

Zweiter Teil:
Statisches und Dynamisches im Strafrecht –
Strafverfassungsrechtliche, europastrafrechtliche und
kriminalpolitische Wirkungen auf das materielle Strafrecht

§ 1 Statisches im Strafrecht

»Verfassungsrecht vergeht, Strafrecht besteht«. In freier Anlehnung an *Otto Mayer*¹ lässt sich – trotz der unbestrittenen Verfassungsfundierung und -prägung auch des materiellen Strafrechts² – in etlichen Teilen des StGB eine große legistische Trägheit verzeichnen. So ist seit Erlass des RStGB 1871³ der Straftatbestand der Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB) nahezu vollständig⁴ und der Betrugstatbestand (§ 263 Abs. 1 StGB) in seinen Tatbestandsmerkmalen unverändert geblieben,⁵ und seit immerhin 1941 ist in § 211 Abs. 1, Abs. 2 StGB der Mord durch ident gebliebene textliche Voraussetzungen definiert und mit der (jeweiligen⁶) Höchststrafe bedroht.⁷ Dies wirft die Frage auf, welche Wirkmechanismen es hemmen oder verhindern, dass sich der Textkorpus des StGB – sei es zum »schlechteren«, sei es zum »besseren«⁸ hin – ändert, sprich zu einer »Statik« des StGB beitragen.

Dieses Kapitel gibt sich auf eine Spurensuche nach derartigen Mechanismen und deren Wirkungen, untersucht diese auf ihre strafverfassungsrechtliche (einschl. europastrafrechtliche) Fundierung und ihren kriminalpolitischen

1 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht³, VI (Vorwort zur 3. Auflage).

2 Siehe bereits Einführung I. 1.

3 Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, RGBl. 1871, S. 127.

4 Abseits von einer Adaption an die heutige Schreibweise (»Eigentum«) entspricht die ursprüngliche Androhung einer Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat der heutigen Rechtslage (siehe einerseits § 16 Abs. 1 RStGB: Höchstmaß fünf Jahre, andererseits § 38 Abs. 2 StGB: Mindestmaß ein Monat); lediglich die Möglichkeit, anstelle einer Freiheitsstrafe auf eine Geldstrafe zu erkennen, ist im Wortlaut der Vorschrift erst seit 1975 vorgesehen.

5 Erneut sei daran erinnert, dass diese Untersuchung auf das »positivistische« Gesetzesrecht fokussiert ist und Änderungen bloß in dessen Anwendung außer Acht lässt. Zum bedeutungsvollen Wechselspiel zwischen Recht und Gesetz siehe nur *Waldhoff*, ZfP 2019, 98 (100 f., 102 ff.) m.w.N.

6 Zunächst Todesstrafe, dann lebenslanges Zuchthaus, nun lebenslange Freiheitsstrafe.

7 Vgl. zu alledem *Fuchs*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, §§ 305, 263, 211 StGB; siehe auch *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, S. 174 f.

8 Zur notwendigen Trennung der Beobachtung von der Bewertung siehe oben Einführung II. 1.

Gehalt⁹ – z.B. einer Einordnung als »bloße« *policy*¹⁰ oder aber als *polity*¹¹ – und führt sie, soweit geboten, einer Bewertung zu. Wegen des Zuschnitts des Untersuchungsgegenstands bleiben dabei Resistenzen in der Rechtsanwendung oder in der öffentlichen Wahrnehmung grundsätzlich außen vor, welche Änderungen des Wortlauts der Strafvorschriften geflissentlich und bisweilen über Jahrzehnte ignorieren.¹²

Um diese Spurensuche zu systematisieren, sei zunächst diejenige Statik analysiert, die bereits daraus folgt, dass es sich bei dem StGB um ein formelles Bundesgesetz handelt.¹³ Anschließend wird untersucht, inwieweit der Allgemeine Teil des StGB (strafverfassungsrechtlich) konstitutionalisiert ist oder (kriminalpolitikwissenschaftlich) als konstitutionalisiert wahrgenommen wird.¹⁴ Hinsichtlich des Besonderen Teils bietet sich sodann eine Unterscheidung in Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten einerseits,¹⁵ Pönalisierungsgrenzen und -hemmnisse andererseits an.¹⁶ Es verbleibt jedoch ein breiter Korridor für die politische Ausgestaltung des Allgemeinen und des Besonderen Teils. Allerdings wirken zusätzlich hemmend die Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen¹⁷ und eine stark kriminalpolitisch akzentuierte, aber auch aus einer Schuldzentrierung folgende Strafrechtskontinuität.¹⁸

I. Rechtsförmlichkeit

Seit seinem (unbefristeten) Erlass am 15. Mai 1871¹⁹ stellt das »Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich« den kodifikatorischen Rahmen für das

9 Wegen der unterschiedlichen Perspektiven ist namentlich Strafverfassungsrecht nicht notwendigerweise mit »polity« im kriminalpolitikwissenschaftlichen Sinne gleichzusetzen; ebenso wenig ist jede hemmend wirkende »polity« notwendiger Teil des Strafverfassungsrechts.

10 Zum Begriff siehe Einführung I. 2. a) bb) (1).

11 Zum Begriff siehe Einführung I. 2. a) bb) (3).

12 *Pars pro toto* möge hierfür stehen, dass (auch medial unterstützt) für einen »Mörder« in weiten Teilen der Bevölkerung noch immer derjenige gehalten wird, der »die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat« (§ 211 RStGB 1871).

13 Siehe sogleich § 1 I.

14 Siehe nachfolgend unten § 1 II.

15 Siehe unten § 1 III.

16 Siehe unten § 1 IV.

17 Siehe unten § 1 V.

18 Siehe unten § 1 VI.

19 RGBl. 1871, S. 127.

formelle Kernstrafrecht²⁰ zunächst im Deutschen Reich,²¹ seit 1949 in der Bundesrepublik Deutschland²² dar: Der vormalige, also vorkonstitutionelle Textbestand des RStGB²³ wurde, soweit dieser dem Grundgesetz nicht widersprochen hatte (Art. 123 Abs. 1 GG),²⁴ gestützt auf Art. 125 Nr. 1 GG²⁵ mit Ablauf des 07.09.1949 (erster Zusammentritt des Bundestages) zu (unbefristet gültigem)²⁶ Bundesrecht²⁷ im Rang eines »einfachen«,²⁸ aber

-
- 20 Zur Begriffsdefinition siehe oben Einführung II. 1., S. 66 bei und mit Fn. 183.
- 21 Auf die historischen Besonderheiten insbes. während und nach der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft sei an dieser Stelle nicht näher eingegangen.
- 22 Zum Strafrecht in der DDR siehe einführend *M. Vormbaum*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, § 10 m.w.N. Mit dem Beitritt (»Wiedervereinigung«) am 03.10.1990 wurde das StGB weitgehend für das Beitrittsgebiet in Kraft gesetzt (Art. 8 Einigungsvertrag, BGBl. 1990 II, S. 885; zu Maßgaben und Ausnahmen siehe dessen Anlage I Kapitel III C sowie Anlage II Kapitel III C). Im Saarland galt ebenfalls das (R)StGB in der damaligen Fassung zunächst fort (Art. 132 Verfassung des Saarlandes v. 15.12.1947, Abl. Saarland 1947, S. 1077) und wurde in weiterer Folge nur punktuell geändert. Mit dem Beitritt des Saarlandes zur Bundesrepublik Deutschland am 01.01.1957 galt zunächst im Saarland dieses »saarländische« StGB als *Bundesrecht* fort (§ 5 Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes v. 23.12.1956, BGBl. 1956 I, S. 1011; in § 15 dieses Gesetzes war das StGB nicht genannt). Eine Harmonisierung erfolgte erst durch § 1 Abs. 1 Gesetz zur Einführung von Bundesrecht im Saarland v. 30.06.1959, BGBl. 1959 I, S. 313: Das Strafrecht war in der Negativliste des § 2 dieses Gesetzes nicht genannt; auch gab es nur eine sehr begrenzte strafrechtsbezogene Übergangsvorschrift (§ 5 des vorgenannten Gesetzes).
- 23 Eine erste Neubekanntmachung erfolgte bereits 1876; RGBl. 1876, S. 39. Siehe hierzu und zu den nachfolgenden Neubekanntmachungen *F.-C. Schroeder*, NJW 1975, 1870 (1870).
- 24 *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 125 GG Rn. 1; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 123 GG Rn. 5, 8: andernfalls Nichtigkeit.
- 25 Soweit sich für einzelne Tatbestände des Besonderen Teils vertreten ließe, sie beträfen ausschließliche Zuständigkeiten des Bundes, ergäbe sich dieselbe Rechtsfolge aus Art. 124 GG. Darauf kommt es für die hiesige Untersuchung indes nicht an.
- 26 Siehe hierzu sogleich § 1 I. 1.
- 27 Grundlegend BVerfGE 23, 113 (123 ff.) zu § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB a.F.; siehe ergänzend *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 125 GG Rn. 7 zur Derogations- (Art. 31 GG) und Sperrwirkung (Art. 72 Abs. 1 GG) des dergestalt transformierten Rechts, sowie *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 123 GG Rn. 12 zur unbefristeten Fortgeltung. Der Klarstellung halber: hier wie nachfolgend wird »Geltung« – trotz aller Schwierigkeiten dieser Sichtweise – positivistisch verstanden.
- 28 D.h.: nicht mit Verfassungsrang. Allgemein zur Kontinuität des einfachen Rechts bei Evolutionen und Revolutionen des Verfassungsrechts *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 1 ff. m.w.N.; ergänzend *A. Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 87 f., 97.

förmlichen²⁹ Gesetzes. Seitdem erfolgten zwar etliche Änderungsgesetze³⁰ und Neubekanntmachungen³¹ in den Jahren 1953,³² 1969,³³ 1975,³⁴ 1987³⁵ und zuletzt 1998,³⁶ jedoch kein Erlass eines neuen Stammgesetzes als konstitutive Neufassung.³⁷ Bereits aus diesem rechtsförmlichen Hintergrund resultiert aus dreierlei Gründen eine beachtliche Statik in der Konstruktion des materiellen Strafrechts.

1. Unbefristete Fortgeltung des StGB

a) Rechtstheoretischer Hintergrund

Weder der ursprüngliche Erlass des Strafgesetzbuchs noch zwischenzeitliche Änderungsgesetze erfolgten auf Zeit. Daher wurden sie mit ihrem jeweili-

29 Zum Maßstab und zur Rechtsprechung, welchen Rang vorkonstitutionelles Recht einnimmt, *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 38 f. Implizit auch BVerfGE 23, 113 (123): Andernfalls fiel die Argumentation wegen des in Art. 104 Abs. 1 GG statuierten Erfordernisses eines förmlichen Gesetzes in sich zusammen.

30 Zum Begriff und den Rechtsförmlichkeiten eines Änderungsgesetzes siehe nur *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Teil D; *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 2 ff. m.w.N.; *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 47 ff.

31 Zu den Rechtsförmlichkeiten siehe nur *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Teil G sowie *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 4 ff. m.w.N.; monographisch hierzu *M. Klein*, Neubekanntmachung; siehe ferner unten § 2 I. 1. a).

32 BGBl. 1953 I, S. 1083. Unstimmigkeiten in der Neubekanntmachung postuliert *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 6 ff.

33 BGBl. 1969 I, S. 1445, als »Bekanntmachung der Neufassung« titulierte; Art. 102 des 1. StrRG (BGBl. 1969 I, S. 645 [680]) ermächtigte zur Bekanntmachung des durch dieses Gesetz geänderten StGB »in der neuen Fassung«. Unstimmigkeiten in der Neubekanntmachung postuliert *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 9 ff.

34 BGBl. 1975 I, S. 1. Unstimmigkeiten in der Neubekanntmachung postuliert *Fuchs*, Die Nichtigkeit weiter Teile des Strafgesetzbuchs, S. 13 ff.

35 BGBl. 1987 I, S. 945.

36 BGBl. 1998 I, S. 3322.

37 Zum Begriff und den Rechtsförmlichkeiten eines Stammgesetzes siehe nur *Bundesministerium der Justiz*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit³, Teil C; ergänzend *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 46 m.w.N.

gen Inkrafttreten³⁸ zum Bestandteil der zu beachtenden Rechtsquellen³⁹ und beanspruchen seitdem und bis auf Weiteres – jedenfalls aus positivistischer Sicht⁴⁰ – grundsätzlich⁴¹ Geltung. Diese entfällt, abgesehen von Revolutionen oder Verfassungsneugebungen,⁴² nur bei Aufhebung oder Änderung durch ein anderes, verfassungskonform zustande gekommenes, förmliches Gesetz.⁴³

Abgesehen von der »lex posterior derogat legi anteriori«-Regel⁴⁴ nutzt sich das Gesetz somit nicht ab; es hat keine inhärente »Haltbarkeit«, kein »Verfallsdatum«⁴⁵ und bedarf auch keiner erneuten positiven Bekräftigung oder Bestätigung durch den Gesetzgeber; gesetzgeberische Inaktivität führt zu Statik, nur gesetzgeberische Aktivität kann eine Dynamik entfalten. Damit wirkt ein jedes Gesetz ab seinem Inkrafttreten grundsätzlich strukturell konservativ⁴⁶ bzw. statisch. Ausnahmen von dem vorgenannten Grundsatz können lediglich bestehen, wenn der Gesetzgeber den zeitlichen Geltungsbereich nicht nur einseitig (Inkrafttreten), sondern zweiseitig (In- und Außerkrafttreten) regelt. Derartige Bestimmungen werden als »sunshine clauses« bezeichnet, derartige Gesetzgebung als »experimentell«.⁴⁷

-
- 38 Zum Inkrafttreten als Regelung des zeitlichen Geltungsbereichs eines Gesetzes siehe nur *Butzer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 82 GG Rn. 1.
- 39 *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 78, 224 f.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 38 f.
- 40 Vgl. *Potacs*, Rechtstheorie², S. 57 ff.; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 332 ff.; *Vesting*, Rechtstheorie², S. 91 ff.
- 41 Ausnahmen bestehen bei verfassungswidrigen sowie europarechtswidrigen Normen.
- 42 Zur Notwendigkeit gesetzlicher Kontinuität auch bei derartigen Ereignissen *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 1 ff. m.w.N.
- 43 Zur Abhängigkeit der Rechtsquellenlehre von der Rechtsordnung selbst (und damit von der Verfassungsquellenlehre) vgl. *Potacs*, Rechtstheorie², S. 61; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 218; zum Erfordernis von Parlamentsgesetzen zur Änderung des StGB siehe sogleich § 1 I. 2.
- 44 Statt vieler *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹², Rn. 772; *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 62 f.
- 45 Zu einer Forderung *Thomas Jeffersons* nach einem 19jährigen Verfallsdatum der US-Verfassung und jeglicher Gesetzgebung und ähnlichen Forderungen z.B. *Jean-Jacques Rousseaus* siehe *Myers*, Boston College Law Review 40 (2008), 1328 (1328, 1332 f., 1356 ff.) m.w.N.
- 46 *Myers*, Boston College Law Review 40 (2008), 1328 (1333) – hier wie dort (»very conservative«) im Wortsinne, nicht notwendigerweise im politischen Sinne.
- 47 Zum Sprachgebrauch siehe nur *Nieto Martín*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 97 (133 ff.); *Wollmann*, in: Schreckenberger/K. König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, S. 72 ff.

b) Zeitgesetze und experimentelle Strafgesetzgebung

Das StGB ist daher in seiner Gänze kein Zeitgesetz im engeren Sinne des § 2 Abs. 4 StGB;⁴⁸ für die bisherigen Änderungsgesetze wurde dieser Weg ebenfalls nicht beschritten. Auch sonst nutzt die Strafgesetzgebung selten die Möglichkeit einer zeitlichen Befristung⁴⁹ von Strafvorschriften.⁵⁰

Neben einer kriminalpolitisch wie strafverfassungsrechtlich intendierten Dauerhaftigkeit von Gesetzgebung⁵¹ dürfte ein wesentlicher Grund für diese Zurückhaltung darin liegen, dass es sich um eine begründungspflichtige⁵² und daher eng auszulegende Ausnahme (§ 2 Abs. 4 StGB) handelt, ein Strafgesetz auch nach dessen Außerkrafttreten für während dessen Geltung begangene Taten anzuwenden.⁵³ Dies gilt umso mehr, als dass es sich bei dem Grundsatz des § 2 Abs. 3 StGB (»Meistbegünstigungsprinzip«) um eine Maßgabe handelt, die – entgegen dem BVerfG⁵⁴ – in Art. 103 Abs. 2 GG und vor allem (innerhalb dessen Anwendungsbereichs) in Art. 49 Abs. 1

48 Zur Begriffsdefinition als Gesetz, für das »bei seiner Verkündung oder später ein kalendermäßiger Zeitpunkt oder ein sonstiges in der Zukunft liegendes Ereignis bestimmt wird, an dem es außer Kraft treten soll«, siehe nur BGHSt 6, 30 (36); *Dannecker/Schuhr*, in: LK¹³, § 2 StGB Rn. 155; *Satzger*, in: SSW-StGB⁵, § 2 StGB Rn. 34; *Schmitz*, in: MK-StGB⁴, § 2 StGB Rn. 61.

49 Zu Zeitgesetzen im weiteren Sinne siehe sogleich noch bei und mit Fn. 53.

50 Beispiele bei *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht⁵, Rn. 317 f.; zur zeitlich befristeten Dekriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in Frankreich vgl. *Nieto Martín*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 97 (134).

51 Siehe hierzu noch unten § 1 I. 3.; *Hassemer/Kargl*, in: NK⁵, § 2 StGB Rn. 49 verweisen auf diesen Aspekt und bezeichnen Zeitgesetze plakativ als »Fremdkörper[, der] nur in eng beschriebenen Ausnahmefällen akzeptabel« sei.

52 Vgl. *Tuengerthal/Rothenhöfer*, wistra 2014, 417 (420); *Gaede*, wistra 2011, 365 (369); *M. Jahn/Brodowski*, in: FS Neumann, S. 883 (889); gegen jede Einschränkung des *lex mitior*-Grundsatzes im Anwendungsbereich des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh indes *Rothenfußler/C. Jäger*, NJW 2016, 2689 (2694 f.). Siehe ergänzend EuGH, Urt. v. 06.10.2016 – C-218/15 (Paoletti u.a.).

53 Diese Möglichkeit soll neben den vorgenannten Zeitgesetzen im engeren Sinne auch dann bestehen, wenn die Auslegung eines Strafgesetzes einen klaren Zeitbezug ergibt (Zeitgesetz im weiteren Sinne); BGHSt 6, 30 (36); *Dannecker/Schuhr*, in: LK¹³, § 2 StGB Rn. 155; *Satzger*, in: SSW-StGB⁵, § 2 StGB Rn. 35; einschränkend *Schmitz*, in: MK-StGB⁴, § 2 StGB Rn. 66.

54 BVerfGE 81, 132 (135) zu § 4 Abs. 3 OWiG; (nur) auf Kammerebene zu § 2 Abs. 3 StGB BVerfG, Beschl. v. 19.02.1993 – 2 BvR 1551/92 = NJW 1993, 2167 (2168); offen gelassen in BVerfG, Nichtannahmebschl. v. 03.05.2018 – 2 BvR 463/17 –, Rn. 31.

Satz 3 GRCh strafverfassungsrechtlich verankert ist.⁵⁵ Daneben soll gegen ein bloß auf Zeit erlassenes Strafgesetz sprechen, dass dessen general- und spezialpräventive Überzeugungskraft geringer sei.⁵⁶ Schließlich kann jedes Außerkrafttreten eines Strafgesetzes zu Diskussionen über die weitere Strafvollstreckung⁵⁷ oder über die Rehabilitation zuvor Verurteilter⁵⁸ führen.

c) Resistenz gegen strafverfassungsrechtliche Kontrolle

Eine beachtliche Folge der unbefristeten Fortgeltung des StGB ist eine reduzierte Möglichkeit, dieses bzw. einzelne Strafvorschriften einer strafverfassungsrechtlichen Überprüfung zuzuführen.⁵⁹

aa) Nachkonstitutionelles Recht

Eine Rechtssatzkontrolle im Wege der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 13 Nr. 8a BVerfGG) ist nämlich an die starre Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG gebunden, bei der es sich um eine Ausschlussfrist handelt.⁶⁰ Begründet wird dies vor allem mit dem Erfordernis von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.⁶¹ Die vorgenannte Jahresfrist wird weder durch

55 Gaede, wistra 2011, 365 (367 ff.); M. Jahn/Brodowski, in: FS Neumann, S. 883 (886 ff.); jew. m.w.N.

56 So die § 2 Abs. 4 StGB tragende Argumentation, vgl. nur Hassemer/Kargl, in: NK⁵, § 2 StGB Rn. 47; Dannecker/Schuh, in: LK¹³, § 2 StGB Rn. 152 m.w.N.

57 Eine Gesetzesänderung oder -aufhebung hindert die weitere Strafvollstreckung grundsätzlich nicht (Hecker, in: Schönke/Schröder³⁰, § 2 StGB Rn. 17; Schmitz, in: MK-StGB⁴, § 2 StGB Rn. 87); sie ist auch kein in § 359 StPO genannter Wiederaufnahmegrund. Ausnahmen bestehen nur in den Grenzen des § 79 Abs. 1 BVerfGG und des § 359 Nr. 6 StPO.

