

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 765

Verfassung und Strafe

Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen
staatlichen Strafens

Von

Ivo Appel



Duncker & Humblot · Berlin

Ivo Appel · **Verfassung und Strafe**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 765

Verfassung und Strafe

Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen
staatlichen Strafens

Von

Ivo Appel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Appel, Ivo:

**Verfassung und Strafe : zu den verfassungsrechtlichen Grenzen
staatlichen Strafens / von Ivo Appel. – Berlin : Duncker und**

Humboldt, 1998

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 765)

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1996/97

ISBN 3-428-09212-0

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09212-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die bisherigen Straf- und Sanktionstheorien haben das Verhältnis von Strafrecht und Kontrolle des Mißbrauchs von Strafrecht und Strafgewalt selten an zentraler Stelle thematisiert. Meist erscheinen die rechtsstaatlichen Beschränkungen lediglich als eine zusätzliche Restriktion staatlichen Strafens, nicht aber als zentrales Element des Gesamtsystems. Das Strafrechtssystem moderner Prägung ist jedoch untrennbar mit spezifischen rechtsstaatlichen Garantien verbunden, die geradezu als Inbegriff der Bindung staatlicher Macht in Erscheinung treten. Die im Verfassungsstaat maßgebenden Begrenzungen des Strafrechts und des Strafgesetzgebers sind die der Verfassung. Das Grundgesetz weist ein System ausdifferenzierter Garantien auf, die speziell auf die Bindung der staatlichen Strafgewalt ausgerichtet sind. Diese unterliegt zugleich der Grundrechtsbindung, in deren Rahmen auch die allgemeinen rechtsstaatlichen Garantien Berücksichtigung finden müssen. Beide Regime wirken auf das Strafrecht ein und ziehen ihm verbindliche Grenzen. Die vorliegende Studie gilt diesem verfassungsrechtlichen System der Strafrechtsbegrenzung. Sie richtet sich auf das Gesamtgefüge jener verfassungsrechtlichen Begrenzungsmechanismen, die für das Strafrecht von Bedeutung sind.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1996/97 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen und im Juni 1997 mit dem Preis der Georg F. Rössler-Stiftung im Verein der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof e.V. ausgezeichnet. Die nach Abschluß der Arbeit im Herbst 1996 erschienene Rechtsprechung und Literatur konnte größtenteils bis Sommer 1997 berücksichtigt werden.

Der besondere Zuschnitt der Arbeit im Schnittfeld von Strafrecht und Verfassungsrecht verknüpft frühe wissenschaftliche Anfänge im Strafrecht und meine seitherige wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Öffentlichen Recht. Aufrechtig danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. mult. Klaus Tiedemann, der die Arbeit betreut und das Erstgutachten erstellt hat. Als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl während der Studien- und Referendarzeit habe ich wertvolle Anstöße und immer neue Unterstützung erfahren. Besonders herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Rainer Wahl, der nicht nur

die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen, sondern mich über Jahre hinweg nachhaltig gefördert hat. Seine vielfältigen Anregungen, sein stets offenes Ohr, sein Verständnis und seine Toleranz haben mich weit über meine Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent an seinem Lehrstuhl hinaus bereichert.

Auch im übrigen habe ich von vielen Seiten direkte oder indirekte Unterstützung erfahren. Mein Dank gilt Gerhard Dannecker und Joachim Vogel für erste Diskussionen in meiner kurzen 'strafrechtlichen Phase', Christoph Enders, Stephan Gerstner, Georg Hermes, Johannes Masing, Susanne Meyer, Albrecht Philipp, Peter Schütz und Ute Ziegler für regelmäßige Gespräche und kritische Ratschläge, den wöchentlichen Lehrstuhlrunden, die von Bundesverfassungsrichter a.D. Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Bockenförde und Prof. Dr. Rainer Wahl gemeinsam mit ihren Mitarbeitern geführt wurden, für immer neue Anregungen sowie der Universität Freiburg für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Ganz besonders danken möchte ich Carola Rathke, die mich vor allem in der Endphase der Arbeit, aber auch weit darüber hinaus mit konstruktiver Kritik, praktischer Hilfestellung und aufmunternden Worten begleitet hat. Gewidmet ist das Buch meinen Eltern; ohne ihre Prägung und Unterstützung wäre mancher Weg nicht gegangen worden.

Freiburg, im Oktober 1997

Ivo Appel

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Einleitung | 19 |
| A. Strafe im demokratischen Verfassungsstaat | 19 |
| B. Verfassungsrechtliche Bindungen der staatlichen Strafgewalt | 21 |
| I. Materiell-rechtliche Garantien | 22 |
| II. Institutionell-verfahrensrechtliche Garantien | 23 |
| C. Verfassungsrechtliche Sonderstellung staatlichen Strafens | 24 |
| I. Das zugrundeliegende Konzept | 25 |
| II. Unterstellte Eigenart staatlichen Strafens | 28 |
| III. Verhältnis von Strafe und strafrechtlichen Garantien | 31 |
| D. Aufweichungstendenzen des Strafrechts klassischer Prägung | 34 |
| I. Wandlungen der traditionellen Strafrechtskonzeption | 34 |
| II. Auswirkungen auf die Konzeption von Strafe und Strafrechtsbegrenzung | 38 |
| 1. Drohender Verlust der strafrechtlichen Ausnahmestellung | 38 |
| 2. Relativierung der strafrechtlichen Garantien | 40 |
| E. Vernachlässigung der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension | 41 |
| F. Nebeneinander zweier verfassungsrechtlicher Regime | 44 |
| G. Konkurrierende strafrechtliche Konzepte der Strafrechtsbegrenzung | 46 |
| I. Zurückdrängung und selektive Rezeption des Verfassungsrechts in der Strafrechtslehre | 46 |
| II. Strafrechtliche Konzepte der Strafrechtsbegrenzung | 48 |
| H. Abgrenzung des Untersuchungsfeldes | 51 |
| J. Gang der Untersuchung | 56 |

