrauch zu verhindern.

Leben, Freiheit und Eigentum sind demnach als Menschenrechte vor jeder Staatlichkeit vorhanden. Der Staat hat sie zu achten und zu schützen. Dieser Schutz von Leben, Freiheit und Eigentum durch den Staat erfolgt nach *Locke* auf zwei Ebenen:

Die erste Ebene ist der Schutz der genannten Rechte gegen Dritte. Dies ist die Ebene der Erlangung von Legitimation durch den Staat und der eigentliche Staatszweck. Erst die zweite Ebene ist der Schutz des Staates vor sich selber. Diese Ebene dient nicht der Erlangung von Legitimation, sondern dazu, einen Verlust der Legitimation durch Machtmissbrauch zu verhindern.

Die von *John Locke* erstmals entwickelte Grundidee des Staates als „Sicherheitsbund“ ist in Deutschland im 18. Jahrhundert übernommen worden und in der gesamten deutschen Aufklärung erhalten geblieben.³

III. Freiheit, Grenzen, Regeln

Das Geschilderte enthält zugleich eine Grunderkenntnis für das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit. Denn der Schutz von Freiheit und Sicherheit erfolgt sowohl auf der geschilderten ersten Ebene bei der Verteidigung der Freiheit und Schaffung von Sicherheit gegen Dritte, als auch auf zweiten Ebene bei der Verteidigung der Freiheit und Schaffung von Sicherheit gegen den Staat.

Dahinter steht die Erkenntnis, dass Freiheit und Sicherheit keine Gegensätze sind. Mit dem schon genannten *von Schmalz* ist vielmehr zu sagen: „Die Sicherheit unsrer Rechte ist aber die Freyheit, und die Freyheit ist nichts anders als die Sicherheit, die Unverletztheit unsrer Rechte.“⁴ Und *von Humboldt* fasst es so zusammen: „Ohne Sicherheit vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden, noch die Früchte derselben zu genießen; denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.“⁵

Ohne Sicherheit ist mithin keine Freiheit. Ohne Regeln ist keine Freiheit. Ohne Grenzen ist keine Freiheit.

² Von Schmalz, Das natürliche Staatsrecht, 1804, in: Theodor von Schmalz, Das Recht der Natur, Neudruck, Aalen 1969, § 41.

³ Vgl. zur Entwicklung der Staatsphilosophie in der englischen und deutschen Aufklärung: *Nowrousijan*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren, 2015, S. 149 ff. m. w. N.

⁴ *Von Schmalz* (Fn. 2), § 2.

⁵ *Von Humboldt*, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates, 1792, Neudruck 1946, S. 66.

Mit dem englischen Rechtsphilosophen *Hayek* gilt vielmehr: Wir verdanken unsere Freiheit den Grenzen der Freiheit.⁶ Und so versteht die gesamte Aufklärungsphilosophie (mit einer Formulierung *Hofmanns*) Freiheit als ein System Freiheit sichernder Freiheitsschranken.⁷

Freiheit wird also durch Sicherheit verwirklicht, nicht gegen sie. Freiheit ist die Sicherheit von Freiheitsrechten.

Natürlich können Freiheit und Sicherheit sich dabei „*beißten*“. Die konkrete Ausgestaltung von Befugnissen und Rechten kann durchaus schwierig sein. Aber dies ist ein Verwirklichungsproblem, kein grundsätzlicher Gegensatz! Es steht nicht die Sicherheit auf der einen Seite und die Freiheit auf der anderen, sondern Freiheit steht auf beiden Seiten (als Freiheit sowohl des Beschuldigten, als auch des Opfers!). Gewisse Spannungen zwischen Freiheit und Sicherheit kann es also geben. Ein prinzipieller Gegensatz besteht aber gerade nicht.

IV. Verengung des Blicks in der Bundesrepublik Deutschland

Das genannte Verständnis von Freiheit und Sicherheit ist in der deutschen Strafrechtswissenschaft auch nach Ende der Aufklärung bis weit ins 19. Jahrhundert hinein erhalten geblieben. Im 20. Jahrhundert etablierte sich nach lange instabilen Zeiten mit dem Nationalsozialismus nicht nur eine der entsetzlichsten Diktaturen der Weltgeschichte, sondern eine solche, die in der Praxis und nach ihrem Selbstverständnis dezidiert antiliberal war. Erst mit der Neugründung eines Rechtsstaats in der Bundesrepublik Deutschland 1949 stellte sich die Frage nach dem Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im liberalen Staat wieder.