58 Im Untersuchungszeitraum zuletzt manifestiert im Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitation der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen, BGBl. 2017 I, S. 2443; nachfolgend durch die Einfügung des Art. 316n EGStGB, BGBl. 2022 I, S. 1082.

59 So zusammenfassend M. Jahn, in: Verfassungsbeschwerde in Strafsachen², Rn. 245.

60 Für Gesetze, die vor dem 01.04.1951 in Kraft getreten sind, ist die Frist am 01.04.1952 abgelaufen, § 93 Abs. 4 BVerfGG. Zu vorkonstitutionellem Recht siehe aber noch sogleich § 1 I. 1. c) bb).

61 Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 93 BVerfGG Rn. 2 f., 5, auch unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 30.06.2009 – 1 BvR 1378/09 – (nicht veröffentlicht). Siehe ergänzend BVerfGE 11, 255 (260); BVerfGE 23, 229 (238); B. Grünwald, in:

Neubekanntmachungen⁶² noch durch Änderungen in Gang gesetzt, solange diese nicht eine neue, andere oder intensivere Beschwer beinhalten.⁶³

Zwar wird in der Literatur diskutiert, von der Jahresfrist dann zu disponieren, wenn die durch eine Rechtsnorm folgende Beschwer erst nachträglich eintritt oder erst nachträglich bekannt wird.⁶⁴ In Bezug auf Strafvorschriften ließe sich diese Argumentationslinie durch die ständige Rechtsprechung des BVerfG verstärken, dass ein Verweis auf bloß nachträgliche verfassungsgerichtliche Kontrolle unzumutbar sei.⁶⁵ Indes hat die Rechtsprechung diese Argumentation bislang nicht hinreichend rezipiert.⁶⁶ Ohnehin entstünde dann die Frage, nach welchem Maßstab der individuelle Fristbeginn zu bestimmen sei (Grundrechtsmündigkeit? Strafmündigkeit, § 19 StGB? Konkrete Überlegung, gegen eine konkrete Strafnorm zu verstoßen?). Es erscheint folglich reichlich theoretisch, dass veraltete und möglicherweise verfassungswidrige Strafnormen dergestalt einer Kontrolle zugeführt werden.⁶⁷

BeckOK-BVerfGG¹⁴, § 93 BVerfGG Rn. 4; Zuck, in: Lechner/Zuck⁸, § 93 BVerfGG Rn. 2; Lenz/Hansel, BVerfGG³, § 93 BVerfGG Rn. 3, 6.

62 BVerfGE 137, 108 (139 f.); ergänzend Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 93 BVerfGG Rn. 84; Lenz/Hansel, BVerfGG³, § 93 BVerfGG Rn. 102, jeweils m.w.N.

63 Vgl. nur BVerfGE 137, 108 (139); BVerfG, Beschl. v. 12.11.2009 – 2 BvR 2034/04 –, Rn. 32 = BVerfGK 16, 396; ergänzend Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 93 BVerfGG Rn. 85 sowie Lenz/Hansel, BVerfGG³, § 93 BVerfGG Rn. 101 ff., jeweils m.w.N. Zur Frage, ob eine Strafschärfung eine intensivere Beschwer bedeutet, siehe unten § 4 III. 2. e).

64 Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 93 BVerfGG Rn. 78 ff. m.w.N.; Lenz/Hansel, BVerfGG³, § 93 BVerfGG Rn. 105 ff.; Zuck, in: Lechner/Zuck⁸, § 93 BVerfGG Rn. 72 f.; Schenke, in: FS Steiner, S. 682 (729 ff.).

65 Siehe nur BVerfGE 46, 246 (256); BVerfGE 81, 70 (82 f.); BVerfGE 97, 157 (165); BVerfGE 138, 261 (Rn. 23); BVerfGE 145, 20 (Rn. 85). Mit ähnlicher Argumentation auch Lenz/Hansel, BVerfGG³, § 93 BVerfGG Rn. 108.

66 In BVerfGE 77, 170 (221) erachtete das BVerfG wegen außergewöhnlicher Umstände (Nichterkenntbarkeit der konkreten Betroffenenheit; Geheimhaltung der entscheidenden Durchführungsmaßnahmen) eine Verfassungsbeschwerde trotz Fristablauf für zulässig. In BVerfG NJW 1997, 650 lehnte eine Kammer einen solchen Dispens bei einer zivilrechtlichen Fallgestaltung ab, weil fachgerichtlicher Rechtsschutz nicht unzumutbar erschien.

67 Wenngleich mit der Verfassungsbeschwerde – insoweit nicht fristgebunden – auch ein gesetzgeberisches Unterlassen gerügt werden kann, greift dies nur bei *vollständigem* (Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 93 BVerfGG Rn. 90 m.w.N.) Unterlassen oder in Fällen *evidenter* Unerträglichkeit. Es reicht im Übrigen nicht aus, wenn es der Gesetzgeber lediglich unterlassen hat, eine verfassungswidrige bzw. verfassungswidrig gewordene Regelung zu korrigieren (M. Jahn, in: Verfassungsbeschwerde in Strafsachen², § 2 Rn. 114). Hierzu noch unten § 4 II. 3.

Daher verbleiben vor dem BVerfG faktisch bei nachkonstitutionellen⁶⁸ Bestandsnormen des StGB nur die Möglichkeiten einer abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG) und einer konkreten Inzidentkontrolle, insbesondere im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 13 Nr. 8a BVerfGG). Soweit eine konkrete, in das StGB aufgenommene Strafvorschrift ausnahmsweise vollständig unionsrechtlich determiniert ist,⁶⁹ wirkt sich diese Zulässigkeitschürde auch auf die verfassungsgerichtliche Kontrolle am Maßstab der Unionsgrundrechte aus.⁷⁰

Großzügiger ist indes der EGMR im Hinblick auf Individualbeschwerden, die sich auch unmittelbar gegen ein Strafgesetz richten können, wenn für den Beschwerdeführer eine individuelle Gefahr der Strafverfolgung besteht.⁷¹ Zwar ist die Individualbeschwerde subsidiär gegenüber Rechtsschutz auf nationaler Ebene und zudem an eine sechsmonatige Frist gebunden (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Allerdings berechnet der EGMR den Fristbeginn erst ab nachträglichem Eintritt einer Beschwer oder ab Kenntnisnahme hiervon; zudem sei, so der EGMR, das Fristerfordernis bei einer noch fortdauernden Situation nicht anwendbar.⁷² Dies ermöglicht es dem EGMR – selbstredend

68 Zu vorkonstitutionellem Recht siehe sogleich § 1 I. 1. c) bb).

69 Siehe hierzu unten § 1 III. 1. b) cc).

70 Eine Individualbeschwerde vor dem EuGH gegen ein nationales Gesetz ist nicht statthaft. Bahnbrechend zur verfassungsgerichtlichen Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte BVerfGE 152, 216 (Ls. 1, Rn. 50) (»Recht auf Vergessen II«) – aus strafrechtlicher Sicht hierzu *Swoboda*, ZIS 2021, 66 ff.; *M. Heger/Huthmann*, ZStW 133 (2021), 777 ff. – sowie die Übernahme dieser Grundsätze durch den *Zweiten Senat* in einer Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl, BVerfGE 156, 182 m. Bspr. *Brodowski*, StV 2021, 682 ff. Siehe ferner *Bäcker*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 169 (172 ff.) mit der Forderung, das BVerfG solle im unionsrechtlich nicht vollständig determinierten Bereich weitergehend – d.h. über BVerfGE 152, 152 (»Recht auf Vergessen I«) hinausgehend – die Unionsgrundrechte zum Prüfungsmaßstab erheben.

71 Aus neuerer Rechtsprechung siehe nur EGMR [GK], Urt. v. 27.04.2010 – Nr. 7/08, Rn. 104 (*Tănase ./. Moldawien*); EGMR [GK], Urt. v. 22.12.2009 – Nr. 27996/06 und 34836/06 (*Sejdić und Finci ./. Bosnien und Herzegowina*), Rn. 28; EGMR [GK], Urt. v. 29.04.2008 – Nr. 13378/05 (*Burden ./. Vereinigtes Königreich*), Rn. 34; EGMR, Urt. v. 06.12.2012 – Nr. 12323/11 (*Michaud ./. Frankreich*), Rn. 51 f.; ergänzend *Meyer-Ladewig/Kulick*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*⁴, Art. 34 EMRK Rn. 28.

72 Aus neuerer Rechtsprechung siehe nur EGMR [GK], Urt. v. 29.06.2012 – Nr. 27396/06 (*Sabri Güneş ./. Türkei*), Rn. 54; EGMR [GK], Urt. v. 18.09.2009 – Nr. 16064/90 u.a. (*Varnava u.a. ./. Türkei*), Rn. 157 ff.; EGMR, (Zulässigkeits-)Beschl. v. 02.07.2002 – Nr. 76573/01 (*Dennis u.a. ./. Vereinigtes Königreich*); zuvor EGMR [Plenum], Urt. v. 26.10.1988 – Nr. 10581/83 (*Norris ./. Irland*), Rn. 31; siehe er-

begrenzt auf Verstöße gegen die EMRK –, auf Individualbeschwerden hin auch seit langem bestehende Strafvorschriften für konventionswidrig zu erklären,⁷³ was eine Umsetzungsverpflichtung auslöst (Art. 46 EMRK), spricht den nationalen Strafgesetzgeber zur unverzüglichen Streichung oder Anpassung der konventionswidrigen Strafnorm verpflichtet.⁷⁴

bb) Vorkonstitutionelles Recht

Ist vorkonstitutionelles Recht hingegen nicht mit dem Grundgesetz vereinbar, so gilt es bereits nicht fort (Art. 123 ff. GG).⁷⁵ Insoweit besteht kein Normverwerfungsmonopol des BVerfG.⁷⁶ Dies führt indes dazu, dass es keinen effektiven Rechtsweg gibt, mit dem sich außerhalb eines konkreten Strafverfahrens⁷⁷ die Allgemeinverbindlichkeit einer vorkonstitutionellen Norm klären ließe.⁷⁸

Zwar lässt das BVerfG es ausreichen, dass der Gesetzgeber den vorkonstitutionellen Rechtssatz in seinen Willen aufgenommen habe, damit es zu nachkonstitutionellem Recht werde.⁷⁹ Bemerkenswerterweise reicht dies jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG gerade nicht aus, um die Frist des § 93 Abs. 3 BVerfGG (neu) beginnen zu lassen.⁸⁰ Zudem setzt es für

gänzend *Esser*, in: LR²⁶, EMRK Teil II Rn. 188; *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, EMRK Verfahrensrecht Rn. 61.

73 Zur Konventionswidrigkeit einer Strafbestimmung betreffend Wahlwerbung EGMR [GK], Urt. v. 19.02.1998 – Nr. 24839/94 (*Bowman* ./ Vereinigtes Königreich); zur Konventionswidrigkeit von Strafbestimmungen betreffend homosexuelle Handlungen EGMR [Plenum], Urt. v. 22.10.1981 – Nr. 7525/76 (*Dudgeon* ./ Vereinigtes Königreich); EGMR [Plenum], Urt. v. 26.10.1988 – Nr. 10581/83 (*Norris* ./ Irland). Darauf, dass die Anwendung der Strafvorschriften in der Praxis hierfür nicht entscheidend ist, weist dezidiert *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, EMRK Verfahrensrecht Rn. 24 hin.

74 Allgemein hierzu *Meyer-Ladewig/Brunozzi*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer⁴, Art. 46 EMRK Rn. 32; *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, EMRK Verfahrensrecht Rn. 357; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht², § 9 Rn. 110.

75 Siehe hierzu bereits oben § 1 I. bei und mit Fn. 24.

76 BVerfGE 2, 124 (128 ff.); BVerfGE 16, 329 (331 f.); BVerfGE 70, 126 (129); *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 123 GG Rn. 47; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 123 GG Rn. 19.

77 Dann jedenfalls mittels einer Entscheidung des *Großen Senats* des BGH.

78 Das Verfahren nach Art. 126 GG dient nur der Bestimmung der Rangordnung, nicht der Klärung der »Frage des Fortgeltens eines vorkonstitutionellen Gesetzes schlechthin«, BVerfGE 16, 329 (331); *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 126 GG Rn. 22 ff.; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 126 GG Rn. 4.

79 Zum Maßstab siehe nur BVerfGE 70, 126 (129 f.).

80 BVerfGE 11, 255 (Ls., 260).

die vorgenannte »Aufnahme in den Willen« einen vergleichsweise strengen Maßstab an. Gestützt hierauf konnte es das BVerfG über lange Jahre vermeiden, zu einigen strafverfassungsrechtlich bedenklichen Vorschriften des StGB Stellung beziehen zu müssen.⁸¹

d) Zusammenführung

Die unbefristete Fortgeltung des StGB führt somit, verknüpft mit der reduzierten verfassungsgerichtlichen Kontrollierbarkeit von Bestandsnormen, zu einer konservierenden »Versteinerung« dieses Gesetzes, die sich nur durch eine parlamentarische Änderungs- oder Aufhebungsgesetzgebung⁸² aufbrechen lässt. Diese Eigenschaft des Strafrechts – und des Gesetzesrechts überhaupt – trägt gewiss zur Rechtssicherheit und damit zum Rechtsfrieden bei. Diese Zwecke stehen indes im Recht nicht für sich, sondern müssen jedenfalls in diesem Kontext auch mit anderen Faktoren – insbesondere Anpassung bzw. Weiterentwicklung des Rechts und demokratische Legitimation – zum Ausgleich gebracht werden.⁸³

2. Erfordernis von Parlamentsgesetzen zur Änderung des StGB

Weil es sich bei dem StGB um ein Gesetz nicht nur im materiellen⁸⁴ sondern auch im formellen Sinne⁸⁵ handelt, sprich es im Rang eines förmlichen Gesetzes steht, kann sein Text – jedenfalls soweit er rechtlich erheblich ist⁸⁶

81 Verwiesen sei insbes. auf BVerfGE 23, 272 zu § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a.F.; BVerfGE 24, 20 zu § 244 StGB a.F.; BVerfGE 25, 25 zu § 236 StGB a.F.; BVerfGE 25, 213 zu § 166 StGB a.F.; BVerfGE 32, 256 zu § 361 Nr. 4 StGB a.F.

82 Hierzu sogleich § 1 I. 2.

83 Siehe hierzu noch unten § 3 III.

84 Zur Definition statt vieler *Potacs*, Rechtstheorie², S. 59.

85 Zur Definition statt vieler *Potacs*, Rechtstheorie², S. 59.

86 Eine erste – allgemein anerkannte – Ausnahme findet sich in der Neubekanntmachung von Gesetzen, die mit der Bereinigung textlicher Unstimmigkeiten verbunden sein darf, vgl. BVerfGE 23, 276 (284). Die Grenze des Zulässigen ist wie beim Berichtigungsverfahren aber dann überschritten, wenn der »rechtlich erhebliche[...] Inhalt« der Normen berührt wird, vgl. erneut BVerfGE 23, 276 (284). Mindestens an der Grenze des Zulässigen war daher bei der Neubekanntmachung des StGB 1975, dass das Bundesministerium der Justiz die Abkürzung »StGB« ohne ausdrückliche Befugnis in der Gesetzesüberschrift ergänzte, hierzu *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 211; *F.-C. Schroeder*, NJW 1975, 1870 (1875).

Eine zweite, diffiziler zu beurteilende Ausnahme betrifft die einer sog. *gesetzesverän-*

– nur im förmlichen Gesetzgebungsverfahren des Grundgesetzes (Art. 76 ff. GG) geändert, ergänzt oder (ganz oder teilweise) aufgehoben werden.⁸⁷ Diese Gewährleistung wird in Bezug auf die Androhung und Verhängung von Freiheitsstrafen zusätzlich durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG flankiert, welcher ebenfalls einen Vorbehalt eines förmlichen Gesetzes statuiert,⁸⁸ und allgemein-strafrechtlich durch Art. 103 Abs. 2 GG, soweit dieser dem Parlamentsgesetzgeber auferlegt, »selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit [zu] entscheiden«,⁸⁹ und damit den Spielraum für die Delegation auf Rechtsverordnungen – mithin den Spielraum für gubernative Rechtsetzung – eingrenzt.⁹⁰

Die somit für eine jede Änderung des StGB nötige Bemühung eines Gesetzgebungsverfahrens lässt sich politikwissenschaftlich als »polity« verstehen, weil sie den formellen Rahmen für die Verwirklichung kriminalpolitischer Inhalte (»policy«) setzt. Ein jeder zur Umsetzung solcher Inhalte erforderliche Prozess (»politics«, sprich ein konkretes Gesetzgebungsverfahren) ist allerdings ressourcenaufwändig: Dies bezieht sich zunächst auf Zeit- und Personalaufwand in den Legislativorganen und auch bei den weiteren politischen Akteuren, die im Gesetzgebungsverfahren formell oder informell mitwirken oder auf dieses einzuwirken versuchen.⁹¹ Zudem ist jeder einzelne Schritt des Gesetzgebungsverfahrens »durch politische Abwägung und nicht zuletzt [bei der] Frage des Timings [...] bedeutungsgeladen«,⁹² sprich von der Verwirk-

dernden Verordnung: Durch die Zehnte Zuständigkeitsanpassungsverordnung (unten Anhang A VI. 5.) wurde in §§ 89a Abs. 4 Satz 1 und 2, 89b Abs. 4, 129b Abs. 1 Satz 3 StGB die Behördenbezeichnung jeweils zu »Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz« geändert. Diese Verordnung kann sich zwar auf § 2 ZustAnpG und die Organisationshoheit der Bundesregierung stützen. Dennoch verbleibt ein gravierendes Unbehagen, dass durch untergesetzliches Recht (hier eine Verordnung) – wenn auch in geringem Rahmen – ein förmliches Strafgesetz verändert wird. Zust. zu gesetzesverändernden Verordnungen im Kontext von Zuständigkeitsanpassungen *Brandner/Uwer*, DÖV 1993, 107 (112 f.); *Busse*, DÖV 2003, 407 (412 f.); abl. *Kube*, NVwZ 2003, 57 (58 f.) sowie allgemein abl. *Wallrabenstein*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 80 GG Rn. 10; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 80 GG Rn. 99.

87 Statt vieler *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 62. Zu dem für die hiesige Fragestellung unerheblichen Streit, ob ein Änderungsgesetz das Stammgesetz unmittelbar verändert (»Kern-Hülle-Modell«) oder aber sich als neue Schicht über den alten Text legt (»Schichtenmodell«), siehe *M. Klein*, Neubekanntmachung, S. 47 ff. m.w.N.

88 Näher unten § 7 III. 3.

89 BVerfGE 143, 38 (Rn. 36) (»Rindfleischetikettierung«); zuvor insbes. BVerfGE 130, 1 (43); BVerfGE 126, 170 (194 f.); BVerfGE 75, 329 (340 ff.).

90 Siehe hierzu noch unten § 7 III. 3. m.w.N.

91 Zum Gesetzgebungsverfahren siehe noch unten § 4; an dieser Stelle sei nur auf *Böhm* bei *Peikert/Reinelt/Witt*, ZStW 131 (2019), 1126 (1194) verwiesen.

92 *K.-R. Korte/Fröhlich*, Politik und Regieren in Deutschland³, S. 70.

lichung politischer Interessen und insbesondere des politischen Machterhalts bzw. Machtgewinns⁹³ in der »Verhandlungs- und Wettbewerbsdemokratie« Deutschlands⁹⁴ geprägt. Eine wesentliche Komponente ist daher, inwieweit ein Gesetzesvorhaben politischen Ertrag (insbesondere in Gestalt von Wählerzuspruch und daher Machterhalt) verspricht.⁹⁵ Dabei zeigt sich häufig, dass »Parteien und ihre[...] Abgeordnete[n] weniger in der Durchsetzung neuer Ideen, als vielmehr in der Bewahrung des Bestehenden« wirken.⁹⁶ Zudem können die Gründe, die ursprünglich zum demokratischen Entschluss einer Kriminalisierung geführt haben, zwischenzeitlich entfallen sein, ohne dass zugleich eine demokratische Mehrheit für eine Entkriminalisierung besteht und diese auch durchzusetzen vermag.⁹⁷ Für eine jede, noch so kleine Änderung eines Gesetzes sind daher nicht nur die vorgenannten, begrenzten personellen und politischen Ressourcen erforderlich, sondern auch ein politisch günstiger Moment⁹⁸. Im Zusammenspiel wirkt sich dies bewahrend auf die bestehende Strafrechtsordnung aus, durchaus mit besonderer Bremswirkung für jeden Versuch einer Dekriminalisierung.

3. Dauerhaftigkeit von Gesetzgebung

Nachdem zuvor die Frage im Vordergrund stand, warum Gesetzen nach ihrem Inkrafttreten eine starke Dauerhaftigkeit anhaftet, sei nun der prospektiven

93 Vgl. *Beale*, *American University Law Review* 54 (2005), 747 (772) zu den USA.

94 *K.-R. Korte/Fröhlich*, *Politik und Regieren in Deutschland*³, S. 75 ff.

95 Die Risiken, aber auch die Chancen für solchen politischen Ertrag werden dabei als umso größer wahrgenommen, je mehr sich die gesellschaftliche Aufmerksamkeit auf eine bestimmte Regelungsmaterie richtet. Diese Chancen erscheinen daher beim Strafrecht als vergleichsweise groß – was (je nach Ausgangslage und Mut) dynamisierend, aber vor allem hemmend wirken kann. Instruktiv hierzu *Beale*, *American University Law Review* 54 (2005), 747 (772) (zu den USA) m.w.N. und mit Hinweisen darauf, dass die politischen Risiken auch bei faktisch entbehrliehen Straftatbeständen als besonders groß wahrgenommen werden.