1. Kapitel

Strafe und Strafrechtsbegrenzung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Strafe und Strafrechtsbegrenzung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 59 |
| A. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die staatliche Strafgewalt | 60 |
| I. Verfassungsrechtliche Grundkonzeption des Strafrechts | 61 |
| 1. Strafrecht als Schutzrecht | 62 |
| a) Strafrechtliches Schutzkonzept | 65 |
| b) Verfassungsrechtliche Schutzpflicht | 67 |
| 2. Schutzmechanismus des Strafrechts und Strafzwecke | 73 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm | 79 |
| 4. Materielle Rechtswidrigkeit als grundsätzliche Voraussetzung strafrechtlicher Ahndung..... | 82 |
| a) Ablehnung eines spezifisch strafrechtlichen Rechtmäßigkeits- begriffs | 83 |
| b) Trennung zweier Bewertungsebenen | 85 |
| c) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Ahndung bloßer Unbot- mäßigkeit..... | 89 |
| d) Konsequenzen für das Strafrecht..... | 90 |
| 5. Zweiteilung des Strafrechts | 91 |
| 6. Anknüpfungspunkte für die verfassungsrechtliche Prüfung..... | 94 |
| 7. Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem (Straf-)Recht..... | 94 |
| a) Verhältnis zum Gesetzgeber | 96 |
| b) Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit..... | 100 |
| c) Einfluß der Verfassungsrechtsprechung auf strafrechtliche Kate- gorien und strafrechtsdogmatische Streitfragen..... | 103 |
| II. Spezifisch strafrechtliche Verfassungsgarantien | 108 |
| 1. Materiell-rechtliche Garantien..... | 108 |
| a) Schuldgrundsatz | 109 |
| (1) Gewährleistungsgehalt..... | 109 |
| (a) Strafbegründungsschuld | 110 |
| (b) Strafzumessungsschuld | 111 |
| (2) Gewährleistungsumfang..... | 113 |
| b) Art. 103 Abs. 2 GG..... | 116 |
| (1) Gewährleistungsgehalt..... | 117 |
| (2) Gewährleistungsumfang..... | 123 |
| (3) Begriff des Strafgesetzes und Verweisung..... | 127 |
| c) Verbot bestimmter Strafarten | 130 |
| (1) Verbot der Todesstrafe | 130 |
| (2) Verbot grausamer und erniedrigender Strafarten | 131 |
| d) Ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG)..... | 132 |
| (1) Gewährleistungsgehalt..... | 132 |
| (2) Gewährleistungsumfang..... | 135 |
| e) Ultima-ratio-Gedanke | 141 |
| 2. Institutionell-verfahrensrechtliche Garantien | 145 |
| a) Strafrechtlicher Richtervorbehalt..... | 145 |
| (1) Gewährleistungsgehalt..... | 146 |
| (2) Anwendungsbereich | 148 |
| b) Unschuldsumutung | 152 |
| (1) Gewährleistungsgehalt..... | 153 |
| (2) Anwendungsbereich | 154 |
| c) Gesetzlicher Richter, rechtliches Gehör, Rechtsweggarantie und faites (Straf-)Verfahren..... | 157 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Unterschiedliche zugrundeliegende Strafverständnisse | 160 |
| III. Strafrecht am Maßstab der Grundrechte | 163 |
| 1. Bedeutung der Grundrechte für das Strafrecht | 163 |
| a) Abwehrrechtliche Dimension | 163 |
| b) Schutzdimension | 164 |
| c) Grundrechte als Rechtfertigungsgründe | 165 |
| d) Verfassungskonforme Auslegung | 166 |
| 2. Tangierte Grundrechte | 167 |
| 3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit | 171 |
| a) Verhältnismäßigkeit der Verhaltensnorm | 173 |
| b) Verhältnismäßigkeit der Strafbewehrung | 173 |
| (1) Zulässiger Zweck | 175 |
| (2) Geeignetheit | 175 |
| (3) Erforderlichkeit | 177 |
| (4) Verhältnismäßigkeit i.e.S. | 179 |
| (5) Gründe für die geringe Bedeutung des Verhältnismäßigkeits- | |
| prinzips bei der Prüfung der Strafbewehrung | 181 |
| (a) Einschätzungs-, Wertungs- und Beurteilungsprerogative | |
| des Gesetzgebers | 182 |
| (b) Betonung der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts .. | 183 |
| (c) Strafprozessuale Lösung als 'salvatorische Klausel' | 185 |
| (6) Schutzdimension der Grundrechte und Verhältnismäßigkeit | |
| der Strafbewehrung | 187 |
| c) Verhältnismäßigkeit der (konkreten) Strafandrohung | 188 |
| (1) Zulässiger Zweck | 190 |
| (2) Geeignetheit | 190 |
| (3) Erforderlichkeit | 191 |
| (4) Verhältnismäßigkeit i.e.S. | 192 |
| (5) Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeit oder Kriminalstraftat ... | 195 |
| d) Verhältnismäßigkeit der Strafzumessung im Einzelfall | 196 |
| 4. Gleichheitsaspekt und Stimmigkeit des (Straf-)Systems | 196 |
| IV. Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz am Maßstab des Verfassungs- | |
| rechts | 198 |
| 1. Verfassungsrechtliche Grenzen zulässigen Rechtsgüterschutzes | |
| durch Strafrecht | 198 |
| 2. Verhältnis von Strafrechtsgütern und verfassungsrechtlich zulässi- | |
| gen Zwecken | 199 |
| 3. Weitgehende Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers | 204 |
| 4. Bloßer Ungehorsam als letztendliche (Unter-)Grenze | 204 |
| 5. Strafrechtliche Rechtsgutslehre und Rechtsprechung des Bundesver- | |
| fassungsgerichts | 206 |
| B. Kriterien für das Vorliegen von Strafe | 207 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Eingeschränkte Funktionalität des verfassungsgerichtlichen Strafbegriffs..... | 210 |
| II. Maßgebliche Kriterien | 213 |
| 1. Orientierung am historischen Verfassungsgeber | 213 |
| 2. Leitbild der überkommenen Kriminalstrafe | 217 |
| 3. 'Wesen' der Strafe | 218 |
| 4. Ahndung rechtswidrigen Verhaltens..... | 219 |
| 5. Mit staatlicher Autorität versehenes sozialetisches Unwerturteil | 220 |
| 6. Ethischer Schuldvorwurf..... | 223 |
| 7. Mißbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten .. | 224 |
| 8. Vergeltung, Sühne, Schuldausgleich | 225 |
| 9. Entscheidung über die Verantwortlichkeit und Zuweisung von Schuld | 227 |
| 10. Rechtsgrund und Art der Zuwiderhandlung | 229 |
| 11. Schuldhafte Verletzung eines für alle gewährleisteten Rechtsguts..... | 230 |
| 12. Schwere des Eingriffs | 231 |
| 13. Eintragung im Strafregister und Vorstrafe | 233 |
| 14. Möglichkeit der Umwandlung einer Geld- in eine Freiheitsstrafe..... | 234 |
| 15. Prozessualer Aspekt der Strafe | 234 |
| III. Das zugrundeliegende Verständnis von Strafe | 235 |
| 1. Die drei Strafbegriffe des Verfassungsgerichts | 236 |
| a) Kompetenzrechtlicher Strafbegriff..... | 237 |
| b) Strafrecht im weiteren Sinne | 238 |
| c) Kriminalstrafrecht..... | 239 |
| 2. Sonderfall: Unternehmensstrafe | 243 |