In der Geschichte der Bundesrepublik verengte sich der Blick: Liberalität und Rechtsstaatlichkeit sah man in dem geschilderten aufklärerischen Konzept nur noch auf der zweiten Ebene. Die zentrale Bedeutung der ersten Ebene für den liberalen Rechtsstaat ging in der Betrachtung aus zwei Gründen verloren.

Nach den Verbrechen des Nationalsozialismus war die gesamte Staats- und Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland erstens – verständlicherweise! – auf die Verhinderung des Staats als Rechtsbrecher ausgerichtet. Das „*Monster Staat*“ in Ketten zu legen, war das Gebot der Stunde. So sehr dies nachvollziehbar war und ist, so war und ist dies für die Staatsarchitektur gleichwohl gefährlich: Denn ein Staat in Ketten kann nicht mehr schaden. Aber nützen kann er eben auch nicht mehr.⁸

Der zweite Grund für die geschilderte Fehlentwicklung war ein meist von der politischen „*Linken*“ stammendes Staatsmisstrauen, eine „*Obrigkeitsallergie*“ und eine „*Staatsabwehrdoktrin*“,⁹ die irrig annahm, Freiheit und Sicherheit seien Gegensätze, und deshalb den Rechtsstaat nur noch auf der zweiten Ebene verortet sah und die erste Ebene nicht mehr als rechtsstaatliche Aufgabe erkannte.

V. Effektive Strafverfolgung als Wesen des Rechtsstaats

Ein effektiver Schutz der Grundrechte, ein effektiver Schutz von Freiheit ist aber nur gegen Dritte und gegen staatlichen Machtmissbrauch möglich. Die primäre Aufgabe ist dabei

der Schutz gegen Dritte, die sekundäre der Schutz gegen Machtmissbrauch.

Effektive Strafverfolgung ist für den Schutz gegen Dritte essenziell. Effektive Strafverfolgung ist daher unmittelbar auf den primären Zweck des Rechtsstaates bezogen. Effektive Strafverfolgung ist mithin ein Markenkern des Rechtsstaats.

Es gilt für effektive Ermittlungen und Ermittlungsverfahren durch Polizei und Staatsanwaltschaft. Diese müssen rechtlich möglich sein. Die Strafverfolgungsbehörden müssen personell und sachlich so ausgestattet sein, dass effektive Ermittlungen auch tatsächlich durchführbar sind.

Und es gilt für wirksame, tat- und schuldangemessene Strafen. Denn auch tat- und schuldangemessene Strafen sind für den Schutz der Rechte gegen Dritte essenziell und gehören auch zum Markenkern des Rechtsstaats.

Rechtsbrecher gewähren zu lassen, ist nicht rechtsstaatlich, sondern illiberal. Rechtsbrecher gewähren zu lassen, offenbart ein fundamentales Missverständnis von Rechtsstaat. Rechtsstaatlich ist vielmehr, dem Rechtsbrecher in den Arm zu fallen und ihn vom weiteren Rechtsbruch wirksam abzuhalten. Rechtsstaatlich ist: den Staat rechtlich und faktisch so aufzustellen, dass er dies auch kann.

VI. Rechtsstaat und Verhältnismäßigkeit

Teil des Rechtsstaats ist bei alledem auch die Verhältnismäßigkeit. Denn mehr als das Nötige an Strafverfolgung bedarf es zur Aufgabenerfüllung nicht.

Wo Milde ausreicht, ist es rechtsstaatlich geboten, sie auch walten zu lassen. Nicht jede Tat muss überhaupt geahndet werden (etwa dann nicht, wenn der Rechtsfrieden durch Versöhnung schon wiederhergestellt ist). Nicht jede Strafe muss hart oder gar drakonisch sein (etwa nicht bei echter Reue). Zu Recht sehen die Strafprozessordnung und das Strafgesetzbuch Opportunitätseinstellungen und abgestufte Sanktionen vor. Mit dem eingangs Gesagten ist daher also nicht gemeint: Viel hilft viel. In der Justiz wie in der Medizin gilt vielmehr: Auf die Dosis kommt es an! Wo ausreichend, da kann diese Dosis niedrig sein. Aber wo nötig, muss sie eben hoch sein!