96 *Ebner*, *Die Zeit des politischen Entscheidens*, S. 86 f. m.N. (Hervorhebung im Original). Siehe auch *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, S. 385: Es gebe eine »gesteigerte[...] rechtspolitische[...] Begründungslast« dahingehend, dass eine »Vermutung der Vernünftigkeit des status quo [...] zu widerlegen« sei.

97 *Myers*, *Boston College Law Review* 40 (2008), 1328 (1332 ff.).

98 Mit *Guttenberg*, *Verfassung und Verfassungsvertrag*, Vorwort, ließe sich auch von einem *Καρός* (*Kairos*) sprechen. Bei dem hier zitierten Vorwort liegt der Verdacht fern, dass es sich um ein Plagiat handelt.

Komponente nachgegangen, ob und inwieweit neue Gesetzgebung zumindest die Intention einer Dauerhaftigkeit verfolgen muss.

a) *Verbot von strafrechtlicher Einzelfallgesetzgebung*

Eine erste Komponente der prospektiven Dauerhaftigkeit von Gesetzgebung resultiert aus Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. Diese Bestimmung statuiert (negativ) ein Verbot der Einzelfallgesetzgebung und (positiv) ein Gebot der Allgemeinheit des Gesetzes in Bezug auf grundrechtseingreifende Gesetze. Diese Garantie ist auf Strafgesetze ohne Weiteres anwendbar, da es sich dabei zwingend um förmliche Gesetze⁹⁹ handelt und die Garantie entgegen früherer Rechtsprechung des BVerfG¹⁰⁰ – anders als das Zitiergebot – auch nicht auf Eingriffe in spezielle Grundrechte begrenzt ist, sondern sich zumindest auch auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) erstreckt¹⁰¹ und damit jedenfalls sämtliche Strafbegründungen und -schärfungen erfasst.¹⁰² Zwar verbietet Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG es nicht, einen Einzelfall *zum Anlass* eines Gesetzgebungsverfahrens werden zu lassen.¹⁰³ Vielmehr sind es nicht selten prägnante Einzelfälle, die erst das für ein Gesetzgebungsverfahren nötige politische Momentum entfachen.¹⁰⁴ Grundsätzlich ist es aber verfassungsrechtlich verboten, durch ein in Grundrechte eingreifendes Gesetz

99 Zu dieser Begrenzung des Anwendungsbereichs siehe nur *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 1 GG Rn. 26 m.w.N.

100 BVerfGE 24, 367 (396 f.); siehe auch das zweifelnde obiter dictum in BVerfGE 25, 371 (399) und die weitere Aufarbeitung bei *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 1 GG Rn. 29.

101 Überzeugend *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 1 GG Rn. 29 ff. m.w.N.; krit. etwa *Enders*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 19 GG Rn. 7.

102 Zur Reichweite von Grundrechtseingriffen durch Strafgesetzgebung siehe noch unten § 1 IV. 1. a). Zu den Konsequenzen des allgemeinen Gleichheitssatzes für Amnestien siehe BVerfGE 10, 234; *Enders*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 19 GG Rn. 11; sehr krit. *Lege*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 66 Rn. 56.

103 Siehe nur BVerfGE 13, 225 (229); BVerfGE 25, 371 (396); BVerfGE 99, 367 (400); BVerfGE 121, 30 (49); *Enders*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 19 GG Rn. 9; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 1 GG Rn. 35 m.w.N.

104 Exemplarisch sei auf die Streichung des § 103 StGB verwiesen, welche sich auf eine einzelne – geschmacklich keineswegs zweifelsfreie – Darbietung *Böhmermanns* zurückführen lässt, die in weiterer Folge zur politischen Diskussion über § 103 StGB und letztlich zu dessen Streichung führte. Näher hierzu unten Anhang A VI. 27. m.w.N.

nur die einmalige Regelung eines konkreten Einzelfalls zu bezwecken.¹⁰⁵ Hieraus resultiert das Gebot einer (Mindest-)Allgemeinheit des Gesetzes;¹⁰⁶ diese wiederum ist einer Dauerhaftigkeit von Gesetzen zumindest zuträglich.

Unter denselben Voraussetzungen¹⁰⁷ trägt zudem das strafverfassungsrechtlich unstreitig in Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh verankerte, nach vorherrschendem Verständnis aus der Perspektive des Grundgesetzes absolute Rückwirkungsverbot¹⁰⁸ dazu bei, dass expansive oder schärfende Strafgesetze zumindest für einen näher bestimmten *zukünftigen* Zeitraum¹⁰⁹ erlassen werden müssen, wenn nicht (jedenfalls zunächst) *ad infinitum*.

b) Strafverfassungsrechtliches Gebot der Dauerhaftigkeit von Gesetzen

Über den zuvor genannten, grundrechtlichen Aspekt noch hinausgehend lässt sich ein allgemeines Gebot der Dauerhaftigkeit von Gesetzen konstruieren. In den Worten des BVerfG gehören zur »herkömmliche[n] rechtsstaatliche[n] Funktion« eines Gesetzes verschiedene Elemente: »Das Gesetz gestaltet in seiner formellen Allgemeinheit rational-planmäßig die Zukunft, *setzt eine gewisse Dauerhaftigkeit der Regel voraus*, erstreckt ihre Anwendung auf eine unbestimmte Vielzahl künftiger Fälle, verwirklicht damit Distanz zu

105 Näher zum Maßstab – und zu sachlich gerechtfertigten Ausnahmen – BVerfGE 13, 225 (229); BVerfGE 25, 371 (396); BVerfGE 99, 367 (400); BVerfGE 121, 30 (49); BVerfGE 134, 33 (Rn. 126 ff.); BVerfGE 143, 246 (Rn. 392 ff.); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 Abs. 1 GG Rn. 39; *Enders*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 19 GG Rn. 9.

106 Zusammenfassend hierzu *Lücke*, ZG 2001, 1 (4 ff.).

107 Das Rückwirkungsverbot hindert den Gesetzgeber nicht, rückwirkend Strafmilderungen oder -aufhebungen zu erlassen; statt vieler BVerfGE 95, 96 (137) sowie *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 125; *Brüning*, in: Stern/Becker³, Art. 103 GG Rn. 77; *Kment*, in: Jarass/Pieroth¹⁶, Art. 103 GG Rn. 77. Einfachgesetzlich manifestiert sich dies in § 2 Abs. 3 StGB.

108 Unbeschadet von allem Streit über die Reichweite seines Anwendungsbereichs, insbes. bezogen auf Verjährungsvorschriften (abl. BVerfGE 25, 269), die Vermögensabschöpfung (abl. BVerfGE 156, 354 [Rn. 105 ff.]) und die Sicherungsverwahrung (abl. BVerfGE 109, 133 [167 ff.]). Siehe allgemein, statt vieler, *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 123; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, S. 24 ff.; *Schmahl*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, § 2 Rn. 61 ff.; jew. m.w.N.

109 Zu Zeitgesetzen im engeren und weiteren Sinne siehe bereits oben § 1 I. 1. b).

den Betroffenen [und] wendet die Aufmerksamkeit des regelnden Organs dem auch für die Zukunft verpflichtenden Maß zu«.¹¹⁰

A. Leisner entwickelt vor allem aus einer zeitlichen Dimension des Gleichheitssatzes ein Verfassungsprinzip der Kontinuität,¹¹¹ welches Handlungsspielräume des Gesetzgebers begrenzt und damit zu einer Dauerhaftigkeit der Rechtslage – und hiermit auch von bereits erlassenen Gesetzen – beiträgt.¹¹² Andere Stimmen in der Literatur gründen die verfassungsimmanente Grundpflicht des Gesetzgebers, »möglichst dauerhafte Gesetze zu erlassen«, im Gebot der Rechtssicherheit.¹¹³ Denn »[o]hne Stetigkeit wird das Gesetz von seinen Adressaten [...] nicht ernst genommen«, es verliere daher seine Steuerungsfähigkeit und führe somit zu einer Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit.¹¹⁴ Zwar sei dieser Grundsatz etlichen Ausnahmen zugänglich und auch nur schlecht verfassungsgerichtlich operationalisierbar; er unterstreicht jedoch die Intention einer *Beständigkeit des Rechts*.

c) *Kontinuität auch in Zeiten politischen Wandels*

Auch kriminalpolitisch – im Sinne einer »policy« und nicht nur einer »policy«¹¹⁵ – lässt sich eine systemische Kontinuität in der Rechtsgestaltung und eine daraus resultierende Statik des Strafrechts konstatieren.

Prägend hierfür sind zunächst die politischen Kontinuitäten in der Regierungsbeteiligung: Machtwechsel vollzogen sich in Deutschland selten vollständig, sondern zumeist »dosiert«, d.h. unter fortdauernder Beteili-

110 BVerfGE 101, 158 (217); Hervorhebung durch *Verf.* Siehe ferner *Waldhoff*, ZfP 2019, 98 (99) (»relative Dauerhaftigkeit«); bezogen auf »Gesetzgebung [...] als das demokratische Gestaltungsmittel der Mehrheit« zweifelnd *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, S. 2 (42).

111 Nähere Deskription zu ihrem in A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip ausgeführten, mit Perspektive auf das Steuerrecht entwickelten Ansatz oben Einführung II. 2. a) in Fn. 213; nähere Auseinandersetzung hiermit noch unten § 1 II. 3. b).

112 Dem steht nicht entgegen, dass sie einer »Salamitaktik« das Wort spricht (A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 420 ff.), weil sie mehrere kleinere Änderungen nur gravierenden Änderungen vorzieht (»*in dubio mitius*«), aber im Zweifel ohnehin der Kontinuität Vorrang einräumt.

113 *Lücke*, ZG 2001, 1 (4); siehe ferner *Lücke*, Vorläufige Staatsakte, S. 36 f., auch dazu, dass Gesetze gleichwohl »einem nahezu unbegrenzten *Änderungsvorbehalt*« unterliegen (Hervorhebung im Original). Vgl. auch *Zippelius*, Das Wesen des Rechts⁶, S. 107 f.

114 *Lücke*, ZG 2001, 1 (4).

115 Hierzu unten § 1 VI. 3.; zur Unterscheidung der beiden Teilaspekte der Kriminalpolitik oben Einführung I. 2. a) bb).

gung mindestens eines Koalitionspartners.¹¹⁶ Entscheidend ist ferner die starke Rolle der sogenannten Ministerialbürokratie und ihrer personellen Kontinuitäten, insbesondere auf Referats(leiter*innen)ebene,¹¹⁷ zudem die tendenziell strukturkonservierende Grundausrichtung der deutschen Parteienlandschaft.¹¹⁸ Selten werden – trotz Regierungswechseln – politische Entscheidungen der vorangegangenen Legislaturperiode ohne Not korrigiert; bezogen auf den Untersuchungsgegenstand und -zeitraum, der immerhin einen vollständigen Machtwechsel umfasst, ist *keine einzige* solche Revision eines Gesetzes der vorangegangenen Legislaturperiode zu verzeichnen,¹¹⁹ selbst wenn die vormaligen Oppositions- und nunmehrigen Regierungsparteien die ursprüngliche Gesetzesänderung abgelehnt hatten. Es lässt sich daher auch ein politischer Konsens im Sinne einer »polity« vermuten, Strafgesetzgebung der vorangegangenen Legislaturperiode grundsätzlich unangetastet zu lassen.

II. Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils

Eine weitere Statik des Gesetzes beruht auf seiner teilweisen Konstitutionalisierung, d.h. in seiner strafverfassungsrechtlichen Einrahmung. Veränderungen des Gesetzestextes über diesen Rahmen hinaus erfordern, wenn sie wirksam werden wollen,¹²⁰ zugleich eine Modifikation des strafverfassungsrechtlichen Rahmens, was jedenfalls mit zusätzlichem¹²¹ Ressourcenaufwand und – holzschnittartig gesprochen – höheren Hürden verbunden ist.¹²² An

116 Zur Typologie der Machtwechsel siehe nur *K.-R. KortelFröhlich*, Politik und Regieren in Deutschland³, S. 326 f.

117 Vgl. *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 92 f.; zu deren Rolle unten § 4 III. 1. a) cc).

118 *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 86.

119 Soweit dieselben Straftatbestände in derselben oder aufeinander folgenden Legislaturperioden geändert wurden, beruhte dies entweder auf der Umsetzung europäischer oder internationaler Vorgaben, setzte Veränderungen fort oder bezog sich auf andere Regelungsaspekte. Auch § 143 StGB wurde, relativ kurz nach seinem Erlass, nur durch bzw. infolge von BVerfGE 110, 141 wieder aus dem StGB gestrichen.

120 Bezogen auf das Grundgesetz droht die Nichtigkeit, bezogen auf Vorgaben des EU-Rechts droht jedenfalls in Teilbereichen die Unanwendbarkeit – jeweils positivistisch gesprochen.

121 D.h. über das ohnehin erforderliche Maß noch hinausgehend, siehe oben § 1 I. 2.

122 Exemplifiziert am Grundgesetz: Dessen Änderung ist nur mit qualifizierter Mehrheit und Mitwirkung des Bundesrates möglich (Art. 79 Abs. 2 GG), während bei Strafgesetzgebung im Übrigen eine Zustimmung des Bundesrates grundsätzlich nicht erforderlich ist. Näher hierzu unten § 4 I. 6. und § 4 I. 3. Für eine Änderung des europäisch-

dieser Stelle noch ausgeklammert werden Fragen der Konstitutionalisierung des Besonderen Teils, d.h. Pönalisierungsgrenzen¹²³ und -pflichten¹²⁴ und die damit zusammenhängenden Fragestellungen eines fragmentarischen Strafrechts, des Ultima Ratio-Prinzips und, die Differenzierung von *Binding* aufgreifend,¹²⁵ aus den Grundrechten folgende Begrenzungen der strafbewehrten Verhaltensnormen. Nachfolgend stehen vielmehr die für diese Tatbestände des Besonderen Teils querschnittsmäßig geltenden, *allgemeinen* Bestimmungen im Vordergrund, insbesondere Fragen des Anwendungsbereichs, der objektiven sowie subjektiven Zurechnung, der Rechtfertigung, der Schuld und der Rechtsfolgen.

Nachfolgend soll daher untersucht werden, inwieweit der Allgemeine Teil des StGB, d.h. dessen §§ 1 bis 79b StGB,¹²⁶ (strafverfassungsrechtlich) konstitutionalisiert ist oder (kriminalpolitikwissenschaftlich) als konstitutionalisiert wahrgenommen wird. Dabei bietet es sich an, die strafverfassungsrechtlich explizit-konkreten Begrenzungen des Spielraums des Strafgesetzgebers (»ausdrückliche Konstitutionalisierung«) von allgemeinen, möglicherweise strafverfassungsrechtlich untermauerten Strukturprinzipien des Strafrechts (»implizite Konstitutionalisierung«, insbesondere durch das Schuldprinzip) und Anforderungen an dessen Weiterentwicklung (»prozedurale Konstitutionalisierung«) abzuschichten, und anschließend Art und Umfang einer strafverfassungsrechtlichen Fundierung der §§ 1 bis 79b StGB zusammenzutragen.

strafverfassungsrechtlichen Rahmens im engeren Sinne (europäisches Primärrecht) ist grundsätzlich (vgl. Art. 48 EUV sowie verschiedene Ergänzungsklauseln) ein völkerrechtlicher Vertragsschluss aller EU-Mitgliedstaaten erforderlich, für eine Modifikation des europäischen Sekundärrechts ist ebenfalls auf europäischer Ebene nach Mehrheiten zu suchen. Umfassend hierzu unten § 5.

123 Unten § 1 IV.

124 Unten § 1 III.

125 *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung⁴, S. 35 ff., 45; zur Unterscheidung zwischen primärer Verhaltens- und sekundärer Sanktionsnorm siehe aus neuerer und neuester Zeit insbes. *J. Vogel*, Unterlassungsdelikte, S. 49 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 80 f.; *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 79 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 35, 351 ff.; *Renzikowski*, in: FS Gössel, S. 3 (12 f.); *Kudlich*, JZ 2003, 127 (129); ergänzend *L. K. S. Neumann*, in: A. Schneider/M. Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, S. 79 ff.; zurückhaltend zur strafverfassungsrechtlichen Leistungsfähigkeit *Burghardt*, in: A. Schneider/M. Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, S. 59 ff.; krit. *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, S. 184 (192 ff.).

126 Unter Beachtung der Eingrenzungen des Untersuchungsgegenstands, siehe Einführung II. 1.

1. Ausdrückliche Konstitutionalisierung

Explizit-konkrete Maßgaben an den Allgemeinen Teil des StGB sind seitens des Grundgesetzes, aber auch der EMRK und des Primärrechts der EU rar gesät.

a) ... im Bereich der Rechtsfolgen der Tat

- aa) Verbot der Todesstrafe (Art. 102 GG, Art. 2 Abs. 2 GRCh, Art. 1 EMRK ZP-6, Art. 1 EMRK ZP-13)

Ins Auge sticht zunächst das absolute¹²⁷ Verbot der Todesstrafe (Art. 102 GG),¹²⁸ welches es dem Strafgesetzgeber mit der Dignität des Verfassungsrechts untersagt, die Todesstrafe selbst für schwerste Straftaten wieder einzuführen.¹²⁹ Europäisch-straferfassungsrechtlich ist dies durch das – jeweils von Deutschland ratifizierte – 6.¹³⁰ und 13. Zusatzprotokoll¹³¹ zur EMRK sowie durch Art. 2 Abs. 2 GRCh mit ebenso absoluter Wirkung¹³²

127 *Degenhart*, in: Sachs⁹, Art. 102 GG Rn. 1; *H. Dreier*, in: Dreier³, Art. 102 GG Rn. 42; *Germelmann*, in: Bonner Kommentar, Art. 102 GG Rn. 121; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 102 GG Rn. 64; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth¹⁶, Art. 102 GG Rn. 2; siehe ferner BVerfGE 18, 112 (116); *Epping*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 102 GG Rn. 1; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 102 GG Rn. 1.

128 Aktuelle Zusammenführung bei *Schmitt-Leonardy*, JuS 2018, 848 ff.; zur Abschaffung in der DDR *Koch*, JZ 2007, 719 ff.

129 Teils wird dies – mit divergierenden Begründungsansätzen – auch für den Fall einer Verfassungsänderung konstatiert, so BGHSt 41, 317 (325); *Degenhart*, in: Sachs⁹, Art. 102 GG Rn. 7; *Flemming*, Wiedereinführung der Todesstrafe in Deutschland?, S. 88 ff.; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 630 f.; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 102 GG Rn. 2; *Epping*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 102 GG Rn. 4 ff.; *Germelmann*, in: Bonner Kommentar, Art. 102 GG Rn. 175 ff. («endgültig»); *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 102 GG Rn. 33; *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 102 GG Rn. 23 f.; *Schmitt-Leonardy*, JuS 2018, 848 (849); *Sodan*, in: Sodan⁴, Art. 102 GG Rn. 4; *Wiedemann*, in: Umbach/Clemens, Art. 102 GG Rn. 13; *Windthorst*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln⁵, Art. 102 GG Rn. 1; *Wolff*, in: Hömig/Wolff³, Art. 102 GG Rn. 2; a.A. *H. Dreier*, in: Dreier³, Art. 102 GG Rn. 59 ff.

130 BGBl. 1988 II, S. 662, 663.

131 BGBl. 2004 II, S. 982, 983.

132 Zu den Gewährleistungen der EMRK-Zusatzprotokolle siehe nur *Meyer-Ladewig/Harrendorf/S. König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer⁴, EMRK ZP-6 Art. 1 Rn. 1, Art. 3, Art. 4, ZP 13 Art. 1 Rn. 1; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 102 GG Rn. 45 ff. («unbedingte[s] Verbot der Todesstrafe»); sowie EGMR [GK],

gewährleistet, auf internationaler Ebene durch das 2. Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte.¹³³ Die »Staatsfundamentalnorm«¹³⁴ des Art. 102 GG wird (jedenfalls derzeit) von einem breiten politischen Konsens getragen,¹³⁵ der sich auch darin manifestiert, dass die Abschaffung der Todesstrafe zur außenpolitischen »DNA« der Bundesrepublik zählt.¹³⁶

bb) Misshandlungsverbot (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG); Verbot der Folter sowie erniedrigender Strafe oder Behandlung (Art. 3 EMRK, Art. 4 GRCh)

Eng thematisch verwandt und nur kaum geringer von einem breiten politischen Konsens getragen¹³⁷ ist das in Art. 3 EMRK sowie Art. 4 GRCh

Urt. v. 12.05.2005 – Nr. 46221/99 (Öcalan ./ Türkei); zur GRCh, wobei insoweit deren begrenzter Anwendungsbereich zu beachten ist, siehe die Erläuterungen (mit Verbot von Einschränkungen nach Art. 52 GRCh nur in Friedenszeiten), ABIEU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 17 (17 f.); die seitherige Entwicklung nachzeichnend und daher ein absolutes Verbot interpretierend *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 2 GRCh Rn. 11; *Borowsky*, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 2 GRCh Rn. 45 f.; *Jarass*, GRCh⁴, Art. 2 GRCh Rn. 13 ff.; *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 102 GG Rn. 52.