2. Kapitel

Staatliches Strafen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 245

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Anforderungen der EMRK an die staatliche Strafgewalt..... | 246 |
| I. Strafrechtliche Garantien der EMRK..... | 246 |
| 1. Gewährleistungsgehalt der Garantien | 246 |
| 2. Gewährleistungsumfang der spezifisch strafrechtlichen Garantien | 248 |
| 3. Besonderheiten der Unschuldsvermutung | 249 |
| a) Gewährleistungsgehalt | 250 |
| b) Unschuldsvermutung und materielles Strafrecht..... | 253 |
| c) Strafähnlichkeit der Maßnahme als Kriterium..... | 256 |
| II. Strafrecht als Schutzrecht | 258 |
| 1. Schutzfunktion des Strafrechts..... | 258 |
| 2. Staatliche Schutzpflicht durch Strafrecht..... | 259 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Richtpunkte für die Auslegung der strafrechtlichen Konventionsgarantien..... | 262 |
| I. Auslegung nach einheitlichen Kriterien..... | 262 |
| II. Autonomie der Begriffsbestimmungen | 263 |
| III. Materielle Konzeption | 266 |
| C. Kriterien für das Vorliegen von Strafe | 267 |
| I. Die klassische Kriterientrias | 268 |
| 1. Einordnung des Tatbestandes nach dem Rechtssystem des betroffenen Staates..... | 268 |
| 2. Art der Zuwiderhandlung | 269 |
| a) Allgemeinheit der Kriterien..... | 271 |
| b) Europäischer Maßstab und Vergleich mit anderen Vertragsstaaten | 272 |
| c) Kritik am methodischen Vorgehen des Gerichtshofs | 274 |
| 3. Schweregrad der (drohenden) Sanktion | 275 |
| a) Problematik der Grenzziehung | 277 |
| b) Abgrenzung zum Anwendungsbereich des Art. 3 EMRK | 278 |
| c) Europäischer Maßstab als Vergleich..... | 279 |
| d) Entwertung des Kriteriums durch den Gerichtshof selbst..... | 280 |
| II. Alternativität und Relativität der klassischen Kriterien..... | 281 |
| III. Zusätzliches Element der 'Demütigung' | 283 |
| IV. Bedeutung des Verfahrens | 284 |
| D. Abgrenzung von anderen Sanktionsformen | 285 |
| I. Ordnungswidrigkeitenrecht | 286 |
| II. Privatklageverfahren | 288 |
| III. Bildung einer Gesamtstrafe | 289 |
| IV. Auferlegung der Verfahrenskosten nach Einstellung des Strafverfahrens | 289 |
| V. Disziplinarmaßnahmen..... | 290 |
| VI. Vollstreckungsmaßnahmen | 292 |
| VII. Sicherungs- und Vorbeugemaßnahmen..... | 293 |
| E. Fazit: Offener Strafbegriff | 294 |
| I. Offenhalten der Begriffsbestimmung..... | 295 |
| II. Extensive Auslegung | 296 |
| III. Entscheidung über die Verantwortlichkeit und Straffestsetzung..... | 298 |
| IV. Wechselspiel der Kriterien | 299 |
| V. Konventionsauslegung und Konventionsergänzung | 301 |