„Eine liberale Strafrechtspolitik ist die eines nach Recht und Gesetz agierenden und zugleich starken Staates – oder in einer Formulierung: eines starken Rechtsstaates. Eine liberale Strafrechtspolitik ist also eine solche, in der der Beschuldigte ein faires Verfahren erhält, in dem aber Polizei und Justiz die Instrumente haben, die sie brauchen, um den Rechtsbruch aufzuklären und diesen dann so zu ahnden, dass der Rechtsbrecher abgeschreckt und der gesetzestreue Bürger geschützt und in seinem Vertrauen auf den Staat gestärkt wird. Wo nötig, muss der Rechtsstaat die Einhaltung von Grenzen also mit der erforderlichen Härte erzwingen. Rechtsstaatlichkeit schließt dabei natürlich Folter und Willkürmaßnahmen jedweder Art aus. Keineswegs aber ist Rechtsstaat ein Synonym für Milde, im Gegenteil! Nachsicht und Milde gegenüber dem notorischen Rechtsbrecher ist für

⁶ Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, in: Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Band 4, 2003, S. 471.

⁷ Vgl. Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Auflage 2011, S. 71.

⁸ Vgl. Nowrousijan (Fn. 3), S. 165.

⁹ *Iensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 1, 31.

den liberalen Staat nicht weniger als eine komplette Zweckverfehlung. „Law and order“, Recht und Ordnung – das ist im beschriebenen Sinne liberal.¹⁰

VII. Die Rolle von Verteidigern und der Justiz

Strafverteidiger sehen sich selbst gerne als Hüter des Rechtsstaats. Doch dies sind sie nicht, und dies können sie auch nicht sein. Strafverteidiger stehen nur auf der Seite des Beschuldigten. Sie schützen nur dessen Rechte. Und damit stehen sie nur auf der zweiten Legitimationsebene, nicht aber auf der ersten. Sie vertreten nur eine Seite dessen, was den Rechtsstaat ausmacht, nicht beide!

Natürlich haben sie damit eine auf den Rechtsstaat bezogene unerlässliche Aufgabe. Effektive Verteidigung ist ein ebenso wichtiges Element eines funktionierenden Rechtsstaats wie effektive Strafverfolgung.

Verteidiger sind damit aber keine Hüter des Rechtsstaats, sondern nur Hüter der Abwehrrechte gegen den Staat auf der zweiten Ebene – und damit nicht weniger, aber eben auch nicht mehr als die Hüter von Beschuldigtenrechten.

Hüter des Rechtsstaats ist alleine die Justiz. Denn nur sie vertritt – richtig verstanden – beide Ebenen. Nur die Justiz schaut auf Täter, Opfer und die Gesellschaft. Nur die Justiz schaut auf die Freiheit von Tätern, Verdächtigen und von Geschädigten. Dies gilt für die Staats- und Anwaltschaften genauso wie für die Strafgerichte. Sie alle sind die Hüter des Rechtsstaats. Sie alleine sind es.

VIII. Die Staatsfunktion „Sicherheit“ und die Akzeptanz des Staates

Wir erleben in diesen Jahren eine Erosion des Vertrauens in staatliche Akteure: Nur noch weniger als ein Drittel hält nach einer neuen Umfrage des Deutschen Beamtenbunds (DBB) den Staat überhaupt noch für handlungsfähig.¹¹ Der Arbeit der Justiz insgesamt geben die Befragten in einer weiteren, aktuellen Umfrage des DBB nur noch die Note „befriedigend“.¹²

Für diese Entwicklung gibt es sehr viele Gründe, und nicht wenige davon sind genuin politisch und teils tagesaktuell. Ein oft genannter Grund betrifft allerdings die Strafverfolgungsbehörden und die Strafjustiz: wegen einer als zu milde empfundene Verfolgung und Bestrafung. Ein solches Empfinden zeigt sich in entsprechenden Umfragen schon lange. Bereits in einer Umfrage aus dem Jahre 2010 etwa waren 82 % der Befragten der Meinung, die in Deutschland verhängten Strafen seien zu gering.¹³

Nun ist das Verhältnis von Straferwartungen der Bevölkerung und der Strafjustiz und ihrer Spruchpraxis schwierig. Die Justiz orientiert sich bei ihrer Spruchpraxis an vielen Kriterien – und immer zumindest an dem Ziel einer objektiven Richtigkeit. Straferwartungen in der Bevölkerung tun dies nicht unbedingt. Strafbehörden in der Bevölkerung können daher in Teilen mit der Folge überzogen sein, dass die Justiz ihnen weder entsprechen kann noch auch nur sollte. Einem laienhaften Strafbehörden liegt aber in Teilen ein richtiges Verständnis vom Rechtsstaat als „Sicherheitsbund“ zugrunde – ja manchmal sogar ein besseres Verständnis als bei dem ein oder anderen Justizjuristen.