133 BGBl. 1992 II, S. 390, 391.

134 *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 102 GG Rn. 1.

135 Das »große[...] staatspolitische[...] und rechtspolitische[...] Gewicht« des Art. 102 GG betonte auch BVerfGE 18, 112 (117), gestattete aber gleichwohl die Auslieferung trotz drohender Todesstrafe. Zu Aufhebungsversuchen siehe indes *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 102 GG Rn. 11 ff. m.w.N.; zur Empirie mit teils besorgniserregenden Befunden *Streng*, jM 2015, 29 ff.; *Neubacher/Bachmann/Goeck*, ZIS 2011, 517 ff.

136 Vgl. *J. Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas, § 8 IRG Rn. 6, 23; *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 333 f.; zur politischen Dimension auf europäischer Ebene *Rosenau*, ZIS 2006, 338; *Borowsky*, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 2 GRCh Rn. 47 m.w.N.

137 Konkret sind Abschwächungen im Bereich einer Rechtfertigung der sog. »Rettungsfolter« bzw. deren Androhung zu verzeichnen. Zu dieser auch rechtswissenschaftlich aus Anlass von EGMR [GK], Urt. v. 01.06.2010 – Nr. 22978/05 (Gäfen ./ Deutschland), zuvor BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.12.2004 – 2 BvR 1249/04 = NJW 2005, 656 (657) sowie BGH, Beschl. v. 21.05.2004 – 2 StR 35/04 – einerseits, LG Frankfurt NJW 2005, 692 andererseits (wieder) geführten, teils erschreckenden Diskussion siehe exemplarisch *Guckelberger*, VBIBW 2004, 121 ff.; *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 510 ff.; *M. Jahn*, KritV 87 (2004), 24 ff.; *Masing*, JZ 2011, 753 (755 f.); *Norouzi*, JA 2005, 306 ff. (jeweils gegen Rechtfertigung); *Bruger*, JZ 2000, 165 (167 ff.); *Erb*, JURA 2005, 24; *Erb*, NSTz 2005, 593 ff.;

statuierte und zudem mittels Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts gewordene,¹³⁸ ausnahmslose¹³⁹ Verbot der Folter sowie erniedrigender Strafe oder Behandlung. Dieses begrenzt ebenfalls die Ausgestaltung der strafrechtlichen Rechtsfolgen.¹⁴⁰ Wenngleich im Text des Grundgesetzes eine dem explizit entsprechende Garantie fehlt – Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG ist enger¹⁴¹ –, so ist doch allgemein anerkannt, dass derartige Strafen menschenwürdig (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG) und daher verfassungswidrig wären.¹⁴² Daher wirkt sich die bloß einfachgesetzliche, aber doch »*primus inter pares*« ausgestaltete Geltung der EMRK in Deutschland¹⁴³ hier nicht entscheidend aus.

cc) Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 5 EMRK, Art. 6, 49 Abs. 3 GRCh)

Die Garantie der Freiheit der Person ist wegen der normativen Fokussierung des Strafrechts auf die Freiheitsstrafe von evident zentraler Bedeutung.¹⁴⁴

Herzberg, JZ 2005, 321 ff. (für Möglichkeit einer Rechtfertigung, teils zwischen strafrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Bewertung divergierend); zwischen Intensitätsstufen differenzierend *Hilgendorf*, JZ 2004, 331 ff.

138 Siehe nur *M. Jahn*, KritV 87 (2004), 24 (38) m.w.N.

139 Zu Art. 3 EMRK: EGMR [GK], Urt. v. 01.06.2010 – Nr. 22978/05 (Gäfen ./ Deutschland); *Meyer-Ladewig/Lehnert*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer⁴, Art. 3 EMRK Rn. 1 ff. (zur Problematik lebenslanger Freiheitsstrafen ergänzend Rn. 58); *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 3 EMRK Rn. 1. Zu Art. 4 GRCh: EuGH [GK], Urt. v. 05.04.2016 – C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 85 ff.; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 4 GRCh Rn. 12; *Borowsky*, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 3 GRCh Rn. 22 f.; *Jarass*, GRCh⁴, Art. 4 GRCh Rn. 12. Weitere Nachweise, auch zur Gegenauffassung soeben in Fn. 137.

140 Eindrücklich EGMR, Urt. v. 25.04.1978 – Nr. 5856/72 (Tyner ./ Vereinigtes Königreich) mit Verbot der Prügelstrafe.

141 Bzw. wird enger interpretiert, vgl. *Radtke*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 104 GG Rn. 30; eine gegenläufige Tendenz konstatiert indes *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 104 GG Rn. 31.

142 *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 3 EMRK Rn. 11; *Lohse/S. Jakobs*, in: KK⁸, Art. 3 EMRK Rn. 3; *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 104 GG Rn. 183 (mit Anerkennung einer Erheblichkeitsschwelle); *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 104 GG Rn. 22 ff.; *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 131 f.; ergänzend (mit Verweis auf Art. 25 GG) *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 513.

143 Siehe hierzu nur BVerfGE 128, 326 (366 ff.).

144 Zur divergierenden Praxis des Strafrechts, die in weitem Umfang von Geldstrafen und alternativen Mechanismen Gebrauch macht, siehe zusammenfassend *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), The Limits of Criminal Law, S. 365 ff. m.w.N.

Die Garantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ist hinsichtlich der formellen Vorgaben in diesem Kontext stets in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG zu lesen.¹⁴⁵ Wesentliche Bedeutungsgehalte resultieren dabei aus den materiellen Maßstäben,¹⁴⁶ für welches Verhalten Freiheitsstrafe in welcher Höhe verhängt werden darf. Dem sei erst an späterer Stelle im Hinblick auf das Schuldprinzip einerseits,¹⁴⁷ der Verknüpfung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm und daher der Frage der Pönalisierungsgrenzen andererseits¹⁴⁸ nachgegangen. Vor die Klammer gezogen werden sollen an dieser Stelle sanktionsbezogene, übergreifende Fragestellungen.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die generelle Zulässigkeit einer Freiheitsstrafe als strafrechtliche Rechtsfolge¹⁴⁹ äußerst selten angezweifelt und in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung schon fast axiomatisch angenommen wird; sie dürfte in kriminalpolitischer Sicht zur Kriminalverfassung Deutschlands und Europas¹⁵⁰ zählen. Kriminalpolitischer Streit um Inhalte konzentriert sich stattdessen auf die Ausgestaltung des Vollzugs der Freiheitsstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer Aussetzung des Vollzugs und schließlich auf freiheitsentziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung. Im Einzelnen:

(1) Zeitige Freiheitsstrafe

Bezogen auf die zeitige Freiheitsstrafe wird als Gewährleistungsinhalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG¹⁵¹ vor allem die Ausgestaltung des Strafvollzugs im Hinblick auf das Resozialisierungsziel diskutiert,¹⁵² obschon jenes eigentlich in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich

145 Zur »Überlagerung« des einfachen Gesetzesvorbehalts in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG siehe *Wittreck*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 151 Rn. 27 m.w.N.

146 *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG Rn. 46.

147 Siehe hierzu unten § 1 II. 2. a).

148 Siehe hierzu unten § 1 IV.

149 Zu den ebenfalls nur noch spärlichen Diskussionen zur lebenslangen Freiheitsstrafe siehe noch sogleich § 1 II. 1. a) cc) (2).

150 Vgl. hierzu die materiell-strafrechtlichen Rahmenbeschlüsse und Richtlinien, welche ausdrücklich die Androhung von Freiheitsstrafen verlangen.

151 Zur geringen Prüfungsdichte des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a EMRK, die sich auf Art. 6 GRCh auswirkt, siehe nur *Meyer-Ladewig/Harrendorf/S. König*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*⁴, Art. 5 EMRK Rn. 21, 28.

152 *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG Rn. 61 f. *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*³, Art. 2 Abs. 2 GG Rn. 107 f.; *Rixen*, in: *Sachs*⁹, Art. 2 GG Rn. 247. Zu weiteren Aspekten des Strafvollzugs, die sich kompetenzrechtlich einer Regelung

fundiert ist.¹⁵³ Die verfassungsrechtlich gebotene, klare Konturierung der möglichen Dauer der Freiheitsstrafe¹⁵⁴ folgt hier bereits aus der Rechtsfolgenandrohung selbst.¹⁵⁵ Besonderes Augenmerk richtet das BVerfG auf die Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit durch Anrechnung anderer Formen des Freiheitsentzugs: Gestützt auf Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und das Verhältnismäßigkeitsprinzip forderte es zunächst, eine Auslieferungshaft in derselben Sache nicht pauschal unberücksichtigt zu lassen,¹⁵⁶ und übertrug diese Rechtsprechung in Kammerrechtsprechung seitdem auf verfahrensübergreifende Situationen.¹⁵⁷

(2) Lebenslange Freiheitsstrafe

Deutlich detailreicher ist die strafverfassungsrechtliche Konturierung der lebenslangen Freiheitsstrafe, wengleich erneut eher aus dem Blickwinkel der Menschenwürdegarantie denn des Freiheitsgrundrechts als solchem: In einem Grundsatzurteil im Jahr 1977 hielt das BVerfG, gestützt auf *sämtliche* präventive wie repressive Strafzwecke, die Androhung, Verhängung und auch den Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe für grundsätzlich vereinbar mit dem Grundgesetz. Im Hinblick auf die positive und negative Generalprävention könne der Gesetzgeber, dem insoweit eine »Gestaltungsfreiheit« zukomme, noch von einer hinreichenden Wirksamkeit ausgehen;¹⁵⁸ im Hinblick auf die negative Spezialprävention liege sie auf der Hand.¹⁵⁹ Ei-

im StGB entziehen, sowie zu deren maßgeblich grundrechtlicher Determinierung siehe bereits oben Einführung I. 1. a) bei und mit Fn. 27 m.w.N.

153 Siehe nur BVerfGE 64, 261 (Ls. 2).

154 *Wittreck*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 151 Rn. 28 m.w.N.

155 Im Falle einer Tatmehrheit ist die maximale Rechtsfolge in § 54 Abs. 2 StGB hinreichend konturiert; davon zu trennen ist die – hier nicht weiter zu behandelnde – Frage der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip.

156 Grundlegend BVerfGE 29, 312 (316 f.).

157 BVerfG, Beschl. v. 15.05.1999 – 2 BvR 116/99 = StV 1999, 546 (funktionale Verfahrenseinheit); BVerfG, Beschl. v. 04.07.1999 – 2 BvR 1368/98 = StV 1999, 663 (Unterbringung Jugendlicher); BVerfG, Beschl. v. 14.01.2005 – 2 BvR 1825/03 = BVerfGK 5, 17 (ausländische Abschiebehäft); siehe ferner *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG Rn. 61; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth¹⁶, Art. 2 GG Rn. 122; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier³, Art. 2 Abs. 2 GG Rn. 108; *Wiedemann*, in: Umbach/Clemens, Art. 2 Abs. 2 GG Rn. 403.

158 BVerfGE 45, 187 (253 ff.).

159 BVerfGE 45, 187 (257 f.).

ne positive Spezialprävention könne bewirkt¹⁶⁰ und menschenwürdevidrige Haftschäden¹⁶¹ könnten vermieden werden, soweit der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe im Sinne eines »Behandlungsvollzugs« ausgestaltet und somit an einem Resozialisierungsziel ausgerichtet sei. Angesichts des »extremen Unrechts- und Schuldgehalts« eines Mordes (§ 211 StGB) sei es zum Schuldausgleich verfassungskonform, diesen »mit einer außergewöhnlich hohen Strafe« zu ahnden.¹⁶² Allerdings müsse, insbesondere im Lichte der sonst drohenden menschenwürdevidrigen Haftschäden, »grundsätzlich eine Chance verbleib[en], je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden«. ¹⁶³ Im Lichte des Rechtsstaatsprinzips reiche hierfür der Gnadenweg nicht aus; stattdessen seien die Voraussetzungen und das Verfahren einer Aussetzung des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe gesetzlich zu regeln. ¹⁶⁴

Auf europäischer Ebene vollzog sich diese vollstreckungsrechtliche Einhegung der lebenslangen Freiheitsstrafe – jedenfalls bei Erwachsenen – erst deutlich später,¹⁶⁵ beeinflusst durch die todesstrafenbezogene *Söring*-Rechtsprechung und gestützt auf Art. 3 EMRK.¹⁶⁶ Inzwischen fordert auch der EGMR eine rechtlich ausgestaltete,¹⁶⁷ substantielle Chance lebenslänglich Verurteilter auf Wiedererlangung der Freiheit.¹⁶⁸

Bereits seit dem Grundsatzurteil des BVerfG wird – auch in der Strafrechtswissenschaft – die prinzipielle Verfassungs- und Europarechtskonformität

160 BVerfGE 45, 187 (258).

161 BVerfGE 45, 187 (229 ff.) m.w.N. Instruktiv ferner die Dokumentation der mündlichen Verhandlung, bei *Jescheck/Triffterer*, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?

162 BVerfGE 45, 187 (258 f.).

163 BVerfGE 45, 187 (Ls. 3, 228 f., 238, 244, 258 f.).

164 BVerfGE 45, 187 (Ls. 3, 242 ff., ergänzend 252).

165 Vgl. EKomMR, Beschl. v. 06.05.1978 – Nr. 7994/77 (Kotälla ./ Niederlande); EKomMR, Beschl. v. 14.12.1988 – Nr. 13183/87 (Bamber ./ Vereinigtes Königreich).

166 Erste Öffnungen daher durch EGMR, Beschl. v. 03.07.2001 – Nr. 44190/98 (Nivette ./ Frankreich); EGMR, Beschl. v. 16.10.2001 – Nr. 71555/01 (Einhorn ./ Frankreich); EGMR, Beschl. v. 12.12.2002 – Nr. 73299/01 (Stanford ./ Vereinigtes Königreich); EGMR [GK], Urte. v. 12.02.2008 – Nr. 21906/04 (Kafkaris ./ Zypern), Rn. 97 ff. sowie EGMR, Beschl. v. 03.11.2009 – Nr. 26958/07 (Meixner ./ Deutschland).

167 EGMR, Urte. v. 20.05.2014 – Nr. 73593/10 (László Magyar ./ Ungarn), Rn. 58.

168 Grundlegend EGMR [GK], Urte. v. 09.07.2013 – Nr. 6609/09 u.a. (Vinter u.a. ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 119 ff.; nachfolgend EGMR [GK], Urte. v. 26.06.2016 – Nr. 10511/10 (Murray ./ Niederlande), Rn. 99 ff.; EGMR [GK], Urte. v. 17.01.2017 – Nr. 57592/08 (Hutchinson ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 43 ff. Ausf. *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, Art. 3 EMRK Rn. 59 ff.

einer lebenslangen Freiheitsstrafe¹⁶⁹ nur noch selten in Frage gestellt.¹⁷⁰ Der Blick richtet sich stattdessen auf die menschenrechtskonforme Ausgestaltung deren Vollzugs,¹⁷¹ insbesondere im Hinblick auf die vorgenannte Chance der Wiedererlangung der Freiheit.¹⁷² Auf Senatsebene entschied das BVerfG insbesondere, dass die 1981 eingefügte und seitdem nahezu unverändert gebliebene¹⁷³ gesetzliche Regelung der Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 57a StGB) »sich ersichtlich in dem durch das Grundgesetz vorgegebenen Rahmen hält«¹⁷⁴ und daher die verfassungskonforme Anwendung durch die Gerichte zentraler Prüfungsgegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle werde.¹⁷⁵ Auch die Anknüpfung an eine »besondere Schwere der Schuld« hielt verfassungsrechtlicher Überprüfung insbesondere unter dem Gesichtspunkt des (allgemeinen) Bestimmtheitsgebots stand,¹⁷⁶ ebenso die Fortdauer der Vollstreckung (allein) aus negativ-spezialpräventiven Gründen, solange hierbei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz »strikt« beachtet werde.¹⁷⁷

169 Zur lebenslangen Freiheitsstrafe als absolute Strafe siehe noch unten § 1 II. 2. a) aa) (1).

170 Zuletzt mit beachtlicher Argumentation *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 837 ff.; zuvor *H.-M. Weber*, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, sowie (mit stark kriminalpolitischer, weniger die Verfassungskonformität anzweifelnder Argumentation) *Rolinski*, in: FS Schwind, S. 635 ff. Gegen Abolitionstendenzen pointiert *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG Rn. 63 ff.; differenzierend *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 340 f.

171 *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG Rn. 68.

172 Zur auslieferungsrechtlichen Dimension BVerfGE 113, 154.

173 Indes verschärften sich die in Bezug genommenen Merkmale des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 StGB.

174 BVerfGE 72, 105 (113 f.).

175 BVerfGE 72, 105 (114 ff.).

176 BVerfGE 86, 288 (Ls. 1, 310 ff.); ergänzend BVerfGE 117, 71 (110 ff.). Für verfassungsrechtliche Schwierigkeiten sorgte indes die verfahrensrechtliche Feststellung dieses Merkmals (hierzu BVerfGE 86, 288 [315 ff.]) und die Entlassvorbereitung (hierzu BVerfGE 86, 288 [327 ff.]). Zur Ablehnung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als absolute Strafe durch *Mahrenholz* (BVerfGE 86, 288 [352 ff.] – Sondervotum) siehe noch unten § 1 II. 2. a) aa) (1).

177 BVerfGE 117, 71 (94 ff.). Wie *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB⁹⁵, § 211 StGB Rn. 116.2 zutreffend bemerkt, wäre in derartigen Situationen der Strafvollzug indes der Sicherungsverwahrung anzupassen, weil dann gerade kein »Abstandsgebot« mehr griffe. Auf eine detaillierte Aufarbeitung der Konstitutionalisierungstendenzen im Bereich des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe, insbes. auch der Kammerrechtsprechung des BVerfG, wird angesichts des Zuschnitts der hiesigen Untersuchung verzichtet.

(3) Maßregelvollzug, insbesondere Sicherungsverwahrung

Wenngleich außerhalb des Untersuchungsgegenstands dieser Abhandlung, seien mit sehr grobem Schnitt die Konstitutionalisierungstendenzen im Bereich des Maßregelvollzugs und insbesondere zur Sicherungsverwahrung nachvollzogen:¹⁷⁸ Beide Zielrichtungen der freiheitsentziehenden Maßregeln – »Besserung« und »Sicherung« – hielten verfassungsgerichtlicher Kontrolle stand, soweit die jeweilige Ausgestaltung der Maßregel, namentlich deren Erstanordnung und ggf. deren Fortdauer, tatsächlich von diesem Ziel getragen sind. So hielt das BVerfG die mindestens jährliche Überprüfung der Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) für ausreichend, um das »Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsanspruch des betroffenen Einzelnen und dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit« unter gebührender Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auszugleichen: »Je länger die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus andauert, um so strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzuges sein«;¹⁷⁹ Ähnliches entschied es zur »langfristigen« Sicherungsverwahrung.¹⁸⁰ Für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzte es eine hinreichende Erfolgsaussicht der Behandlung voraus; wegen der verschiedenen Zwecke dieser Unterbringung und einer Freiheitsstrafe gestattete es deren kumulative Anordnung, soweit die kumulative Vollstreckung »insgesamt nicht übermäßig wird«. Soweit einzelne Normen des StGB diesen Maßgaben nicht entsprochen hatten, erklärte das BVerfG diese für nichtig.¹⁸¹

Infolge eines Grundsatzurteils des EGMR, in dem er die Sicherungsverwahrung (und insbesondere deren nachträgliche Ausdehnung oder An-

178 Zwar im gefahrenabwehrrechtlichen Kontext entschieden, ist dennoch BVerfGE 149, 293 bedeutsam, weil es eine Fixierung als *zusätzliche* Freiheitsentziehung im Freiheitsentzug bewertete.

179 BVerfGE 70, 297 (Ls., 307 f.); zur verfahrensrechtlichen Komponente, insbes. der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und der Bestellung eines Pflichtbeistands ergänzend BVerfGE 70, 297 (308 ff.).

180 BVerfGE 109, 133 (insbes. Ls. 2, 151 ff., 159 ff.). Daneben betonte dieses Urteil das Resozialisierungsziel, BVerfGE 109, 133 (149 ff., 153 ff.), und erklärte den (nachträglichen) Wegfall der Höchstfrist der erstmaligen Sicherungsverwahrung für vereinbar mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (BVerfGE 109, 133 [156 f.]) und mit dem (allgemeinen) Vertrauensschutzgebot (BVerfGE 109, 13 [180 ff.]); mangels Strafcharakter sei Art. 103 Abs. 2 GG nicht anwendbar (BVerfGE 109, 133 [167 ff.]).