3. Kapitel

Konkurrierende Modelle der Strafrechtsbegrenzung 303

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht in der Wissenschaft.. | 303 |
| I. Selektive und unsystematische Rezeption des Verfassungsrechts | 304 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Anerkennung einer vergleichsweise intensiven verfassungsrechtlichen Einflußnahme auf das Strafprozeßrecht | 305 |
| 2. Mangelnde Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Einflusses auf das materielle Strafrecht | 305 |
| 3. Tendenz zu undifferenzierter und allgemeiner Bezugnahme auf das Verfassungsrecht | 307 |
| 4. Tendenz zur Vermengung von Verfassungsrecht und Kriminalpolitik | 309 |
| II. Vernachlässigung der abwehrrechtlichen Grundrechtsdogmatik | 311 |
| 1. Zurückhaltende Rezeption der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension | 314 |
| 2. Nachwirkungen eines späidealistischen Freiheitsverständnisses | 316 |
| 3. Problematische Folgen für das Verhältnis von Grundrechtsschutz und Strafrecht | 318 |
| a) Herausnahme des Strafrechts aus der grundrechtlichen Freiheit | 319 |
| b) Problematik der Vorgehensweise | 321 |
| (1) Verkennung des Verhältnisses von Verhaltensnorm und Strafbewehrung | 322 |
| (2) Unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten | 322 |
| (3) Unhaltbarkeit der Prämisse einer absoluten Vorrangstellung des geschützten Gutes | 325 |
| (4) Umgehung der Schrankenproblematik | 326 |
| III. Umfangreiche Tradition nichtverfassungsrechtlicher Strafrechtsbegrenzung | 328 |
| 1. Grundlegendes Mißtrauen gegenüber dem (Straf-)Gesetzgeber | 329 |
| 2. Vernachlässigung der demokratischen Einbindung des Strafrechts | 329 |
| 3. Mangelnde Wahrnehmung eines Paradigmenwechsels | 330 |
| B. Modelle der Strafrechtsbegrenzung in der Strafrechtslehre | 333 |
| I. Verknüpfung von Strafe und Rechtsgüterschutz | 336 |
| 1. Der materielle Verbrechensbegriff als Ausgangspunkt | 337 |
| 2. Beschränkung des Strafrechts auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter | 340 |
| a) Funktion des Rechtsgutsbegriffs als Kriterium der Strafbarkeitsbegrenzung | 342 |
| b) Strafrechtlich zu schützende Güter | 344 |
| c) Rückgriff auf (objektive) Wertordnungen oder faktische Gegebenheiten | 348 |
| d) Vermengung dreier Fragestellungen: Rechtsgutsbestimmung, Verhaltensregelung und Einsatz von Strafe | 349 |
| e) Unklarheit über die Verbindlichkeit der Rechtsgutslehre | 351 |
| f) Ausgrenzung 'bloßer Moralwidrigkeiten' | 355 |
| g) Tatsächliches Versagen des Rechtsgutsbegriffs als Kriterium der Strafrechtsbegrenzung | 356 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Drei Arten der Begründung strafbarkeitsbegrenzender Rechtsgüter... | 357 |
| a) Ausrichtung an außerrechtlichen Wertordnungen | 358 |
| (1) Begründung und Gehalt der Rechtsgüter | 359 |
| (2) Problematik einer außerrechtlichen Wertfundierung und ihrer Anwendung auf das Recht | 363 |
| b) Anbindung an die tatsächliche Struktur und die Systembedin- gungen der Gesellschaft | 365 |
| (1) Wandelbarkeit des Rechtsgutsbegriffs..... | 366 |
| (2) Ermittlung der (schützenswerten) Bedingungen gesellschaft- lichen Zusammenlebens..... | 367 |
| (3) Verlust der Funktion als Strafbarkeitsgrenze..... | 369 |
| (4) Gefahr eines naturalistischen Fehlschlusses | 370 |
| (5) Ausweichen auf eine in der Gesellschaft vorfindliche (objek- tive) Wertordnung | 371 |
| c) Anknüpfung an die Wert(e)ordnung des Grundgesetzes | 372 |
| (1) Objektive Wertordnung des Grundgesetzes und strafrechtliche Güterordnung..... | 372 |
| (2) Versuch einer Ableitung des Rechtsgutsbegriffs aus der Ver- fassung..... | 374 |
| (3) Der Mantel des Verfassungsrechts | 376 |
| (4) Verfassungsrechtliche Wertordnung und Rang einzelner 'Werte'..... | 377 |
| (5) Verfassungsrechtliche Wertordnung und staatliche (Schutz-) Instrumente | 379 |
| 4. Allgemeine Problematik des Wertdenkens als Rechtsbegründung | 380 |
| 5. Untauglichkeit der Rechtsgutslehre als Konzept der Strafrechtsbe- grenzung..... | 381 |
| a) Unmöglichkeit der Festlegung einer generellen Rang- und Stufen- folge | 381 |
| b) Vermengung von Schutzgut und Schutzinstrumentarium | 384 |
| c) "Querliegen" der strafrechtlichen Rechtsgutsdiskussion zur ab- wehrrechtlichen Grundrechtsdogmatik | 386 |
| d) Definitionsmacht des demokratisch legitimierten und verfas- sungsrechtlich gebundenen Gesetzgebers | 387 |
| e) Verfassungsrechtliche Grenzen | 389 |
| II. Andere Modelle der Strafrechtsbegrenzung | 391 |
| 1. Sozialschädlichkeit des zugrundeliegenden Verhaltens..... | 392 |
| 2. Strafwürdigkeit | 395 |
| 3. Strafbedürftigkeit..... | 400 |
| 4. Ultima-ratio-Prinzip..... | 404 |
| 5. Der sog. fragmentarische Charakter des Strafrechts | 409 |
| 6. Freiheitsvermutung 'in dubio pro libertate' | 412 |
| 7. Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes..... | 414 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 8. Erforderlichkeit (Verhältnismäßigkeit) des Strafeinsatzes | 416 |
| III. Unklarheit über den Begriff der Strafe | 417 |
| 1. Zugrundeliegende Verständnisse von Strafe | 419 |
| a) Rechtsgutsbezogene Ansätze | 420 |
| (1) Qualifizierte Anforderungen | 421 |
| (2) Vermengung von Strafe und Strafrechtsbegrenzung | 421 |
| b) Eingriffsbezogene Ansätze | 424 |
| (1) Unterscheidung zweier Strafelemente | 424 |
| (2) Problematik der verwendeten Kriterien | 425 |
| 2. Mangelnde Kontur des Strafbegriffs | 426 |