Strafbehörden können daher durchaus überzogen sein; sie können aber auch ein richtiges, ein gerade zutreffendes Ver-

ständnis der Idee des liberalen Staates darstellen. Werden in diesem Sinne berechnete Strafbehörden auf Dauer und über längere Zeit ignoriert, hat dies dramatische Folgen. Es kann zum Verlust des Gefühls führen, vom Staat überhaupt geschützt zu sein. Es kann zum Verlust des Gefühls führen, dass der Staat einen überhaupt beschützen möchte. Und es kann schließlich zum Verlust des Vertrauens in den Rechtsstaat insgesamt führen.

Denn eine jahrzehntelange Judikatur gegen das breite Rechtsempfinden zerstört am Ende das Vertrauen in den Rechtsstaat selbst. „Denn wenn von den herrschenden Eliten den Menschen gesagt wird, ein ‚liberaler‘ Staat sei ein schwacher Staat, der sie weder schützen wolle noch könne, muss sich niemand wundern, wenn die Bürger irgendwann anfangen, politikverdrossen zu werden und ihr politisches Heil anderswo zu suchen.“¹⁴

Eine gewisse Grundspannung zwischen Rechtsstaat und Rechtsempfinden ist bei alledem nicht auflösbar. Aber ignorieren sollte man Strafbehörden auf keinen Fall. Denn ein Strafbehörden hat selbst da, wo es manchmal überzogen ist, meist den wahren Kern, dass der Schutz von Rechten gegen Dritte ohne eine gewisse Härte nicht zu leisten ist und der Rechtsstaat seine primäre rechtsstaatliche Funktion und damit seine Legitimation verliert, wenn er die Rechte der Menschen nicht wirksam gegen Dritte schützt.

IX. Strafverfolgung und gesellschaftlicher Zusammenhalt

Der liberale Staat ist ein starker Staat und leistet als solcher einen wichtigen Beitrag zum Erhalt von Vertrauen in staatliche Institutionen. Aber:

„Polizei und Justiz können Straftaten aufklären und ahnden. Die Sicherheitsbehörden können ferner versuchen, Gefahren rechtzeitig zu erkennen und die öffentliche Sicherheit zu erhalten. Aber eines können Sicherheitsbehörden und Justiz nicht: eine immer fragmentiertere Gesellschaft vor dem Zerfall bewahren.“¹⁵

Dass der liberale Staat einen gewissen gesellschaftlichen Zusammenhalt nicht nur nicht schaffen kann, sondern vielmehr für sein eigenes Funktionieren voraussetzt, hat der Staatsrechtler Böckenförde in seinem Böckenförde-Diktum formuliert:

„Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das

¹⁰ Nowrousijan, Liberalismus, Aufklärung und Kritik, 4/2019, S. 63.

¹¹ Vgl. Umfrage/ Zwei Drittel halten Staat für überfordert, ZEIT, 1. September 2022, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2022-09/vertrauen-staat-tiefstand-deutscher-beamtenbund> (zuletzt abgerufen am 27. Dezember 2023).

¹² Vgl. Justiz schneidet in dbb-Umfrage so schlecht ab wie noch nie, 1. September 2022, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/justiz-schneidet-in-dbb-umfrage-so-schlecht-ab-wie-noch-nie> (zuletzt abgerufen am 27. Dezember 2023).

¹³ Vgl. Nowrousijan, Aus der Praxis, Archiv für Kriminologie, Band 232, 2013, S. 130 m. w. N.

¹⁴ Nowrousijan (Fn. 10), S. 65.

¹⁵ Nowrousijan, Neue Risiken für den Rechtsstaat, Die Kriminalpolizei 2016, <https://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2016/juni/detailansicht-juni/artikel/neue-risiken-fuer-den-rechtsstaat-anmerkungen-zum-stand-der-inneren-sicherheit-in-deutschland.html> (zuletzt abgerufen am 27. Dezember 2023).

große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat.“¹⁶

Ein gewisses Maß an Akzeptanz und an gesellschaftlicher Kohärenz sind notwendige Voraussetzungen für den Rechtsstaat. Je mehr diese gesellschaftliche Kohärenz schwindet, desto weniger kann der Rechtsstaat sie wieder erschaffen. Dies wird in Politik und Medien offenbar immer mehr verkannt. Es gibt dort vielmehr eine immer ausgeprägtere Tendenz, Unmögliches zu erwarten. Strafverfolger sollen „richten“, was die Politik nicht mehr richten kann. Wenn ganze Milieus dem Staat abhanden kommen, wie etwa tribalistisch lebende Parallelgesellschaften oder nach eigener Staatlichkeit strebende „Reichsbürger“, sind Strafverfolgungsbehörden überfordert, diese Milieus mittels „Erziehung durch Strafverfolgung“ wieder zu überzeugten Anhängern des liberalen Staates zu machen. Denn je weniger stark eine Gesellschaft bindend ist, desto mehr besteht die Möglichkeit, „am Recht vorbei eine Identität aufzubauen“.¹⁷

Notwendige Voraussetzung für den Rechtsstaat ist also ein gewisses Maß an gesellschaftlicher Kohärenz.