181 BVerfGE 91, 1 (insbes. 26 ff.).

ordnung) am Maßstab der strafrechtlichen Garantien der EMRK prüfte,¹⁸² korrigierte das BVerfG seine permissive Rechtsprechung und forderte für die Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung eine substantielle Differenzierung zum Vollzug der Freiheitsstrafe.¹⁸³ Die nachfolgende Neuregelung hielt der Kontrolle vor dem EGMR stand.¹⁸⁴

dd) Eigentum (Art. 14 GG, Art. 1 EMRK ZP, Art. 17 Abs. 1 GRCh)

(1) Geldstrafe

Die Bedeutung des Eigentumsgrundrechts im Bereich des Allgemeinen Teils ist, im Vergleich zum Grundrecht der Freiheit der Person, noch weniger konturiert. Dies beruht auch auf Streit über die Reichweite dessen Schutzbereichs: Nach klassischer Lesart schützt Art. 14 GG nämlich nicht das Vermögen als solches, sodass allgemeine Zahlungsverpflichtungen – etwa Geldsanktionen – nicht an diesem Grundrecht, sondern nur an Art. 2 Abs. 1 GG als »Auffanggrundrecht« zu messen seien.¹⁸⁵ Nach einer im Vordringen befindlichen Gegenauffassung sei der Schutzbereich der grundgesetzlichen Eigentums-garantie eröffnet,¹⁸⁶ weil Geldstrafen durchaus wirtschaftlich »erdrosselnde Wirkung« haben können¹⁸⁷ und zu deren Begleichung der Verurteilte nicht selten auf die Substanz des Eigentums zurückgreifen müssen wird.¹⁸⁸ Dies

182 EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – Nr. 19359/04 (M. /J. Deutschland). Zur kompetenzrechtlichen Dimension siehe BVerfGE 109, 190 sowie oben Einführung I. 1. a) bei und mit Fn. 30.

183 BVerfGE 128, 326; ergänzend BVerfGE 131, 268 sowie – zur Therapieunterbringung – BVerfGE 134, 33. Gegensätzlich hatte das BVerfG in BVerfGE 2, 118 konstatiert, dass es keinen Verfassungsverstoß begründe, dass der Vollzug der Sicherungsverwahrung äquivalent zum Vollzug der Zuchthausstrafe ausgestaltet war.

184 EGMR, Urt. v. 04.12.2018 – Nr. 10211/12, 27505/14 (Inseher /J. Deutschland).

185 Siehe nur BVerfGE 153, 182 (Rn. 333). Aus der strafverfassungsrechtlichen Literatur *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 133 f.; *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 569; *Kudlich*, JZ 2003, 127 (129 in Fn. 25); *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 27; ergänzend nur *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 14 GG Rn. 277 ff.

186 So insbes. *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 114 sowie *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (975). Auch *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 628 f. (m.w.N.) sympathisiert mit dieser Auffassung, lässt den Meinungsstreit indes offen, weil es in Bezug auf die Sanktionierung keine relevante Divergenz zu Art. 2 Abs. 1 GG gebe.

187 Vgl. BVerfGE 95, 267 (300).

188 Vgl. BVerfGE 93, 121 (137).

entspricht zudem einer Argumentationslinie des EGMR zu Art. 1 EMRK ZP.¹⁸⁹ Vor allem aber ist bezogen auf die Geldstrafe zu beachten, dass sich diese im Tagessatzsystem nach dem Hinzuerwerb und damit nach einem Aspekt bemisst, den das BVerfG in neuerer Rechtsprechung dem Art. 14 GG zuordnet.¹⁹⁰ Zudem ist aus europäischer Perspektive zwar die Vollstreckung von »Geldstrafen« privilegiert (Art. 1 Abs. 2 EMRK ZP), aber doch der Eigentumsgarantie und damit der Kontrolle des EGMR unterworfen.¹⁹¹ Allerdings unterstreicht die ausdrückliche Erwähnung dieser Sanktionsform, dass deren prinzipielle strafverfassungsrechtliche Zulässigkeit¹⁹² weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene ernsthaft in Zweifel gezogen wird, gleich ob man sie am speziellen Eigentumsgrundrecht oder an anderen Verfassungsgarantien misst.

(2) Vermögensstrafe

Gleichwohl erklärt dieser Ansatz den Prüfungsmaßstab, den das BVerfG in seinem kontroversen Urteil zur Vermögensstrafe¹⁹³ wählte: Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) gelte auch für die Vermögensstrafe als Strafandrohung, sodass deren Art und Maß durch den Gesetzgeber zu bestimmen und von ihm Leitlinien für die Strafzumessung vorzugeben seien.¹⁹⁴ Besonders missfiel der Senatsmehrheit die Ausgestaltung als optionale Zusatzstrafe,¹⁹⁵ die fehlende Festlegung einer bezifferten Obergrenze¹⁹⁶ und der Verzicht auf gesetzliche Strafzumessungskriterien.¹⁹⁷

189 EGMR [GK], Ur t. v. 29.08.2008 – Nr. 13378/05 (Burden ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 59 zu Steuern und Abgaben; siehe ferner *Wollenschläger*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 17 GRCh Rn. 13.

190 BVerfGE 115, 97 (110 ff.); hierzu ergänzend *Axer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 14 GG Rn. 55.

191 Vgl. EGMR [GK], Ur t. v. 29.08.2008 – Nr. 13378/05 (Burden ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 59 zu Steuern und Abgaben.

192 Trotz der im Vergleich zur Freiheitsstrafe weniger deutlichen Verwirklichung der Strafzwecke.

193 BVerfGE 105, 135 m. Bspr. *Park*, StV 2002, 395 ff. Das Urteil ist mit 5:3 Stimmen ergangen; die Gegenauffassung sah weder einen abstrakten Verfassungsverstoß der gesetzlichen Grundlagen der Vermögensstrafe noch einen konkreten Verfassungsverstoß in deren Anwendung, BVerfGE 105, 135 (172 ff.) – Sondervotum *Jentsch, Di Fabio, Mellinshoff*.

194 BVerfGE 105, 135 (152 ff.).

195 BVerfGE 105, 135 (159 ff.); hiergegen BVerfGE 105, 135 (174 f.) – Sondervotum.

196 BVerfGE 105, 135 (163 ff.); hiergegen BVerfGE 105, 135 (176 ff.) – Sondervotum.

197 BVerfGE 105, 135 (168 ff.); hiergegen BVerfGE 105, 135 (178 ff.) – Sondervotum.

Bemerkenswert ist, dass sich die Wogen seitdem schnell geglättet haben. Es wäre nämlich ohne Weiteres vorstellbar gewesen, unter strikter Beachtung der Kautelen des damaligen Urteils eine Vermögensstrafe wieder einzuführen; ebenfalls (zumindest theoretisch!) vorstellbar wäre es, diese Kautelen allenfalls teilweise umzusetzen und auf wandelnde Mehrheitsverhältnisse im BVerfG zu setzen. Doch trotz der fortdauernden und intensiven Diskussion über den strafrechtlichen Umgang mit strafrechtswidrig erlangtem (Groß-)Vermögen wurde und wird die Alternative der Wiedereinführung einer Vermögensstrafe kaum noch erwogen.¹⁹⁸ Stattdessen hat sich der kriminalpolitische und strafverfassungsrechtliche Diskurs vollständig auf das Gebiet der Vermögensabschöpfung verlagert; die Vermögensstrafe steht außerhalb des Rahmens der kriminalpolitischen »polity« in Deutschland. Das überrascht, weil der Gesetzgeber in anderen, ebenfalls strafrechtlichen Regelungsbereichen – etwa demjenigen verdeckter Überwachungsmaßnahmen oder der Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten – verfassungsgerichtliche Rechtsprechung als Blaupause heranzieht und keine solche Versteinerungswirkung auftritt wie hier durch das Urteil zur Vermögensstrafe.

(3) Einziehung (Vermögensabschöpfung)

Deutlich klarer dem Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts unterliegt das in dieser Untersuchung nicht näher betrachtete Recht der Vermögensabschöpfung, namentlich dann, wenn sich diese Maßnahme auf die Einziehung eines konkreten Gegenstands¹⁹⁹ richtet.²⁰⁰ Mit Maßnahmen einer Einziehung bzw. allgemeiner Vermögensabschöpfung können dabei drei verschiedene Zielrichtungen verfolgt werden, namentlich die Sicherung (z.B. durch die Einziehung gefährlicher Gegenstände, § 74b StGB, oder auch von Vermögen,²⁰¹ das andernfalls zu deliktischen Zwecken eingesetzt würde), die konditionelle »Korrektur einer deliktisch zu Stande gekommenen Vermögenszuordnung«²⁰² und eine Bestrafung.²⁰³ Jedenfalls die ersten beiden

198 Ein deutliches Aufbäumen gegen das Verdikt der Verfassungswidrigkeit war indes noch bei *Radtke*, in: MK-StGB¹, § 43a StGB Rn. 28 ff., insbes. Rn. 46 zu verzeichnen.

199 Tatprodukt, Tatmittel, Tatobjekt; siehe hierzu §§ 74 f. StGB.

200 Vgl. BVerfGE 110, 1 (23 f.); ergänzend *Dederer*, in: Bonner Kommentar, Art. 14 GG Rn. 1130 f.

201 Insoweit lebt der Streit über die Reichweite des Schutzbereichs bei Art. 14 GG wieder auf; hierzu soeben § 1 II. 1. a) dd) (1) m.w.N.

202 Vgl. BVerfGE 110, 1 (16).

203 Vgl. zu alledem nur *F. Becker/Heuer*, NZWiSt 2019, 411 (413 ff.) m.w.N.

Zielrichtungen werden dabei – soweit ersichtlich – strafverfassungsrechtlich und kriminalpolitisch nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wohl aber die konkrete Ausgestaltung. In der hierzu ergangenen Grundsatzentscheidung statuierte das BVerfG zum erweiterten Verfall nach § 73d StGB a.F., dass dieser lediglich »präventiv-ordnende Ziele« verfolge, daher keine Strafe sei und auch nicht strafähnlich wirke; es handle sich jedenfalls um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.²⁰⁴ Für die Neuordnung des Rechts der Vermögensabschöpfung hält das BVerfG an dieser Einordnung fest. Das hat zur Folge, dass es dieses nicht an Art. 103 Abs. 2 GG, sondern nur am allgemeinen rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot misst.²⁰⁵

ee) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und spezielle Grundrechte

Die Relevanz der Grundrechte im Bereich der Bewährungsaufgaben hat bereits früh *Stree*²⁰⁶ herausgearbeitet;²⁰⁷ nicht minder ist deren Relevanz bei Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b StGB),²⁰⁸ bei der Auferlegung eines Berufsverbots (§§ 70 ff. StGB),²⁰⁹ aber auch bei einem Fahrverbot als Nebenstrafe (§ 44 StGB) bzw. der Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel (§§ 69 ff. StGB) sowie – unter Berücksichtigung grundrechtsgleicher Rechte – bei den Nebenfolgen Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts (§ 45 ff. StGB).

Angesichts des Zuschnitts dieser Untersuchung soll an dieser Stelle der Hinweis darauf genügen, dass die Begrenzung dieser speziellen Rechtsfolgen durch die Grundrechte in formeller wie materieller Hinsicht – zumindest inzwischen – generell anerkannt ist. Die große Bandbreite richterlicher Möglichkeiten zur Detailsteuerung des Verhaltens eines Verurteilten (d.h. aus Anlass einer Straftat), die insbesondere durch Bewährungsaufgaben und Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht möglich ist,²¹⁰ wird dabei straf-

204 BVerfGE 110, 1 (insbes. 13 ff., 23 ff.), auch zum Erfordernis richterlicher Überzeugungsbildung.

205 BVerfGE 156, 354 (Rn. 102 ff.).

206 *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz.

207 Siehe nachfolgend exemplarisch BVerfGE 58, 358; BVerfGE 83, 119.

208 Hierzu exemplarisch BVerfGE [Dreierausschuss] 55, 28.

209 Hierzu exemplarisch BVerfGE 25, 88 (95 ff.).

210 Zur Legitimation und zur Frage, ob ein Bewährungswiderruf eine Bestrafung für den Bewährungsverstoß darstellt, *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 (380 ff.) m.w.N.

verfassungsrechtlich und kriminalpolitisch größtenteils für unproblematisch gehalten.²¹¹ Jedenfalls kriminalpolitisch lässt sich dies auch dadurch erklären, dass die Schwere dieser Rechtsfolgen vor dem Eindruck von Freiheitsstrafen als strafgesetzlich angeordneter »Normalfolge«²¹² verblasst.²¹³

ff) Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG, Art. 4 EMRK ZP-7, Art. 50 GRCh)

Die Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbote nach Art. 103 Abs. 3 GG, Art. 4 EMRK ZP-7, Art. 50 GRCh und auch Art. 14 Abs. 7 IPBürgR sowie Art. 54 SDÜ stellen nach vorherrschender Ansicht eine verfahrensrechtlich wirkende Garantie dar, die zu einem national²¹⁴ bzw. europäisch-transnational²¹⁵ wirkenden Verfahrenshindernis führt.²¹⁶ Soweit man Art. 103 Abs. 3 GG einer Abwägung zugänglich hält,²¹⁷ ergibt sich eine materiell-rechtliche

211 Siehe ergänzend BVerfG, Beschl. v. 24.09.2011 – 2 BvR 1165/11 = StV 2012, 481 sowie BVerfG, Beschl. v. 02.09.2015 – 2 BvR 2343/14 = StV 2016, 576 zur Bedeutung des »verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes« für die konkrete Ausgestaltung von Bewährungsauflagen, ohne aber ausdrücklich auf Art. 103 Abs. 2 GG zu rekurrieren.

212 Dass die Rechtswirklichkeit in der Strafrechtspflege eine andere ist und auch eine andere sein muss, stehe dabei außer Frage!

213 Dass es *rechtlich* und vor allem *grundrechtlich* indes nicht zulässig ist, Bewährungsauflagen dadurch zu legitimieren, dass man sie als Minus zum Vollzug der Freiheitsstrafe interpretiert, hat bereits *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 140 ff. zutr. dargelegt.

214 Art. 103 Abs. 3 GG, Art. 4 EMRK ZP-7 (von Deutschland bislang nicht ratifiziert) und Art. 14 Abs. 7 IPBürgR enthalten nach h.M. nur eine Garantie für ein nationales *ne bis in idem*; siehe nur BVerfGE 75, 1; *Brodowski*, JuS 2012, 892 (895); *Radtke*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 103 GG Rn. 45; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 76 ff. m.w.N.

215 Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ; monographisch hierzu *Mansdörfer*, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht.

216 So ausdrücklich (»Prozeßgrundrecht«) BVerfGE 56, 22 (32); *Radtke*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 103 GG Rn. 44; ergänzend, statt vieler, *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 103 GG Rn. 86.

217 *Voulgaris*, Transnationales »ne bis in idem« zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht, S. 37 f.; *Brodowski*, JuS 2012, 892 (895); *Brodowski*, StV 2013, 339 (342); *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 103 GG Rn. 88; *Brüning*, in: Stern/Becker³, Art. 103 GG Rn. 115 f.; *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 103 GG Rn. 78; *Kment*, in: Jarass/Pieroth¹⁶, Art. 103 GG Rn. 105; *Pohlreich*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 65 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier³, Art. 103 GG Rn. 35; *Wolff*, in: Hömig/Wolff¹³, Art. 103 GG Rn. 21. Die Gegenauffassung (*Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 62; *G. Nolte/Aust*, in:

Komponente daraus, dass im Falle einer Durchbrechung der Rechtskraft eine Anrechnung der früheren Strafe bereits von Verfassungen wegen geboten ist.²¹⁸

Soweit man zudem bereit ist, den Schutzbereich dieses grundrechtsgleichen Rechts auf ausländische Erkenntnisse zu erstrecken,²¹⁹ so ließe sich ein Eingriff durch Nichtanerkennung (i.d.R. außereuropäischer²²⁰) Strafurteile ebenfalls nur insoweit verfassungsrechtlich rechtfertigen, soweit wenigstens eine Anrechnung erfolgt (§ 51 Abs. 3, Abs. 4 Satz 2 StGB).²²¹ Das BVerfG beschränkt indes einen anderen Weg, indem es die Anrechnungspflicht bei ausländischen Verurteilungen unmittelbar auf die Menschenwürdegarantie und das Freiheitsgrundrecht stützte.²²²

b) ... im Bereich der Rechtfertigung und des Strafbarkeitsausschlusses

Nur von überschaubarer Bedeutung für die Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils sind die ausdrücklichen Verfassungsbestimmungen, die – in unterschiedlicher und umstrittener dogmatischer Konstruktion – zu einem Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf Rechtfertigungs- oder Schuldebene führen.

von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 103 GG Rn. 220 ff.; *Sodan*, in: *Sodan*⁴, Art. 103 GG Rn. 31; *J. Maier*, in: *GS Armin Kaufmann*, S. 789 [794]; *Windthorst*, in: *Gröpl/Windthorst/von Coelln*⁵, Art. 103 GG Rn. 24 f.) kann § 362 StPO nur schwerlich für verfassungskonform halten (dies anerkennend *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 63 m.w.N.; *Sodan*, in: *Sodan*⁴, Art. 103 GG Rn. 32).

218 *Wolters*, in: *SK-StGB*⁹, § 51 StGB Rn. 17.

219 *Voulgaris*, *Transnationales »ne bis in idem«* zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht, S. 28 ff.; *Specht*, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem*, S. 189 ff.; *Endriß/Kinzig*, *StV* 1997, 665 (666 f.); bezogen auf Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten ebenfalls *Degenhart*, in: *Sachs*⁹, Art. 103 GG Rn. 81; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*³, Art. 103 GG Rn. 28.

220 Innerhalb des Geltungs- und Anwendungsbereichs von Art. 50 GRCh und Art. 54 SDÜ greifen deren strengere Maßgaben.

221 In diese Richtung *Specht*, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem*, S. 204, 206 sowie auch *Jung*, in: *FS Schüler-Springorum*, S. 493 (495) (»abgeschwächte[...] Form« des ne bis in idem«); a.A. *Voulgaris*, *Transnationales »ne bis in idem«* zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht, S. 20.

222 BVerfGE 75, 1 (16 f.).

aa) Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)

Beim Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG handelt es sich um einen verfassungsunmittelbaren Rechtfertigungsgrund,²²³ der daher innerhalb seines begrenzten Anwendungsbereichs nicht zur Disposition des Strafgesetzgebers steht.

bb) Wahrheitsgetreue Parlamentsberichterstattung (Art. 42 Abs. 3 GG)

Nach Art. 42 Abs. 3 GG bleiben »[w]ahrheitsgetreue Berichte über die öffentlichen Sitzungen des Bundestages und seiner Ausschüsse [...] von jeder Verantwortlichkeit frei«, was selbstredend die strafrechtliche Verantwortlichkeit mit einschließt.²²⁴ Bezogen auf dieses Verfassungsorgan und seine Ausschüsse ist dem Strafgesetzgeber die Regelung dahingehend entzogen, dass als Rechtsfolge bei unter diesen Tatbestand fallenden Sachverhalten zwingend Strafflosigkeit einzutreten hat. Hiervon unberührt²²⁵ bleibt die – strafrechtsdogmatisch umstrittene – Einordnung des Art. 42 Abs. 3 GG bzw. des § 37 StGB.²²⁶ Ebenfalls ist dem Bundesverfassungsrecht²²⁷ keine Maßgabe dahingehend zu entnehmen, dass (wie durch § 37 i.V.m. § 36 StGB

223 *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 504 bei und mit Fn. 132 m.w.N.; ergänzend *Höfling*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 121 Rn. 29; *Göschner*, in: Dreier³, Art. 20 Abs. 4 GG Rn. 16; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG IX Rn. 26; *Robbers*, in: Bonner Kommentar, Art. 20 GG Rn. 3584.

224 Ausdrücklich etwa *Brocker*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 42 GG Rn. 28.

225 Strenger indes eine Literaturlauffassung, der zufolge bereits Art. 42 Abs. 3 GG zwingend rechtfertigende Wirkung entfalte, *Dicke*, in: Umbach/Clemens, Art. 42 GG Rn. 80; *H. H. Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 42 GG Rn. 80 m.w.N.; *Müller-Terpitz*, in: Bonner Kommentar, Art. 42 GG Rn. 108; *Schliesky*, in: von Mangoldt/Klein/Starck⁷, Art. 42 GG Rn. 77.

226 Rechtfertigungsgrund: exemplarisch OLG Braunschweig NJW 1953, 516 (517); *Grube*, in: LK¹³, § 37 StGB Rn. 9 ff.; *Joecks/Gazeas*, in: MK-StGB⁴, § 37 StGB Rn. 2; *U. Neumann*, in: NK⁵, § 37 StGB Rn. 2. Sachlicher Strafausschließungsgrund: exemplarisch *Brocker*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 42 GG Rn. 30; *Hoyer*, in: SK-StGB⁹, § 37 StGB Rn. 1; *M. Heger*, Lackner/Kühl/Heger³⁰, § 37 StGB Rn. 1; *Perron*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 37 StGB Rn. 1; *Rosenau*, in: SSW-StGB⁵, § 37 StGB Rn. 2. Persönlicher Strafausschließungsgrund: *Gropp/Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil⁵, § 7 Rn. 23.

227 Zu landesverfassungsrechtlichen Maßgaben, etwa Art. 90 Verfassung des Landes Hessen oder Art. 73 Verfassung des Saarlandes, siehe *Grube*, in: LK¹³, § 37 StGB Rn. 6 ff.; ergänzend *U. Neumann*, in: NK⁵, § 37 StGB Rn. 3.

geschehen) der Anwendungsbereich auf die Bundesversammlung²²⁸ und auf Landesparlamente sowie deren Ausschüsse zu erweitern wäre.

cc) Indemnität (Art. 46 Abs. 1 GG)

Anders als das Prozesshindernis der Immunität²²⁹ ist die in Art. 46 Abs. 1 GG gewährleistete Indemnität von Bedeutung für den Allgemeinen Teil des Strafrechts, weil sie einen persönlichen Strafausschließungsgrund anordnet.²³⁰ Die Normwiederholung in § 36 StGB ist dabei ebenso unschädlich wie die einfachgesetzliche Erweiterung auf die Bundesversammlung²³¹ und Landesparlamente sowie deren Ausschüsse.²³² Während eine Auffassung in der Literatur hierin einen verfassungswidrigen Eingriff in Landeskompetenzen sieht,²³³ erscheint es viel eher diskutabel, aus Gründen des Bundesstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) die Erstreckung dieses besonderen Schutzes auf Landesparlamentarier auch bundesstrafverfassungsrechtlich zu verfestigen. Eine europastrafverfassungsrechtliche Erweiterung findet sich ferner in Art. 8 des (primärrechtlichen) Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen

228 Vgl. *Grube*, in: LK¹³, § 37 Rn. 5, § 36 StGB Rn. 26; *Valerius*, in: BeckOK-StGB⁵⁵, § 37 StGB Rn. 1.

229 Art. 46 Abs. 2 GG; siehe hierzu nur OLG Karlsruhe NJW 1956, 1840; *Joecks/Gazeas*, in: MK-StGB⁴, § 36 StGB Rn. 4; *H. H. Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 46 GG Rn. 52 m.w.N.