4. Kapitel

Strafe im Verfassungsstaat 427

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Stellung des Strafrechts im demokratischen Verfassungsstaat | 427 |
| I. Ordnungsfunktion des staatlichen Strafrechts | 428 |
| II. Strafrecht als Schutzrecht für (verfassungsgemäße) staatliche Ver- haltensnormen | 431 |
| 1. Strafrecht als sekundäres und akzessorisches Schutzrecht | 431 |
| a) Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen | 433 |
| (1) Notwendigkeit der Unterscheidung | 434 |
| (2) Verhaltensnormen | 437 |
| (3) (Verhaltens-)Normwidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit | 438 |
| (4) Sanktionsnormen | 440 |
| b) Akzessorietät der Strafzwecke | 442 |
| c) Fehlvorstellung vom Strafgesetzgeber und von der Eigenständig- keit des Strafrechts | 443 |
| d) Strafrecht als generalisierter Opferschutz ? | 444 |
| (1) Anknüpfung des Strafrechts an die Wertungen der außerstraf- rechtlichen Rechtsordnung | 445 |
| (2) Trennung der Akzessorietät von der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts | 446 |
| (3) Entprivatisierung ursprünglich horizontaler Konflikte | 447 |
| 2. Strafrecht als Instrument zum Schutz staatlicher Verhaltensnormen und der normsetzenden Instanz | 449 |
| a) Verhaltensnormen als maßgeblicher Bezugspunkt der strafrecht- lichen Sanktionsnormen | 449 |
| b) Verhaltensnormen und Strafbewehrung | 451 |
| c) Strafrechtliche Sanktionsnormen und (mittelbarer) Rechtsgüter- schutz | 452 |
| d) Definitionsmacht des Gesetzgebers und verfassungsrechtliche Grenzen | 454 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Problematik spezifisch strafrechtlicher Rechtswidrigkeit | 455 |
| 4. Die (Doppel-)Funktion strafrechtlicher Sanktionsnormen | 458 |
| a) Strafrecht als generalpräventives staatliches Instrument zur Sicherstellung der Normbefolgung | 459 |
| b) Strafrecht als (repressives) Instrument der Normrehabilitierung ... | 460 |
| (1) Funktion der Normrehabilitierung..... | 460 |
| (2) Die zwei Elemente der Normrehabilitierung..... | 466 |
| (a) Vorhalt der defizitären Einstellung zur Norm (Primär- sanktion)..... | 467 |
| (b) Auferlegung eines materiellen Übels (Sekundärsanktion).... | 470 |
| (c) Verknüpfung beider Elemente | 471 |
| 5. Folgen der Doppelfunktion strafrechtlicher Sanktionsnormen..... | 472 |
| a) Verhaltensnorm und (generalpräventive) strafrechtliche Norm- bewehrung | 473 |
| b) Verhältnis von (generalpräventiver) Normbewehrung und (repressiver) Normrehabilitierung | 474 |
| B. Eigenart staatlichen Strafens..... | 475 |
| I. Methodische Vorbemerkung | 476 |
| II. Problematische Kriterien für das Vorliegen von Strafe | 477 |
| 1. Sprachgebrauch des Grundgesetzes und Entstehungsgeschichte..... | 477 |
| 2. Sogenannte Strafzwecke und Präventivwirkung des Strafrechts | 479 |
| 3. Geschütztes Rechtsgut | 481 |
| 4. 'Sozialethisches Unwerturteil' | 482 |
| a) Unlösbarer Abgrenzungsschwierigkeiten | 483 |
| b) Relativität der außerrechtlichen Sozialethiken..... | 485 |
| c) Unvereinbarkeit mit der Stellung des Gesetzgebers im demokra- tischen Verfassungsstaat | 486 |
| III. Strafrechtsspezifische grundrechtliche Gefährdungslage..... | 487 |
| 1. Systematik der strafrechtlichen Verfassungsgarantien..... | 488 |
| a) Vergleich der spezifisch strafrechtlichen mit den allgemeinen rechtsstaatlichen Garantien | 488 |
| b) Indiz für einen besonderen Eingriffsmehrwert staatlicher Straf- maßnahmen..... | 489 |
| 2. Relevante Grundrechtseingriffe | 490 |
| a) Grundrechtsrelevanz der Verhaltensnorm | 490 |
| b) Grundrechtsrelevanz der Sanktionsnorm | 491 |
| (1) Vorhaltung der defizitären Einstellung zur Norm (Primär- sanktion)..... | 492 |
| (2) Auferlegung eines materiellen Übels (Sekundärsanktion)..... | 493 |
| 3. Spezifisch strafrechtlicher 'Eingriffsmehrwert'..... | 494 |
| a) Kein spezifisch strafrechtlicher Eingriffsmehrwert des auferleg- ten materiellen Übels (Sekundärsanktion)..... | 494 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Spezifisch strafrechtlicher Eingriffsmehrwert der Normrehabilitation durch verbindliche Vorhaltung der defizitären Einstellung zur Norm (Primärsanktion)..... | 496 |
| c) Bedeutung des Verfahrens..... | 496 |
| d) Primärsanktion, Schuldfeststellung und 'Umschlagen' der Unschuldsvermutung..... | 499 |
| 4. Verhältnis von Primärsanktion und Sekundärsanktion | 500 |
| a) Verfahrensmäßige Verknüpfung..... | 500 |
| b) Isolierte Vorhaltung der defizitären Einstellung zur Norm..... | 502 |
| c) Isolierte Auferlegung des materiellen Übels | 503 |
| C. Abgrenzung von anderen staatlichen Eingriffsmaßnahmen | 503 |
| I. Entschärfung der Abgrenzungsproblematik | 503 |
| II. Einordnung einzelner staatlicher Eingriffsmaßnahmen | 505 |
| 1. Ordnungswidrigkeiten..... | 505 |
| 2. Maßregeln der Besserung und Sicherung..... | 507 |
| 3. Disziplinarmaßnahmen..... | 510 |