„Kommt diese abhanden oder wird sie gar gezielt zerstört, beschwört man Sicherheitsrisiken herauf, denen keine noch so große Polizei, keine noch so gut informierten Dienste und keine noch so konsequente Justiz je Herr werden können.“¹⁸

X. Fazit

Sicherheit und Freiheit sind per se keine Gegensätze. Im liberalen Staat gilt vielmehr das Programm der Freiheit durch Sicherheit. Sicherheit vor staatlicher Willkür und zugleich Sicherheit vor Angriffen Dritter. Das ist der liberale Markenkern – gerade auch gegenüber Diktaturen, die so überhaupt nur Sicherheit ohne Freiheit anbieten.

Hüter des so verstandenen Rechtsstaates ist die Justiz. Nur sie hat alle Seiten im Blick. Für die Akzeptanz des liberalen Staates ist eine in diesem Sinne starke Justiz notwendig.

Ausreichend für die Akzeptanz des Staates ist dies aber nicht. Eine in Lager zerfallende Gesellschaft, die sich dem Staat gegenüber fremd fühlen oder ihn offen ablehnen, ist nicht mehr durch Strafverfolgung zu retten.

¹⁶ Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 60.

¹⁷ Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser/ Hassemer/ Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrhundertwende, 2000, S. 47, 52 f.

¹⁸ Nowrouzian (Fn. 15), <https://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2016/juni/detailansicht-juni/artikel/neue-risiken-fuer-den-rechtsstaat-anmerkungen-zum-stand-der-inneren-sicherheit-in-deutschland.html> (zuletzt abgerufen am 27. Dezember 2023).

Die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zum Recht des unlauteren Wettbewerbs im Jahre 2023 (Teil 2)*

Prof. Dr. Gerhard Ring, Bernau b. Berlin**

6. Anspruch gegen den Inhaber eines Unternehmens wegen unlauterer Verhaltensweisen seiner Mitarbeiter

Werden Zuwiderhandlungen gegen § 3 oder § 7 UWG in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder einem Beauftragten begangen, so sind nach § 8 Abs. 2 UWG der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet. In diesem Zusammenhang hatte sich der BGH mit den Voraussetzungen einer wettbewerbsrechtlichen Haftung für Affiliates und der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht eines Rundfunkveranstalters zur Prüfung von Werbespots auf Rechtsverstöße zu befassen.

a) Voraussetzungen einer wettbewerbsrechtlichen Haftung für Affiliates

aa) Grundlagen

Dem Inhaber des Unternehmens werden über § 8 Abs. 2 UWG Zuwiderhandlungen seiner Mitarbeiter und Beauf-

tragten wie eigene Handlungen zugerechnet, was nach der ständigen Judikatur des BGH¹ darin begründet liegt, dass die arbeitsteilige Organisation des Unternehmens die Verantwortung für die geschäftliche Tätigkeit nicht beseitigen soll. Letztlich soll sich der Unternehmensinhaber, dem die Geschäftstätigkeit seiner Mitarbeiter oder Beauftragten zugutekommt, im Rahmen seiner lauterkeitsrechtlichen Haftung nicht hinter den von ihm beschäftigten Dritten verstecken

* Fortsetzung und Schluss des in NJ 1/2024, 1 ff., veröffentlichten Beitrags.

** Der Autor lehrte an der TU Bergakademie Freiberg Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht und ist Mitherausgeber der NJ.

¹ BGH, Urt. v. 28. Oktober 2010 – I ZR 174/08, GRUR 2011, 543, juris, Rn. 11 und 13 = WRP 2011, 749 – Änderung der Voreinstellung III; Urt. v. 5. April 1995 – I ZR 133/93, GRUR 1995, 605, juris, Rn. 28 = WRP 1995, 696 – Franchise-Nehmer zu § 13 Abs. 4 UWG aF; Urt. v. 7. April 2005 – I ZR 221/02, GRUR 2005, 864, juris, Rn. 19 f. = WRP 2005, 1248 – Meißner Dekor II zu § 14 Abs. 7 MarkenG; Urt. v. 7. Oktober 2009 – I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167, juris, Rn. 21 = WRP 2009, 1520 – Partnerprogramm.