230 *Butzer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 46 GG Rn. 8; *T. Fischer*, StGB⁷⁰, § 36 StGB Rn. 2; *Gröpl*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln⁵, Art. 46 GG Rn. 5; *Grube*, in: LK¹³, § 36 StGB Rn. 9; *Hoyer*, in: SK-StGB⁹, § 36 StGB Rn. 9; *Joecks/Gazeas*, in: MK-StGB⁴, § 36 StGB Rn. 2; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 46 GG Rn. 11; *M. Heger*, Lackner/Kühl/Heger³⁰, § 36 StGB Rn. 3; *Magiera*, in: Bonner Kommentar, Art. 46 GG Rn. 134; *Perron*, in: Schönte/Schröder³⁰, § 36 StGB Rn. 1; *Rosenau*, in: SSW-StGB⁵, § 36 StGB Rn. 2; *Umbach*, in: Umbach/Clemens, Art. 46 GG Rn. 31; *Valerius*, in: BeckOK-StGB⁵⁵, § 36 StGB Rn. 3; anders *U. Neumann*, in: NK⁵, § 36 StGB Rn. 3 (sachlicher Strafausschließungsgrund) sowie die prozessuale Sichtweise bei *H. H. Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 46 GG Rn. 32 m.w.N.: bereits die Einleitung eines Strafverfahrens sei unzulässig.

231 Siehe nur *Grube*, in: LK¹³, § 36 StGB Rn. 26.

232 Zum Verhältnis des § 36 StGB zu weiterreichendem Landesverfassungsrecht siehe das *obiter dictum* in OLG Celle, Urt. v. 15.11.2013 – 32 Ss 135/13 sowie *Grube*, in: LK¹³, § 36 StGB Rn. 14 ff.; *Hoyer*, in: SK-StGB⁹, Vor § 36 StGB Rn. 9 f.; *Joecks/Gazeas*, in: MK-StGB⁴, § 36 StGB Rn. 28 ff.; jeweils m.w.N.

233 *M. Schröder*, Der Staat 21 (1982), 25 (49 ff.); *Wolfrum*, DÖV 1982, 674 (680); a.A. *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 46 GG Rn. 9; *Grube*, in: LK¹³, § 36 StGB Rn. 17 ff.; jeweils m.w.N.; ergänzend *T. Walter*, JZ 1999, 981 (983 f.).

der Europäischen Union,²³⁴ die innerstaatlich in § 5 Satz 2 EuAbgG nicht begrenzt werden kann;²³⁵ die Indemnität der Mitglieder des Europäischen Parlaments folgt daher aus europäischem Primärrecht und dem deutschen Zustimmungsgesetz, nicht hingegen aus § 36 StGB.²³⁶

c) ... durch das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK, Art. 49 Abs. 1 und 2 GRCh)

Zur Klärung der Frage, ob und inwieweit die Verfassungsgarantie des Art. 103 Abs. 2 GG, wortgetreu wiederholt in § 1 StGB,²³⁷ und die vergleichbaren europaverfassungsrechtlichen Bestimmungen in Art. 7 EMRK, Art. 49 Abs. 1 und 2 GRCh²³⁸ zur Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils beitragen,²³⁹ ist anhand seiner Bedeutungsgehalte abzuschichten:

aa) Rückwirkungsverbot

Das Rückwirkungsverbot (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) bewirkt, wie oben bereits ausgeführt,²⁴⁰ zwar eine Verstärkung jeglicher strafbegründender oder -schärfender Gesetzgebung, enthält jedoch keine darüber hinausgehenden inhaltlichen Maßgaben für die Ausgestaltung des Allgemeinen Teils. Nach hier vertretener Auffassung ist aber das »Meistbegünstigungsprinzip« des § 2 Abs. 3 StGB strafverfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 2 GG fundiert und – auch bei Zeitgesetzen – nur begrenzt disponibel.²⁴¹

234 ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 266. Auf sekundärrechtliche Erweiterungen, etwa durch Art. 96 Abs. 5 VO (EU) 2017/1939, sei an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da sie für § 36 StGB ohne Relevanz sind.

235 Vgl. *Butzer*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 46 GG Rn. 2; *Grube*, in: LK¹³, § 36 StGB Rn. 28.

236 Unklar *Valerius*, in: BeckOK-StGB⁵⁵, § 36 StGB Rn. 4.

237 Zu dieser Normwiederholung ist der Strafgesetzgeber nicht verpflichtet gewesen, sie schadet jedoch nicht.

238 Siehe hierzu die Zusammenführung durch *Kadelbach*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG³, Kap. 15.

239 Allgemein zum Gesetzlichkeitsprinzip noch unten § 7.

240 § 1 I. 3. a).

241 Siehe hierzu, auch zur Gegenansicht, sowie zur europastrafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitikwissenschaftlichen Dimension oben § 1 I. 1. b). Die Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgebots auf den Allgemeinen Teil ist insoweit ohne Bedeutung.

bb) Verbot analoger oder außergesetzlicher Strafbegründung oder -schärfung; Parlamentsvorbehalt

Das Analogieverbot (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) und das Verbot außergesetzlicher (insbesondere gewohnheitsrechtlicher) Strafbegründung oder -schärfung (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) steht in evidenter Weise jeglicher hypothetischen Regelung des Strafgesetzgebers entgegen, die es – wie § 2 RStGB während der nationalsozialistischen Unrechts- und Gewaltherrschaft²⁴² – dem Rechtsanwender gestatten würde, das Strafrecht zu Lasten des Beschuldigten über die Grenze der strafgesetzlichen Bestimmungen²⁴³ auszuweiten und anzuwenden.²⁴⁴ Damit ist als – evidente – Komponente einer Konstitutionalisierung festzuhalten, dass dieses grundrechtsgleiche Recht weder ganz noch teilweise durch entgegenlautende Regelungen im Allgemeinen Teil unterlaufen werden darf.

Im Übrigen aber setzt dieser Bedeutungsgehalt dem Strafgesetzgeber keinen inhaltlichen Rahmen, sondern gibt nur vor, welche Regelungen er gesetzlich zu treffen hat, wenn er für ein bestimmtes Verhalten eine bestimmte Strafe als Rechtsfolge anordnen will. Damit wirkt sich der Streit über die Reichweite dieser Garantie auf den bzw. im Allgemeinen Teil²⁴⁵ nicht aus, denn sie kann allenfalls dynamisierend wirken: Soweit gesetzliche Regelungen fehlen, muss der Gesetzgeber erst tätig werden. Im Umkehrschluss aber hat jede Reduktion des Anwendungsbereichs zur Folge, dass – mangels Notwendigkeit zu gesetzlicher Regelung – Ausweichmechanismen greifen können, die ihrerseits zur Statik des materiellen Strafrechts beitragen.²⁴⁶

Der Parlamentsvorbehalt (*nullum crimen, nulla poena sine lege parlamentaria*) des Art. 103 Abs. 2 GG²⁴⁷ wirkt sich schließlich nicht spezifisch auf den Allgemeinen Teil aus,²⁴⁸ sondern leistet generell einen Beitrag zur Statik des materiellen Strafrechts.²⁴⁹

242 Hierzu nur *J. Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, S. 23, 58 ff.; *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 36 ff.

243 Bei allen Schwierigkeiten, diese Grenze zu bestimmen.

244 Auf Besonderheiten bei völkerstrafrechtlichen Strafbestimmungen, vgl. Art. 7 Abs. 2 EMRK, Art. 49 Abs. 2 GRCh, sei an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

245 Hierzu ausführlich unten § 7 II. 3. d) m.w.N.

246 Siehe hierzu unten § 1 V. 1. a).

247 Siehe hierzu oben § 1 I. 2. bei und mit Fn. 89 sowie noch unten § 7 III. 3.

248 Daher kann an dieser Stelle die Frage nach seiner spezifischen Geltung auch im Allgemeinen Teil offen gelassen werden.

249 Ausführlich oben § 1 I. 2.

cc) Inhaltliche Bestimmtheit

Ähnliches ist auch für die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von Strafvorschriften (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) zu konstatieren: Je breitflächiger (d.h. auf je mehr Aspekte des Allgemeinen Teils bezogen) und je intensiver diese Bestimmtheit von Verfassungen wegen verlangt wird, desto mehr wird (ggf. iterativer) Nachsteuerungsbedarf seitens des Gesetzgebers bestehen und daher zu einer Dynamik im materiellen Strafrecht führen. Dies zeigt sich beispielsweise an der Vermögensstrafe:²⁵⁰ Die Geltung des Bestimmtheitsgebots wirkt hier dynamisierend, weil das BVerfG hierauf gestützt § 43a StGB a.F. für verfassungswidrig und nichtig erklären konnte und der Gesetzgeber für eine Neuauflage der Vermögensstrafe erst (und detailreicher als zuvor) tätig werden müsste. Je geringer man indes die Anforderungen im Allgemeinen Teil setzt, umso mehr öffnet man die Tür hin zur Nutzung von Ausweichmechanismen, die ihrerseits zur Statik des materiellen Strafrechts beitragen.²⁵¹

d) ... durch Maßgaben des europäischen und internationalen Strafrechts

aa) EU-Primärrecht; EMRK

Das Primärrecht der EU enthält – über die vorbezeichneten Garantien der Grundrechtecharta – keine ausdrücklichen Maßgaben, wie der Allgemeine Teil des Strafrechts in den Mitgliedstaaten auszugestaltet ist; gleiches gilt für die EMRK als weitere unbestrittene²⁵² Quelle der europäischen Strafrechtsverfassung.

250 Hierzu oben § 1 II. 1. a) dd) (2) m.w.N.

251 Siehe hierzu erneut unten § 1 V. 1. a).

252 Sowohl das Primärrecht der EU (Art. 50 EUV) als auch die EMRK (Art. 58 EMRK) sehen zwar einen Austritt bzw. eine Kündigung vor. Indes wäre im Falle der EMRK sodann zu erörtern, inwieweit Deutschland mittels regionalem Völkergewohnheitsrecht weiterhin an die materiellen Gehalte der EMRK gebunden wäre (vgl. *Arndt/Anja Engels*, in: *Karpenstein/Mayer*³, Art. 58 EMRK Rn. 2; *Giegerich*, in: *Dörr/Grote/Maruhn* [Hrsg.], *EMRK/GG*³, Kap. 2 Rn. 57 ff. m.w.N.); im Fall eines EU-Austritts läge ein Verstoß gegen Art. 23 GG zumindest nahe (BVerfGE 123, 267 [395 f.]; *Schmahl*, in: *Sodan*⁴, Art. 23 GG Rn. 2; *Streinz*, in: *Sachs*⁹, Art. 23 GG Rn. 10; relativierend *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 23 GG Rn. 42). Beide Optionen stehen jedoch ohnehin außerhalb der (aktuellen) deutschen Verfassungswirklichkeit, wengleich ein EU-Austritt Deutschlands von der AfD erschreckenderweise als realistische Handlungsoption erwogen wird.

bb) EU-Sekundärrecht

Begrifflich fällt es schwer, das Sekundärrecht der EU als »Strafverfassungsrecht« zu bezeichnen. Denn es steht seinerseits unterhalb des Unionsverfassungsrechts, sprich dem Primärrecht der EU.²⁵³ Gleichwohl vermögen darin enthaltene Vorgaben den nationalen Strafgesetzgeber jedenfalls rechtlich (siehe nur Art. 288 UAbs. 3 AEUV) zu binden. Kriminalpolitisch ist zwar keine »blinde« Umsetzung europäischer Vorgaben durch den deutschen Strafgesetzgeber (mehr²⁵⁴) zu verzeichnen. Allerdings wird quer durch das politische Spektrum bei der Umsetzung europastrafrechtlicher Vorgaben regelmäßig zumindest eine »Eins-zu-eins-Umsetzung« gefordert²⁵⁵ und der Handlungsspielraum des nationalen Strafgesetzgebers²⁵⁶ als begrenzt angesehen. Weil jede Veränderung des EU-Sekundärrechts eine Diskussion und Entscheidungsfindung auf einer anderen Ebene erfordert, kann auch dieses zu einer, wenngleich andersartigen Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils führen.

Sodann ist zu bedenken, dass jedenfalls die bisherige EU-Strafgesetzgebung im Bereich des materiellen Strafrechts weitgehend deliktsfeldbezogen erfolgt und daher an sich nur Anforderungen an bestimmte Straftatbestände und deren Ausgestaltung stellt.²⁵⁷ Daher ließe sich – theoretisch – diesen Anforderungen lediglich durch Maßgaben im Besonderen Teil genügen.

253 Zum Begriff des Unionsverfassungsrechts siehe nur *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, S. 11 ff. m.w.N.

254 Anders noch bei der ersten Umsetzung des Europäischen Haftbefehls in deutsches Recht, die durch BVerfGE 113, 273 für nichtig erklärt wurde.

255 Exemplarisch sei die Umsetzung der RL (EU) 2017/1371 herangezogen: Die Fraktion der CDU/CSU betonte die »Absicht einer Eins-zu-eins-Umsetzung« (BT-Drs. 19/10242, S. 5), die SPD die Zielrichtung der »Umsetzung einer Richtlinie der Europäischen Union [...], die die Mitgliedstaaten verpflichtet« (BT-Drs. 19/10242, S. 4; ergänzend BT-Prot. 19/86, S. 10219). Die AfD-Fraktion stellt die Umsetzungspflicht in ihren Beiträgen nicht in Frage (vgl. BT-Prot. 19/86, S. 10220). Seitens der FDP-Fraktion wurde diese Umsetzungspflicht betont (BT-Prot. 19/86, S. 10259), seitens DIE LINKE zwar der konkrete Umsetzungsbedarf für gering gehalten, aber eine Umsetzungspflicht nicht in Frage gestellt (vgl. BT-Prot. 19/86, S. 10259). Seitens BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN schließlich wurde die »Umsetzung dieser Richtlinie« [als] »ein richtiger und wichtiger Schritt« bezeichnet (BT-Prot. 19/86, S. 10221). Allgemein zur »Eins-zu-eins-Umsetzung« siehe *Kluth*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, § 21 Rn. 59.

256 Bei allem Streit darüber, zu welchen Anpassungen die europäische Vorgabe *en detail* verpflichtet. Zudem wirkt diese nur in eine Richtung, grenzt den nationalen Strafgesetzgeber also nicht im Hinblick auf eine weitergehende Kriminalisierung ein.

257 Siehe hierzu unten § 1 III. 1. b) bb).

Gleichwohl ist es nicht nur ein Gebot rechtlicher Kohärenz, sondern auch eine wiederkehrende politische Forderung, europastrafrechtlich bedingte Anpassungen möglichst »schonend« vorzunehmen, d.h. diese weitestmöglich in die bestehenden Strukturen des Strafrechts einzufügen,²⁵⁸ was für Anpassungen auch des Allgemeinen Teils streitet. Dennoch ist festzuhalten, dass das EU-Sekundärrecht bereits wegen seiner Fragmentarität nur eine schwächer ausgeprägte Konstitutionalisierungswirkung im Bereich des Allgemeinen Teils entfalten kann.

(1) Strafanwendungsrecht

Zunächst sei auf das im StGB »vor die Klammer« gezogene Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB) verwiesen: Nahezu sämtliche materiell-strafrechtlichen Rahmenbeschlüsse und Richtlinien²⁵⁹ des EU-Sekundärrechts enthalten eine ausdrückliche Maßgabe an die Mitgliedstaaten, »die erforderlichen Maßnahmen [zu treffen], um [deren] gerichtliche Zuständigkeit für Straftaten«²⁶⁰ nach dem jeweiligen Rechtsakt für bestimmte Anknüpfungspunkte zu begründen.²⁶¹ Dabei handelt es sich stets und einschränkungslos

258 Exemplarisch erneut bei der Umsetzung der RL (EU) 2017/1371 sichtbar. Für die Regierungsfractionen BT-Prot. 19/86, S. 10219 (»Wir haben auch bei der Erstellung des heute zu beratenden Gesetzentwurfs auf dem geltenden Strafrecht aufgebaut und, wo nötig, Anpassungen vorgenommen.«), für die AfD BT-Drs. 19/10242, S. 9 (»möglichst schonend«), für die FDP BT-Prot. 19/86, S. 10259 (Argumentation mit Bestandsnormen), für die LINKE BT-Prot. 19/86, S. 10259 (»ob das vorgeschlagene Gesetz wirklich systematisch in das deutsche Strafrecht passt«); für BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN BT-Prot. 19/86, S. 10221 (»wir in unserem nationalen System [sind] schon so weit, dass wir nur noch kleinere Veränderungen vornehmen müssen«).

259 Besonderheiten bestehen bei den in der vormaligen »ersten Säule« erlassenen strafrechtlichen Richtlinien: RL 2008/99/EG (Strafrechtlicher Schutz der Umwelt) enthält nur einen impliziten Bezug zum Territorialitätsprinzip. RL 2005/35/EG (Meeresverschmutzung durch Schiffe) verpflichtete in seiner Ursprungsfassung Art. 8 Abs. 2 die Mitgliedstaaten, »sicherzustellen, dass die in Absatz 1 genannten Sanktionen auf alle Personen anwendbar sind, die sich eines Verstoßes im Sinne von Artikel 4 schuldig gemacht haben«, wobei jener Art. 4 i. V.m. Art. 3 auf bestimmte Hoheitsgebiete des jeweiligen Mitgliedstaats verwies. Seit der kriminalstrafrechtlichen Änderung durch die RL 2009/123/EG ist dieser Bezug zum Strafanwendungsrecht nur noch implizit enthalten.

260 Formulierung hier wie nachfolgend, soweit nicht anders angegeben, aus Art. 12 RL (EU) 2019/713 (Betrug und Fälschung).

261 Zum Nachfolgenden siehe die Übersicht unten Anhang B V. 2. In den Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rates im Bereich des

um das Territorialitätsprinzip, wobei nur selten der Erweiterung um ein Flaggenprinzip explizit Rechnung getragen wird.²⁶² Weiteres typisches Element ist das aktive Personalitätsprinzip bezogen auf die jeweiligen Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, wobei – insbesondere in früheren Rechtsakten – teils eine Einschränkung für außerhalb des jeweiligen Hoheitsgebiets begangene Straftaten möglich ist.²⁶³ Früher typisch, heute nur noch selten anzutreffen ist eine Verpflichtung, die Strafbarkeit auch auf solche Taten zu erstrecken, die »zugunsten einer juristischen Person mit Sitz [im jeweiligen] Hoheitsgebiet begangen« wurden.²⁶⁴ Manche Rechtsakte sehen teils einzelne weitere Anknüpfungspunkte vor, ohne dass dies zu einer Systematisierung taugen würde. Gleichmaßen wie die vorgenannten autonomen Rechtsakte enthalten auch völkerrechtliche Verträge mit materiell-strafrechtlichem Gehalt, welche die EU abgeschlossen hat²⁶⁵ oder abzuschließen sucht²⁶⁶, typischerweise ähnliche Maßgaben an das Strafanwendungsrecht,²⁶⁷ und entfalten Bindung für die Mitgliedstaaten jedenfalls vermittelt über Art. 216 Abs. 2 AEUV.²⁶⁸ Soweit die vorgenannten Maßgaben des Unionsrechts reichen, ist der strafverfassungsrechtliche und auch kriminalpolitische Handlungsspielraum des deutschen Strafgesetzgebers – im begrenzten, vorgenannten Sinne – eingeschränkt.

Strafrechts (Ratsdok. 16798/09, Ratsdok. 16542/2/09 REV 2) wird das Strafanwendungsrecht nicht behandelt.

262 Ausdrücklich etwa in RL (EU) 2017/541 (Finanzierung des Terrorismus).

263 Zuletzt in RL 2014/57/EU (Marktmissbrauchsrichtlinie). Verbreitet war diese Einschränkung in materiell-strafrechtlichen Rahmenbeschlüssen.

264 So zuletzt in Art. 19 (1) (d) RL (EU) 2017/541 (Finanzierung des Terrorismus).

265 Etwa das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus, vgl. hierzu Beschluss (EU) 2018/889, ABIEU Nr. L 159 v. 22.06.2018, S. 1, nebst Zusatzprotokoll, Beschluss (EU) 2018/890, ABIEU Nr. L 159 v. 22.06.2018, S. 17.