5. Kapitel

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Verfassungsrechtliche Grenzen staatlichen Strafans | 514 |
| A. Reichweite der spezifisch strafrechtlichen Verfassungsgarantien..... | 514 |
| I. Folgerungen der Strafkonzeption für die einzelnen Strafgarantien | 515 |
| 1. Schuldgrundsatz | 517 |
| a) Strafbegründungsschuld..... | 517 |
| (1) Verfassungsrechtliche Fundierung der Schuld als Voraussetzung der Strafe..... | 518 |
| (2) Strafbegründungsschuld und Verhältnismäßigkeit..... | 523 |
| b) Strafzumessungsschuld | 524 |
| (1) Schuldangemessenheit und Verhältnismäßigkeit | 524 |
| (2) Schuldangemessenheit und Intensität der Sekundärsanktion.... | 528 |
| 2. Art. 103 Abs. 2 GG..... | 528 |
| 3. 'Ne bis in idem' (Art. 103 Abs. 3 GG)..... | 530 |
| a) Allgemeine Strafgesetze..... | 531 |
| b) Art. 103 Abs. 3 GG und der vermeintliche Sonderfall des Disziplinarrechts | 532 |
| c) 'Ne bis in idem' im Verhältnis von nationaler und supranationaler Rechtsordnung..... | 536 |
| 4. Unschuldsvermutung | 538 |
| 5. Ultima ratio | 539 |
| a) Inkomparabilität verhaltenssteuernder und sanktionierender Regelungen..... | 541 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Inkommensurabilität unterschiedlicher grundrechtlicher Eingriffsintensitäten | 543 |
| 6. Strafrechtlicher Richtervorbehalt | 546 |
| a) Funktion des Richtervorbehalts | 546 |
| b) Gewährleistungsumfang im Strafrecht | 551 |
| (1) Sekundärsanktion | 551 |
| (2) Primärsanktion | 552 |
| (3) Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht | 554 |
| II. Leistungsfähigkeit und Legitimation spezifisch strafrechtlicher Verfassungsgarantien | 556 |
| B. Abwehrrechtliche Grundrechtsprüfung und verfassungsrechtliche Strafgarantien | 558 |
| I. Anknüpfungspunkte für die grundrechtliche Prüfung | 558 |
| 1. Verhaltensnorm und Sanktionsnorm | 559 |
| 2. Erfordernis einer dreifachen Grundrechtsprüfung | 559 |
| II. Die verfassungsrechtlichen Strafgarantien als Schranken-Schranken | 560 |
| 1. Strafrechtliche Garantien als Prozeßgrundrechte ? | 561 |
| 2. Strukturelle Vergleichbarkeit mit den allgemeinen rechtsstaatlichen Garantien | 563 |
| 3. Abwehr spezifischer Eingriffsformen statt Gewährleistung eines eigenständigen Freiheitsbereichs | 564 |
| 4. Weitgehende Identität von Eingriff und Verletzung | 565 |
| 5. Nennung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG | 566 |
| 6. Fazit: Strafgarantien als Schranken-Schranken | 568 |
| C. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die (strafbewehrte) Verhaltensnorm | 569 |
| I. Tangierte Grundrechte | 570 |
| II. Eingriffsrechtfertigung | 571 |
| 1. Art. 103 Abs. 2 GG | 571 |
| 2. Verhältnismäßigkeit | 571 |
| D. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strafrechtliche Sanktionsnorm | 574 |
| I. Anforderungen an die Primärsanktion | 574 |
| 1. Tangiertes Grundrecht | 575 |
| 2. Eingriffsrechtfertigung | 575 |
| a) Spezifisch strafrechtliche Garantien | 576 |
| b) Verhältnismäßigkeit | 576 |
| (1) Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 577 |
| (a) Zulässiger Zweck | 577 |
| (b) Geeignetheit | 579 |
| (c) Erforderlichkeit | 580 |
| (d) Verhältnismäßigkeit i.e.S. | 582 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| (2) Spezifische Probleme der Verhältnismäßigkeitsprüfung und Lösungswege..... | 583 |
| (a) Rechtsvergleichende Perspektive..... | 583 |
| (b) Konzeptstimmigkeit..... | 585 |
| (c) Prozessuale Lösungen und ihre Grenzen..... | 589 |
| II. Anforderungen an die Sekundärsanktion..... | 590 |
| 1. Tangierte Grundrechte..... | 590 |
| 2. Eingriffsrechtfertigung..... | 591 |
| a) Spezifisch strafrechtliche Garantien..... | 591 |
| b) Verhältnismäßigkeit..... | 591 |
| c) Konzeptstimmigkeit..... | 593 |
| E. Zusammenfassender Ausblick: Staatliches Strafen zwischen Schutzauftrag und Freiheitssicherung..... | 594 |
| | |
| Literaturverzeichnis..... | 598 |
| | |
| Sachregister..... | 634 |

Einleitung

Die Frage nach Funktion und Grenzen staatlicher Strafgewalt ist in ihrer spezifischen Ausprägung ein Thema der Moderne. Sie steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Stellung des einzelnen im Staat und zum Staat. Sie thematisiert den Konflikt zwischen der staatlich verfaßten Freiheit des einzelnen und der Beschränkung dieser Freiheit zum Schutz anderer und der Allgemeinheit. Die Frage nach den Anforderungen, die an staatliches Strafen zu stellen sind, steht danach in einem größeren Kontext. Sie ordnet sich ein in die allgemeine Problematik der Beschneidung von Freiheit zum Zweck ihrer Gewährleistung. Gleichwohl kommt der staatlichen Strafgewalt im Staatsgefüge eine besondere Stellung zu. Die Fülle der dem Strafrecht zur Verfügung stehenden Machtmittel, die Intensität und Nachhaltigkeit des mit der Strafe verbundenen Eingriffs heben sie aus dem Kreis sonstiger staatlicher Instrumente heraus und geben ihr ein eigenes, spezifisches Gepräge.

A. Strafe im demokratischen Verfassungsstaat

Staatlicher Strafgewalt wird die Aufgabe zugeschrieben, die vom Staat gesetzte Rechtsordnung zu sichern und zu erhalten, den Rechtsfrieden zu gewährleisten, die Gemeinschaft und den einzelnen gegen erhebliche Rechtsverletzungen zu schützen.¹ Die der Strafgewalt für diese freiheitsgewährleistende Aufgabe an die Hand gegebenen Mittel der staatlichen Wertung, der hoheitlichen Mißbilligung und der Auferlegung empfindlicher Übel sind in besonderer Weise geeignet, durch ungezügelter und übermäßiger Ausübung die Freiheitssphäre des einzelnen zu gefährden. Führt man sich die Funktion der Strafgewalt im System der Staatsfunktionen vor Augen, kann nicht ernsthaft überraschen, daß Strafe weithin als die schärfste und eingriffsintensivste Maßnahme des Staates

¹ BVerfGE 51, 324, 343; 88, 203, 258; *H. Hill*, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 156 Rdnr. 1; *Niemöller/Schuppert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, AöR 107 (1982), 387, 394 ff.

gilt.² Auch wer dem *Foucaultschen* Bild von der Strafjustiz als einer institutionellen Inkarnation von Macht³ skeptisch gegenübersteht, wird den Zusammenhang von strafrechtlichen Sanktionen und staatlicher Macht nicht leugnen. Zu offensichtlich ist die Verknüpfung von staatlicher Sanktionierung durch das Mittel der Strafe, ihrer Durchsetzung mit staatlichen Zwangsmitteln und der damit verbundenen Einschränkung von Rechten und Freiheiten des einzelnen, als daß nicht das Verhältnis von staatlicher Macht und Strafe zu einem entscheidenden Moment bei der Beurteilung strafrechtlicher Sanktionensysteme werden muß.