266 Etwa das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (»Istanbul-Konvention«), ETS Nr. 210; der Hinweis im Titel des Beschluss (EU) 2017/865, ABIEU Nr. L 131 v. 20.05.2017, S. 11, die Unterzeichnung betreffe nur »Aspekte, die die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen betreffen«, schließt Aspekte der Strafrechtsharmonisierung gerade nicht aus, wie sich in der genannten Kompetenznorm (Art. 83 Abs. 1 AEUV) manifestiert.

267 Etwa Art. 14 Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus (Territorialitätsprinzip, Flaggenprinzip, aktives Personalitätsprinzip), auch i.V.m. Art. 9 des Zusatzprotokolls; ferner Art. 14 Istanbul-Konvention (Territorialitätsprinzip, Flaggenprinzip, aktives Personalitäts- und Domizilprinzip).

268 Zur Frage eines »Umsetzungsbedarfs« völkerrechtlicher Abkommen durch Sekundärrechtsakte zusammenfassend *Bungenberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 218 AEUV Rn. 120 ff., insbes. Rn. 123.

(2) Teilnahme

Typisch für materiell-straftrechtliche Rahmenbeschlüsse und Richtlinien, aber auch für völkerrechtliche Verträge mit materiell-straftrechtlichem Gehalt, deren Vertragspartner die EU ist,²⁶⁹ ist zudem eine Erweiterung der Pönalisierungspflichten um eine Teilnahme strafbarkeit.²⁷⁰ Die Mitgliedstaaten werden grundsätzlich explizit dazu verpflichtet, »sicherzustellen, dass die Anstiftung oder Beihilfe zu einer der [...] genannten Straftaten als Straftat geahndet wird.«²⁷¹ Ausnahmen bestehen in der bisherigen Regelungspraxis lediglich für Fahrlässigkeitsdelikte und manche bedingt-vorsätzlichen Delikte,²⁷² für den auf Organisationsdelikte bezogenen Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität²⁷³ sowie, ohne dass dies eine stringente Systematik ergäbe, teils für die Beihilfe,²⁷⁴ teils für die Anstiftung²⁷⁵ zu einzelnen Verhaltensweisen. Anders als bei der Pönalisierungspflicht für die Haupttat fehlt es allerdings regelmäßig an der Festlegung einer Mindesthöchststrafe.²⁷⁶

Der Bedeutungsgehalt dieser Maßgaben ist indes bislang nicht hinreichend geklärt.²⁷⁷ Zunächst könnte man zwar – wie im Unionsrecht üblich – daran denken, die Begriffe der »Anstiftung« und »Beihilfe« europäisch-autonom auszulegen²⁷⁸ und konkret im Lichte der Harmonisierungsvorgaben einen

269 Etwa Art. 41 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (»Istanbul-Konvention«); siehe hierzu oben in Fn. 266.

270 Zum Nachfolgenden siehe die Übersicht unten Anhang B V. 3.

271 So die Formulierung in Art. 8 Abs. 1 RL (EU) 2019/713 (Betrug und Fälschung).

272 Vgl. Art. 4 RL (EU) 2018/1673 (Geldwäsche), der nicht auf Art. 3 Abs. 2 RL (EU) 2018/1673 verweist, sowie Art. 5b RL 2005/35/EG i.d.F. RL 2009/123/EG, der bezogen auf Art. 5a Abs. 3 dieser Richtlinie nur auf Vorsatztaten verweist.

273 RB 2008/841/JI.

274 Vgl. Art. 14 Abs. 1 RL (EU) 2017/541 (Finanzierung des Terrorismus).

275 Keine Pönalisierungspflicht besteht für die Anstiftung zur öffentlichen Aufstachelung, vgl. Art. 2 Abs. 1 RB 2008/913/JI, der nicht auf Art. 1 Abs. 1 lit. a RB 2008/913/JI verweist.

276 Soweit ersichtlich, stellt insoweit Art. 1 Abs. 3 RB 2002/946/JI (Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise) i.V.m. Art. 2 lit. a RL 2002/90/EG (für Anstiftung) die einzige Ausnahme dar.

277 Vgl. auch die im Wesentlichen deskriptive Aufarbeitung bei *Stuckenberger*, in: *EnzEuR XI²*, § 10 Rn. 36 ff.; ferner *Klip*, *European Criminal Law³*, S. 274 ff. sowie *Satzger*, *ZIS 2016*, 771 (773 f.); unklar die systematische Einordnung der konstatierten »Freiräume« bei *Bechtel*, *ZStW 133* (2021), 1049 (1070 ff.).

278 So *Satzger*, *ZIS 2016*, 771 (774); *Jähnke/Schramm*, *Europäisches Strafrecht*, S. 146 f. (zugleich aber mit der Bemerkung, es handele sich nur um eine »phänomenologische« Umschreibung, »ohne dass zugleich in das Rechtssystem der Mitgliedstaaten

europäischen (Mindest-)Gehalt dieser Konzepte zu suchen. Hierbei ließe sich auf rechtsvergleichende Vorarbeiten zurückgreifen.²⁷⁹ Für einen solchen Ansatz spräche gewiss, dass dieser das Ziel einer Mindestharmonisierung besser erreichen könnte als alternative Ansätze. Andererseits aber ist die Konkretisierung der Konzepte im Unionsrecht selbst derart und notwendigerweise²⁸⁰ dürftig²⁸¹ und akzessorisch zum jeweiligen Hauptkern der materiell-strafrechtlichen Rahmenvorgaben, dass sich ein präziser Bedeutungsgehalt nur schwerlich finden ließe. Ein zweiter möglicher Ansatz bestünde darin, in diesen Begriffen Verweisungen auf die im mitgliedstaatlichen Recht vorgefundenen Konzepte zu sehen,²⁸² wie es beispielsweise etwa zum Begriff der juristischen Person im Kontext europäischer Regelungen zur Verbandsverantwortlichkeit vertreten wird.²⁸³ Wenngleich dies je Mitgliedstaat zu im Detail unterschiedlichen Konsequenzen führen würde,²⁸⁴ streitet dafür, dass nur dann die europastrafrechtliche Maßgabe präzise wäre. Auch würde diese Auslegung zur Kohärenz innerhalb der jeweiligen Strafjustizsysteme

eingegriffen wird«). Allgemein zur autonomen Auslegung von Begriffen des Unionsrechts *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*³, § 10 Rn. 4 m.w.N.

279 Exemplarisch *Weißer*, *Täterschaft in Europa sowie U. Sieber/Cornils*, *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, S. 1 ff.; *Du Bois-Pedain*, in: *Ambos u.a.* (Hrsg.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, S. 94 ff.; *Rehaag*, *Prinzipien von Täterschaft und Teilnahme in europäischer Rechtstradition*; jeweils m.w.N.

280 Vgl. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*⁵, § 11 Rn. 12; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*⁶, 8 Rn. 23; *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 83 AEUV Rn. 22; *J. Vogell/Eisele*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 83 AEUV Rn. 36 f.

281 Zutr. *Satzger*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 9 Rn. 50; *Satzger*, in: *Österreichischer Juristentag* (Hrsg.), 4. EJT, S. 207 (221).

282 In diese Richtung etwa *Böse*, in: *FS Merkel*, S. 589 (598 ff.) sowie *Satzger*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 9 Rn. 50: *Umsetzung in den »eigenen, nationalen Kategorien«* (ebenso schon *Satzger*, in: *Österreichischer Juristentag* [Hrsg.], 4. EJT, S. 207 [221]); anders aber *Satzger*, *ZIS* 2016, 771 [774]); ähnlich auch *Ambos*, *Internationales Strafrecht*⁵, § 11 Rn. 12; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*⁶, 8 Rn. 23, 41 (mit Abstufung zwischen Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV); *Klip*, *European Criminal Law*³, S. 227 f., 274. Allgemein zu Verweisungen des Unionsrechts in nationales Recht *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*⁴, § 10 Rn. 5 f.

283 EuGH, *Schlussanträge v. 12.11.2019 – C-183/18 (Paribas)*, Rn. 58 ff. zum Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates v. 24.02.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABIEU Nr. L 76 v. 22.03.2005, S. 16 i.d.F. CONSLEG 2005F0214 v. 28.03.2009.

284 Daher dies für bloß »terminologische[...] Symbolik« haltend *Satzger*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 9 Rn. 50.

beitragen²⁸⁵ und damit dem Schonungsgebot²⁸⁶ Rechnung tragen. Es ist jedoch noch ein Schritt weiter zu gehen: Entscheidend für die Umsetzung einer Richtlinie²⁸⁷ ist die Verfolgung des Ziels,²⁸⁸ während der mitgliedstaatlichen Legislative innerhalb des europäisch teils sehr konkret determinierten Rahmens²⁸⁹ die »Wahl der Form und der Mittel« (Art. 288 AEUV) verbleibt. Dies eröffnet eine noch weiterreichende Flexibilität in der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben und ermöglicht namentlich den Rückgriff auf funktionale Äquivalente (z.B. Einheitstäterprinzip, Tatbestände mit verselbständigter Teilnahme o.ä.), solange diese im Wesentlichen den gleichen Effekt haben wie eine Kriminalisierung des gemein-europäischen Kerns²⁹⁰ einer Anstiftungs- und Beihilfestrafbarkeit.²⁹¹

Infolgedessen wird die Umsetzung dieser Vorgaben zwar wesentlich dadurch erleichtert, dass es im Allgemeinen Teil Querschnittsregelungen zur Anstiftung (§ 26 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB) gibt; diese Vorgaben tragen daher – wenn auch nicht mit größter Festigkeit – zu deren Konstitutionalisierung bei. Allerdings ist zu beachten, dass die typischen Streitfragen der Strafrechtsdogmatik in diesem Bereich (etwa die einer sukzessiven Beihil-

285 Relativierend *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 36a: ohnehin bestehe »kein nennenswerter Umsetzungsbedarf«.

286 Grundlegend zum »strafrechtsspezifischen Schonungsgebot« und seiner primärrechtlichen Fundierung *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, S. 166 ff.; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 9 m.w.N.

287 Bzw. zuvor eines Rahmenbeschlusses. Soweit die Union völkerrechtliche Verträge (mit) abgeschlossen hat, reicht die Reichweite der Umsetzungsverpflichtung jedenfalls (siehe oben bei und mit Fn. 268) nicht über die einer Richtlinie hinaus, da die externen Kompetenzen in diesem Bereich nicht weiter reichen als die innereuropäische Kompetenz. Zur Herausbildung des unionsrechtlichen Prinzips, dass innereuropäische Kompetenzen grundsätzlich auch mit externen Kompetenzen einhergehen (*in foro interno, in foro externo*), siehe zunächst die AETR-Doktrin (C-22/70) im EuGH-Gutachten 1/76 sowie ferner, statt vieler, *Bungenberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 218 AEUV Rn. 8 ff.; *Vönekj/Beylage-Haarmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 216 AEUV Rn. 8 ff. m.w.N.

288 Zur Bedeutung für die Auslegung von Richtlinien siehe nur *Nettesheim*, Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien, S. 64.

289 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 112 f.

290 Zur fortbestehenden »rahmenhafte[n] Bindung« *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre⁴, § 10 Rn. 4 a.E. Zur Bestimmung dieses Rahmens dürfte die Rechtsvergleichung wertvolle Erkenntnisse liefern, siehe oben bei und mit Fn. 279.

291 *M. Heger*, ZIS 2009, 406 (412); *Brodowski*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, Art. 22 EUSTa-VO Rn. 35.

fe²⁹² oder die der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme²⁹³) durch diese groben europäischen Rahmenvorgaben in keiner Weise determiniert werden.

(3) Versuch

Gleiches lässt sich auch für die – nicht ganz so breitflächig anzutreffenden – Maßgaben des Europäischen Strafrechts konstatieren, die eine Versuchsstrafbarkeit vorschreiben.²⁹⁴ Denn auch bezogen auf die Versuchsstrafbarkeit ist deren Bedeutungsgehalt auf europäischer Ebene nur unzureichend determiniert;²⁹⁵ so lässt sich beispielsweise zur Frage eines strafbefreienden Rücktritts (§ 24 StGB) auf europäischer Ebene nichts erkennen.²⁹⁶ Daher ist erneut nicht eine europäisch-autonome Auslegung vorzugswürdig, sondern die entsprechende Maßgabe ist als Verweisung ins mitgliedstaatliche Recht samt Anerkennung eines Umsetzungsspielraums, einschließlich der Nutzung funktionaler Äquivalente (z.B. eines Unternehmensdelikts, § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB), zu interpretieren.²⁹⁷

Diese Streitfrage wurde bei der Umsetzung der sogenannten PIF-Richtlinie²⁹⁸ ins deutsche Strafrecht virulent: Während sich die Bundesregierung – in einem erweiterten Berichterstattergespräch im Bundestags-Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz durch den *Verf.* unterstützt – auf

292 Exemplarisch BGH NSTZ 2013, 463 (464) einerseits; *Schünemann/Greco*, in: LK¹³, § 27 StGB Rn. 40 ff. andererseits.

293 Exemplarisch BGH, Urt. v. 22.01.2015 – 3 StR 233/14 –, Rn. 68 (insoweit in BGHSt 37, 289 nicht abgedruckt) einerseits; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft¹⁰ andererseits.

294 Siehe hierzu die Übersicht unten Anhang B V. 3.

295 Zur Rechtsvergleichung im Bereich einer Versuchsstrafbarkeit siehe exemplarisch *U. Sieber/Cornils*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, S. 797 ff.; *Brockhaus*, Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich; *Katrin Schubert*, Der Versuch; *L. Wörner/Szomora*, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit in einem Tatstrafrecht, S. 177 ff.; *Jung*, ZStW 117 (2005), 937 ff.; jeweils m.w.N. Siehe ferner die im Wesentlichen deskriptive Aufarbeitung bei *Stuckenberg*, in: *EnzEuR XI^F*, § 10 Rn. 44 ff.

296 So auch *Böse*, in: FS Merkel, S. 589 (601).

297 *M. Heger*, ZIS 2009, 406 (412); *Brodowski*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, Art. 22 EUStA-VO Rn. 35.

298 Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABIEU Nr. L 198 v. 28.07.2017, S. 29.

den Standpunkt stellte, dass die dogmatische Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine hinreichende zeitliche Vorverlagerung der Strafbarkeit begründe, welche für die Umsetzung der aus Art. 5 PIF-Richtlinie folgenden Verpflichtung ausreiche,²⁹⁹ kritisierte dies die AfD-Fraktion mit namhafter Unterstützung aus der Strafrechtswissenschaft und forderte stattdessen eine formale Einführung einer Versuchsstrafbarkeit in §§ 1, 2 EU-Finanzschutzstärkungsgesetz, wenn auch auf einen *absichtlich* begangenen Versuch begrenzt.³⁰⁰ Der Bundestag beschloss ein erstgenannter Auffassung folgendes Gesetz,³⁰¹ ohne dass dies – jedenfalls bislang – zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland geführt hätte.

(4) Verjährung

Unter den materiell-strafrechtlichen Rahmenbeschlüssen und Richtlinien bislang einzigartig³⁰² sind die Mindestvorgaben in Art. 12 der vorgenannten PIF-Richtlinie zu den Fristen der Verfolgungs- (Abs. 2 und 3) und Vollstreckungsverjährung (Abs. 4). Diese beruhen insbesondere auf unzureichend lang bemessenen Verfolgungsfristen in Italien, die vom EuGH – zeitlich erst nach Vorlage des Richtlinienvorschlags³⁰³ – im *Taricco*-Urteil für unvereinbar mit Art. 325 AEUV erachtet wurden.³⁰⁴

299 BT-Drs. 19/7886, S. 12, 18 »unionsrechtlich zu verstehende[r] Versuch im Sinne des Artikels 5 Absatz 2 der Richtlinie«; ergänzend BT-Drs. 19/7886, S. 4 f. (SPD sowie CDU/CSU; ergänzend auch FDP).

300 BT-Drs. 19/7886, S. 5 ff.

301 BGBl. 2019 I, S. 844; siehe hierzu Anhang A VII. 4.

302 In der von der EU bereits gezeichneten, aber noch nicht abgeschlossenen sog. »Istanbul-Konvention« (siehe oben bei und mit Fn. 266) ist in Art. 58 die Maßgabe enthalten, dass die Fristen für die Verfolgungsverjährung »ausreichend lang« bemessen sein müssen und sich erforderlichenfalls auch auf einen Zeitraum erstrecken müssen, »nachdem das Opfer volljährig geworden ist«.

303 COM(2012) 363 final v. 11.07.2012. Dieser Vorschlag enthielt in Art. 12 bereits Maßgaben an die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung und begründete dies damit, dass »Sachverständige[...]« insbes. auf Verjährungsfristen als einen der »erhebliche[n] Mängel des geltenden Rechtsrahmens« hingewiesen hätten (S. 6).

304 EuGH [GK], Urt. v. 08.09.2015 – C-105/14 (*Taricco* u.a.) m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (113); *Bülte*, NZWiSt 2015, 396 ff.; *Gaede*, wistra 2016, 89 ff.; *Hochmayr*, HRRS 2016, 239 ff.; *Kubiciel*, StV 2017, 69 ff.; *L. Wörner*, in: A. Schneider/M. Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, S. 271 ff. sowie ergänzend *Viganò*, EuCLR 7 (2017), 103. Nachfolgend relativierte der EuGH die Auswirkungen auf konkrete Strafverfahren in einem »*Taricco* II«-genannten Folgeurteil, EuGH [GK], Urt. v. 05.12.2017 – C-42/17 (M.A.S. und M.B.) m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Brodowski*, ZIS 2018, 493 (497 f.); *Burchardt*, VerfBlog v. 07.12.2017;

(5) Rechtsfolgen der Tat im Allgemeinen

Hinsichtlich der anzudrohenden Rechtsfolgen der Tat im Allgemeinen gegenüber natürlichen Personen enthalten die materiell-strafrechtlichen Rahmenbeschlüsse und Richtlinien zum einen regelmäßig die allgemeine Anforderung, dass Verstöße mit »wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden strafrechtlichen Sanktionen geahndet werden können« müssen.³⁰⁵ Zum anderen wird, jedenfalls für bestimmte Verstöße, die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe gefordert, und zum Teil werden auch detaillierte »Mindesthöchststrafen« festgelegt, d.h. die minimale Obergrenze des Strafrahmens durch Unionsrecht vorgegeben. Die »Stufen« dieser »Mindesthöchststrafen« orientieren sich dabei an Schlussfolgerungen des Rats aus dem Jahr 2002.³⁰⁶

Für den Allgemeinen Teil folgt hieraus somit – neben Anforderungen an die Strafzumessung – lediglich, dass als strafrechtliches Sanktionierungsinstrument eine Freiheitsstrafe gegeben sein muss. Näheres zu deren Ausgestaltung (oder etwa zum Bewährungsrecht) geben die materiell-strafrechtlichen Rahmenbeschlüsse und Richtlinien hingegen nicht vor.³⁰⁷

(6) Vermögensabschöpfung im Besonderen

Das im Rahmen dieser Untersuchung nicht spezifisch untersuchte materielle Recht der Vermögensabschöpfung ist in erheblichem Umfang determiniert

Giuffrida, NJECL 9 (2018), 31 ff.; *Manacorda*, NJECL 9 (2018), 4 ff.; *Manes*, NJECL 9 (2018), 12 ff.; *F. Meyer*, JZ 2018, 304 ff.; *Mitsilegas*, NJECL 9 (2018), 38 ff.; *Peristeridou/Ouwerkerk*, VerfBlog v. 12.12.2017; *Sicurella*, NJECL 9 (2018), 24 ff.; *Staffler*, EuGRZ 2018, 613 ff.; *Viganò*, NJECL 9 (2018), 18 ff.; *Wegner*, wistra 2018, 107 ff.

305 So die Formulierung in Art. 7 Abs. 1 RL (EU) 2017/1371. Krit. hierzu, weil es sich um eine Selbstverständlichkeit handle, *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 146.

306 Schlussfolgerungen des Rates über einen Ansatz zur Angleichung der Strafen, Ratsdok. 9141/02. Zu einem Alternativmodell aus der Wissenschaft, das mit relativen Kategorien der Strafschwere operiert, die sodann ins mitgliedstaatliche Recht zu transponieren sind, siehe zusammenfassend *Satzger*, eucrim 2019, 115 ff.; ausf. *Satzger*, Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union.