Die staatliche Macht ist im demokratischen Verfassungsstaat freilich keine ungebändigte. Sie unterliegt vielfältigen und in weitem Maße verfassungsrechtlich fundierten Bindungen, die auch und gerade dem Einsatz des Mittels Strafe gelten. Es ist ein entscheidendes Kennzeichen des modernen demokratischen Verfassungsstaates, daß er der staatlichen Macht um des einzelnen willen Grenzen setzt und deren Einhaltung auch dort einfordert, wo der Staat für sich genommen legitime Zwecke verfolgt. Mag die Strafjustiz auch in einer engen Grundbeziehung zum Staat als Ordnungsfaktor und der vom Staat ausgeübten Gewalt stehen, so ist diese Gewalt im demokratischen Verfassungsstaat jedenfalls keine beliebig freie, sondern eine (auch) verfassungsrechtlich gebundene. Insofern ist der Problemzusammenhang von staatlicher Strafgewalt, der mit ihr notwendigerweise verbundenen staatlichen Macht und den verfassungsrechtli-

² BVerfGE 6, 433; 25, 269, 286; 88, 203, 258; 90, 145, 172.; aus der Literatur nur *Gallas*, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 6, 16; *Hanack*, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, in: Verh. 47. DJT, Bd. I, 1968, S. 1, 34; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 2; *Jescheck*, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985 ff., Einl. Rdnr. 2; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 145; *Müller-Dietz*, Strafe und Staat, 1973, S. 56; *ders.*, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote, FS für Eduard Dreher, 1977, S. 97, 108; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 161; *Naucke*, Strafrecht, 7. Aufl. 1995, S. 39 f.; *Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, vor § 1 Rdnr. 14; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I, Allgemeiner Teil, 1976, S. 76; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/2, 2. Aufl. 1972, S. 909, 927; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377, 382.

³ *Foucault*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, 1977, der speziell der Vollstreckung von Strafen einen zeremoniellen Charakter zur Darstellung von Macht zuschreibt (insb. S. 63 ff., 71). Selbst wenn Macht und Bindung von Macht als zentrale Momente in der Entwicklungsgeschichte des öffentlichen Strafrechts begriffen werden, ist das von Foucault gezeichnete Schreckensbild einer entfesselten Strafgewalt freilich stark überzeichnet, zumal die darin verkörperte Macht als mehr oder weniger diffuser Selbstzweck erscheint.

chen Vorgaben zur Begrenzung und Einbindung eben dieser Macht einem Sanktionensystem, das staatliches Strafen den Bedingungen einer rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungsordnung unterwirft, immanent. Der moderne Verfassungsstaat garantiert Freiheiten nicht allein durch den Einsatz der Strafgewalt, er enthält Freiheitsgewährleistungen auch gegenüber dem strafenden Staat.

B. Verfassungsrechtliche Bindungen der staatlichen Strafgewalt

Jedes staatliche Strafkonzepkt ist in den Bezugsrahmen einer bestimmten staatlichen Situation eingebettet, allen voran in den rechtlichen Ordnungsrahmen der Verfassung. Moderner Verfassungstradition entsprechend begegnet das deutsche Grundgesetz der staatlichen Strafgewalt und der mit ihr verbundenen Freiheitsbedrohung mit beträchtlicher Skepsis. Um staatliche Strafmaßnahmen in die rechtsstaatlich-demokratische Verfassungsordnung einzubinden, sieht es einen Kanon von Rechtsregeln vor, die speziell dem Schutz des einzelnen vor der staatlichen Strafgewalt gelten. In Reaktion auf die unterschiedlichen Erscheinungsformen und Wirkungsweisen der staatlichen Strafgewalt weist das Grundgesetz ein System abgestufter und aufeinander bezogener Garantien in verschiedenen Funktionsbereichen und auf verschiedenen Ebenen auf, die sich zu einem verfassungsrechtlichen Ordnungsmodell für die staatliche Strafgewalt zusammenfügen. Die spezifisch strafrechtlichen Verfassungsgarantien, die den Gesetzgeber und den Rechtsanwender in vielfältiger Weise binden, greifen sowohl grundrechtliche als auch institutionell-justizstaatliche Garantielemente auf und empfangen aus beiden Gewährleistungssträngen entscheidende Impulse.⁴ Der Gewährleistungsumfang, die Intensität und die Grenzen der verfassungsrechtlichen Eingrenzungen der staatlichen Strafgewalt bezeichnen die schwierige Aufgabe des Rechtsstaats, ein angemessenes Verhältnis zwischen der Freiheitsverwirklichung (auch) durch die staatliche Strafgewalt auf der einen Seite und dem Schutz der Freiheit vor der staatlichen Strafgewalt auf der anderen zu finden.

⁴ Allgemein zur Verschränkung individualrechtlicher und institutioneller Freiheitssicherungen *H. Hofmann*, Menschenrechtliche Autonomieansprüche - Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 51, 57 f.