307 Zur Frage, ob Mindeststandards für Haftbedingungen und damit an den (Untersuchungs-)Strafvollzug im Hinblick auf Schwierigkeiten mit der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle einer auf Art. 82 Abs. 2 AEUV gestützten Mindestharmonisierung zugänglich sind, siehe nur Ratsdok. 15255/19, S. 5 und Ratsdok. 14103/19, S. 5 mit Verweis auf EuGH [GK], Urt. v. 15.10.2019 – C-128/18 (Dorobantu), Rn. 71.

durch die Richtlinie 2014/42/EU über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union.³⁰⁸ Daneben gelten einige Bestimmungen des Rahmenbeschlusses 2005/212/JI über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten³⁰⁹ noch fort; ferner bewirken einige bereichsspezifische Regelungen eine Flankierung.³¹⁰

(7) Zusammenführung

Das Strafanwendungsrecht und das materielle Recht der Vermögensabschöpfung zeigen sich daher in größerem Umfang durch Sekundärrecht der EU prädeterniert, während bei weiteren Regelungsbereichen des Allgemeinen Teils nur in geringem Umfang ausdrückliche Maßgaben zu verzeichnen sind und häufig allgemeine Rechtskonzepte (wie Versuch, Anstiftung oder Beihilfe) in Bezug genommen werden.³¹¹ Insoweit aber verbleibt – zumindest nach hier vertretener Auffassung – den Mitgliedstaaten ein weitreichender Umsetzungsspielraum, der auch die Nutzung funktionaler Äquivalente einschließt und Sonderregelungen im Besonderen Teil nicht von vornherein entgegensteht. Gleichwohl führt der Rückgriff auf die bekannten Konzepte des Allgemeinen Teils nicht nur zu größerer systematischer Kohärenz. Er erleichtert zudem die Umsetzung in rechtstechnischer und auch in politischer³¹² Hinsicht, sodass über den begrenzten normativen Inhalt hinausgehend auch

308 ABIEU Nr. L 127 v. 28.04.2014, S. 39; berichtigt ABIEU Nr. L 138 v. 12.05.2014, S. 114. Hierzu und allgemein zur Vermögensabschöpfung aus europäischer Perspektive *Brodowski*, ZIS 2015, 79 (88 f.); *Simonato*, NJECL 6 (2015), 213 ff.; *Rui/U. Sieber*, Non-conviction-based confiscation in Europe; *Simonato/Ligeti*, Chasing criminal money. Zur Umsetzung in Deutschland siehe (u.a.) *Matthias Köhler*, NSTZ 2017, 497; *Matthias Köhler*, NSTZ 2017, 665; *M. Korte*, wistra 2018, 1; *Mansdörfer*, jM 2017, 122 ff.; *Saliger*, ZStW 129 (2017), 995 ff.; *Trüg*, NJW 2017, 1913 ff. sowie unten Anhang A VI. 22.

309 ABIEU Nr. L 68 v. 14.03.2005, S. 49. Hingegen ist der Rahmenbeschluss 2001/500/JI des Rates vom 26. Juni 2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in Bezug auf die in dessen Art. 3 angeordnete »Wertersatzstrafe« durch die nachfolgenden Bestimmungen des RB 2005/212/JI und der RL 2014/42/EU ersetzt worden.

310 Seit Inkrafttreten der RL 2014/42/EU in Art. 9 RL (EU) 2018/1673 (Geldwäsche); Art. 10 RL (EU) 2017/1371 (PIF); Art. 20 Abs. 2 RL (EU) 2017/541 (Terrorismus).

311 Vgl. hierzu auch *Stuckenberg*, in: *EnzEuR XI²*, § 10 Rn. 1 ff.

312 Exemplarisch sei insoweit die vorhin skizzierte Diskussion über die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit bei §§ 1, 2 EU-Finanzschutzstärkungsgesetz in Erinnerung gerufen, bei der diejenigen Fraktionen, die für eine Nutzung funktionaler Äquivalente plädierten, sich in einem Rechtfertigungsdruck wiederfanden. Hinzu tritt, dass die

politisch eine gewisse »Versteinerung« des Allgemeinen Teils durch die Rahmenvorgaben des europäischen Sekundärrechts zu verzeichnen ist.

cc) Völkervertragsrecht

Noch schwächer ausgeprägt ist die mit völkervertraglichen Bindungen einhergehende Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils. Zwar enthalten Konventionen und Übereinkommen mit materiell-strafrechtlichem Gehalt regelmäßig ebenfalls typische Materien des Allgemeinen Teil betreffende Maßgaben, z.B. an das Strafanwendungsrecht, die Teilnahmestrafbarkeit und auch an die Verjährung.³¹³ Indes sind diese Maßgaben teils weniger konkret formuliert, teils durch Vorbehalte eingrenzbar³¹⁴ und unterliegen keinem ähnlich ausgeformten Durchsetzungsmechanismus wie das Unionsrecht. Zudem erfolgt die Eingehung derartiger völkervertraglicher Bindungen grundsätzlich freiwillig³¹⁵ und setzt ebenfalls einen Parlamentsbeschluss voraus. Aus alledem folgt ein noch größerer Umsetzungsspielraum und daher eine geringere Bindungswirkung in Bezug auf den Allgemeinen Teil. Dass zudem völkerrechtliche Verträge, anders als einzelne EU-Sekundärrechtsakte, durch einseitigen Entschluss Deutschlands grundsätzlich wieder gekündigt werden können³¹⁶ bzw. der Gesetzgeber die grundsätzliche Befugnis hat, »vom

Europäische Kommission zur Kontrolle der Umsetzung oftmals recht schematisch vorgeht (näher unten § 5 II. 1. d)) und daher ausdrückliche Verweisungen auf eine Anordnung einer Versuchs-, Beihilfe- bzw. Anstiftungsstrafbarkeit leichter als vollständige Umsetzung Akzeptanz finden können.

313 Siehe exemplarisch die in den vorgenannten Abschnitten bereits referenzierte »Istanbul«-Konvention (siehe oben bei und mit Fn. 266, zu deren Auswirkungen auf die Auslegung des StGB und der StPO *Steinl*, ZStW 133 [2021], 819) sowie Art. 11, Art. 13 Abs. 1 des (Europarat-)Übereinkommens über Computerkriminalität, ETS Nr. 185.

314 Exemplarisch Art. 11 Abs. 3 (Europarat-)Übereinkommen über Computerkriminalität.

315 Diese Freiwilligkeit kann indes durch andere völkerrechtliche Maßgaben deutlich eingegrenzt bis gänzlich aufgehoben sein; *pars pro toto* möge hierfür die Resolution S/RES/1373 (2001) des VN-Sicherheitsrates stehen, mittels derer nicht nur direkt eine Pönalisierungspflicht ausgesprochen wurde (Nr. 1 lit. b), sondern mittels derer auch alle Staaten zum Abschluss des Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 09.12.1999 aufgefordert wurden (Nr. 3 lit. d). Näher zu dieser Resolution aus strafrechtlicher Sicht *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 229 ff.; monographisch *Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht; siehe ferner unten § 1 III. 1. c) bb) (2).

316 Indes soll nach vorherrschender Ansicht hierfür eine ausschließliche Kompetenz der Bundesregierung herrschen und daher völkerrechtliche Verträge nicht zur Dis-

völkerrechtlich Vereinbarten abweichende Gesetze zu erlassen«,³¹⁷ spricht ebenfalls gegen eine starke Konstitutionalisierungswirkung völkerrechtlicher Verträge auf den Allgemeinen Teil.

2. Implizite Konstitutionalisierung

Neben den zuvor untersuchten ausdrücklichen Begrenzungen des Verfassungs- und des Europarechts für den Allgemeinen Teil des StGB können auch implizite, d.h. erst durch Auslegung zu ermittelnde und/oder kriminalpolitisch im Sinne einer »polity« wirkende Maßgaben den Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers in diesem Bereich begrenzen.

a) Schuldprinzip

Zuvörderst ist hierbei an das Schuldprinzip³¹⁸ zu denken. Auf nationaler Ebene ist dieses sowohl in der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) als auch im Rechtsstaatsprinzip verankert, europaverfassungsrechtlich allenfalls in Art. 3 EMRK, Art. 4, 49 Abs. 3 GRCh und strafrechtsdogmatisch im Programmsatz *nulla poena sine culpa*.³¹⁹ Die nachfolgende Analyse des strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen³²⁰ Bedeutungsgehalts des Schuldprinzips konzentriert sich dabei auf die im Rahmen dieser Untersuchung gegenständlichen Fragen des Allgemeinen Teils; die Vereinbarkeit eines Unternehmensstrafrechts mit dem Schuldprinzip wird folglich dezidiert ausgeklammert.³²¹

position des Bundestags stehen; BVerfGE 141, 1 (Rn. 55); BVerfGE 68, 1 (83 ff.); Butzer/J. Haas/Deutelmoser, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 59 GG Rn. 66; Streinz, in: Sachs⁹, Art. 59 GG Rn. 46; a.A. Nettesheim, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 59 GG Rn. 140 m.w.N.

317 BVerfGE 141, 1 (Rn. 55).

318 Zur Terminologie siehe nur Hörnle, in: FS Tiedemann, S. 325 (325 in Fn. 1).

319 Zu alledem siehe die nachfolgenden Nachweise.

320 Hier: im Sinne einer »polity«.

321 Exemplarisch für eine Vereinbarkeit J. Vogel, StV 2012, 427 ff.; M. Jahn, in: M. Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop (Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, S. 53 (72 ff.); Hochmayr, ZIS 2016, 226 ff.; M. Heger, JÖR 65 (2017), 213 (240 ff.); a.A. Landau, NStZ 2015, 665 (668); Landau, EuGRZ 2016, 505 (511) sowie – trotz Anknüpfung an Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ohne dezidiert verfassungsrechtliche Argumentation – Greco, GA 2015, 503 ff.

aa) Grundgesetzliche Dimension

(1) ... im Spiegel der Verfassungsrechtsprechung

Nachdem die Schuldfundierung des Strafrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst nur referenziert und nicht weiter verfassungsrechtlich konturiert worden war,³²² entwickelten sich relativ rasch auf Senatsebene autonome Maßgaben eines verfassungsrechtlichen Schuldprinzips. Fundiert wird dies teils auf dem Rechtsstaatsprinzip,³²³ teils auf der Menschenwürdegarantie bzw. auf Art. 1 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG,³²⁴ zumeist aber in einer Verknüpfung beider Begründungsansätze.³²⁵ Dabei beansprucht die Rechtsprechung des BVerfG nur Geltung für Strafen und strafähnliche Maßnahmen, nicht aber für Maßregeln der Besserung und Sicherung.³²⁶ In ihr lassen sich drei Bedeutungsgehalte³²⁷ differenzieren:

Auf *Tatbestandsseite*³²⁸ ist in relativ hoher Abstraktionsebene zunächst festgehalten, dass der Täter die Tat zu verantworten habe³²⁹ bzw. ihn eine »individuelle[...] Vorwerfbarkeit«³³⁰ treffen müsse. Anknüpfungspunkt dabei ist die »Eigenverantwortlichkeit des Menschen«:³³¹ Der Schuldgrundsatz »setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann«.³³² Die Auswirkungen auf konkrete Ausprägungen straf-

322 BVerfGE 9, 167.

323 BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 23, 127 (132); BVerfGE 41, 121 (125); zuvor BVerfGE 6, 389 (439).

324 BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 123, 267 (413); BVerfGE 130, 372 (389).

325 BVerfGE 45, 187 (228, 259 f.); BVerfGE 50, 5 (12); BVerfGE 50, 125 (133); BVerfGE 50, 205 (214); BVerfGE 80, 244 (255); BVerfGE 86, 288 (313); BVerfGE 95, 96 (140); BVerfGE 110, 1 (13); BVerfGE 117, 71 (90); BVerfGE 120, 224 (253); BVerfGE 133, 168 (Rn. 53); BVerfGE 140, 317 (Rn. 53).

326 BVerfGE 91, 1 (26); BVerfGE 110, 1 (13 f.); BVerfGE 109, 133 (172 ff.); BVerfGE 128, 326 (376); BVerfGE 130, 372 (389).

327 Siehe auch *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (326 ff.) sowie *Frisch*, NStZ 2013, 249 (250); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 269 ff. mit Differenzierung in »Ob« und »Wie«.

328 Hier: im weiteren, rechtstheoretischen Sinne, d.h. neben der strafrechtsdogmatischen Kategorie der Tatbestandsmäßigkeit jedenfalls auch die Rechtswidrigkeit und die Schuld.

329 BVerfGE 20, 323 (331).

330 BVerfGE 95, 96 (140); ähnlich BVerfGE 130, 372 (389).

331 BVerfGE 109, 133 (171).

332 BVerfGE 123, 267 (413) und gleichlautend BVerfGE 140, 317 (Rn. 54). Eine Fehlentscheidung an dieser Stelle sei Anknüpfungspunkt für denjenigen Vorwurf

rechtlicher Fallgestaltungen dieser Obersätze blieben indes bislang begrenzt: Bei Unterlassungsdauerdelikten erfordert das verfassungsrechtliche Schuldprinzip eine Prüfung, ob bei Fortsetzung des strafbaren Verhaltens auch nach einer ersten Verurteilung »überhaupt erneut schuldhaft Unrecht verwirklicht wird«, d.h. einen neuen Tatentschluss.³³³ Die verfassungsrechtliche Pflicht zur restriktiven Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe³³⁴ hat zwar Auswirkungen auf die Anwendung der §§ 20, 21 StGB,³³⁵ sei aber nicht gleichzusetzen mit deren verfassungsrechtlichen Überformung;³³⁶ auch im Übrigen sind weder Fragen eines »übermächtige[n] Zwang[s]«³³⁷ noch der Einbindung »in ein System von Befehl und Gehorsam«³³⁸, die in strafrechtsdogmatischer Sicht insbesondere auf Ebene der »Schuld« zu erörtern sind, verfassungsrechtlich determiniert, sondern haben die Strafgerichte lediglich zu einer besonders sorgfältigen Sachverhaltsermittlung zu veranlassen.³³⁹ Allerdings sei, so das BVerfG, eine Bestrafung verfassungswidrig, wenn der Beschuldigte einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen ist;³⁴⁰ eine (gemilderte) Strafe für das Vorsatzdelikt bei vermeidbarem Verbotsirrtum sei hingegen verfassungskonform.³⁴¹

Besondere Akzentuierung erhielt das Schuldprinzip in Bezug auf die *Rechtsfolgenseite*: Jede Strafandrohung, aber auch jede individuell verhängte Strafe müsse »in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen«.³⁴² Dies stehe der Anordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe als einzig mögliche Rechtsfolge eines Tatbestands

»sozialethische[n] Fehlverhalten[s]« (BVerfGE 133, 168 [Rn. 54]), somit für denjenigen Topos, der während des Wirkens von *Landau* als die Strafe und das Strafrecht prägend hervorgehoben wurde.

333 BVerfG, Beschl. v. 23.09.2014 – 2 BvR 2545/12 –; BVerfGK 10, 134 (140 f.).

334 Siehe hierzu bereits oben § 1 II. 1. a) cc) (2) sowie noch sogleich.

335 Vgl. BVerfGE 45, 187 (262 ff.); BVerfGE 50, 5 (9 ff.).

336 Vgl. BVerfGE 50, 5 (12 f., 14 f.).

337 BVerfGE 23, 127 (133).

338 BVerfGE 95, 96 (140 f.).

339 BVerfGE 23, 127 (133); BVerfGE 95, 96 (140 f.).

340 BVerfGE 36, 193 (200) unter Verweis auf BGHSt 2, 194 (200 ff.); kritische Aufarbeitung der politischen Dimension des damaligen Rechtsprechungswechsels bei *J. Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, S. 69.

341 BVerfGE 41, 121 (125 f.).

342 So die Formulierung in BVerfGE 45, 187 (228; ergänzend 260); zuvor BVerfGE 6, 389 (439); BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 25, 269 (285) und nachfolgend BVerfGE 50, 125 (133); BVerfGE 50, 205 (214 f.); BVerfGE 80, 244 (255); BVerfGE 81, 228 (237); BVerfGE 86, 288 (313); BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 105, 135 (Ls. 2); BVerfGE 110, 1 (13); BVerfGE 120, 224 (253 f.); BVerfGE 130, 372 (389); aus der Kammerrechtsprechung stellvertretend BVerfGK 10, 134.

nicht entgegen, solange dieser nur restriktiv angewendet werde.³⁴³ Bei geringem Unrechts- oder Schuldgehalt der Tat, die zu keiner strafrechtlichen Reaktion Veranlassung gebe, verbiete sich von Verfassungen wegen eine Bestrafung; zur Durchsetzung dieser Maßgaben sollen materiell-rechtliche Eingrenzungen oder bloß prozessuale Lockerungen des Legalitätsprinzips aus verfassungsrechtlicher Sicht gleichwertige Alternativen darstellen.³⁴⁴ Trotz teilweiser Versuche, aus dem Schuldprinzip auch eine »Untergrenze« der Strafe zu schließen,³⁴⁵ erachtete das BVerfG in der Möglichkeit vorzeitiger Haftentlassung in überzeugender Weise »kein[en] Bruch mit dem Schuldgrundsatz«.³⁴⁶

Schließlich zeigt sich in der Senatsrechtsprechung auch eine *verfahrensrechtliche Komponente*, namentlich wenn es aus dem »materiellen Schuldprinzip« auf eine verfassungsrechtlich fundierte Pflicht zur »Ermittlung des wahren Sachverhalts« schließt.³⁴⁷

(2) ... im Spiegel der Straf- und Verfassungsrechtswissenschaft

Der dezidiert *verfassungsrechtliche* Gehalt des Schuldprinzips wird in der Straf- und Verfassungsrechtswissenschaft erstaunlich selten thematisiert,³⁴⁸ namentlich bezogen auf die Konsequenzen für die *Tatbestandsseite*.³⁴⁹ Als

343 BVerfGE 45, 187; a.A. indes das Sondervotum *Mahrenholz* in BVerfGE 86, 288 (340).

344 BVerfGE 90, 145 (191); ferner Sondervotum *Klein, P. Kirchhof* und *Winter* in BVerfGE 92, 277 (347).

345 Eindrücklich aus späterer Zeit *Landau*, NStZ 2014, 425 (428).

346 BVerfGE 45, 187 (251).

347 BVerfGE 57, 250 (275 [Hervorhebung im Original]); BVerfGE 133, 168 (Ls. 1, Rn. 56 ff.); ferner BVerfGE 80, 367 (378); BVerfGE 118, 212 (231); BVerfGE 122, 248 (270); BVerfGE 140, 317 (Rn. 56 ff.); allgemein hierzu *Krehl*, in: T. Fischer/Hoven (Hrsg.), *Schuld*, S. 123 (133 ff.); *Frisch*, NStZ 2013, 249 (250); *M. Jahn*, GA 2014, 588 ff.; krit. zur Verknüpfung unter dem *label* »Strafanspruch« *Stuckenberg*, GA 2016, 689 (694, 699); *Jung*, GA 2019, 257 (265 f.).

348 Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass dies in einer vorschnellen Gleichsetzung – wie sie ursprünglich in BVerfGE 9, 167 angedeutet war (hierzu *Wolff*, AöR 1999, 55 [79 f.] sowie *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 [326]) – begründet liegt; eine solche Gleichsetzung ist auch weder strafrechtlich noch verfassungsrechtlich angezeigt, zutr. *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (340 ff.); *Schiemann*, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, S. 102.

349 Ebenso *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 268 und zuvor bereits *Wolff*, AöR 1999, 55 (56); eine mangelnde Leistungsfähigkeit betont *Prittwitz*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, S. 387 (397). Zur verfahrensrechtlichen Komponente siehe

störend erweist sich dabei ein oftmals wenig ertragreicher Streit um Worte, inwieweit sich das Schuldprinzip von seiner Fundierung in der Menschenwürdegarantie³⁵⁰ hin zu einem eigenständigen (Justiz-)Grundrecht entwickelt habe.³⁵¹ Ebenso abträglich ist bisweilen die Vermengung mit Diskussionen über die neurobiologische Validität der Willensfreiheit, insbesondere soweit diese Diskussion die Axt an eine Prämisse des Schuldprinzips anlegt.³⁵²

Eine dezidiert verfassungsrechtliche und umfassende Maßstabsbildung für die Tatbestandsseite hat indes *Hörnle* vorgelegt: Sie geht dabei – im Einklang mit dem BVerfG³⁵³ – vom (normativen) »Menschenbild des Grundgesetzes« aus, das eine Selbstbestimmung des Menschen und seine Eigenverantwortung voraussetze.³⁵⁴ Letzteres und konkret die »menschliche Fähigkeit zu Dialog und Verantwortungsübernahme gegenüber anderen« sei entscheidend für die Legitimierung eines sozialetischen Vorwurfs³⁵⁵, ersteres, also »die Fähigkeit, das Geschehen zu kontrollieren«, für die Verantwortungszu-

hingegen die Nachweise soeben in Fn. 347; zur Rechtsfolgenseite sei insbes. auf *Frister*, Schuldprinzip, S. 39 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 66 ff.; *Wolff*, AÖR 1999, 55 (60 ff.); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 269 f., 273 ff. (einschließlich Abgrenzung zur Differenzierung einer Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld; insoweit anders als *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 109 ff.); *Krehl*, in: T. Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, S. 123 (128 ff.) und ergänzend auf *Epik*, StV 2019, 489 (491) zum 72. dJt (*Kaspar*, Gutachten C – 72. dJt) verwiesen.

350 Hierzu exemplarisch *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 51 ff.; *A. Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 17 ff.; *Landau*, NStZ 2011, 537 (538); *Landau*, NStZ 2015, 665 (667 f.); *Landau*, EuGRZ 2016, 505 (505 f.); differenzierend *Mansdörfer*, in: ERST, Vor § 13 StGB Rn. 79. Zur wenig stringenten Entwicklung in der Rechtsprechung des BVerfG siehe nur *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (328 f.); *Krehl*, in: T. Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, S. 123 (124 f.).

351 Mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 397 ff.; *Wolff*, AÖR 1999, 55 (57, 81); *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (331 ff.).

352 Zu Recht in Bezug auf das strafverfassungsrechtliche Schuldprinzip sehr maßvoll argumentierend *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (335 ff.); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 271 f.; *Krehl*, in: T. Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, S. 123 (127 f.). Zur Diskussion über die Auswirkungen der »Hirnforschung« auf das Strafrecht siehe exemplarisch *Hillenkamp*, JZ 2015, 391 ff.; *Schild*, in: T. Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, S. 11 ff.; *Schiemann*, ZJS 2012, 774 ff.; jeweils m.w.N.

353 In dezidiert strafrechtlichem Kontext hat das BVerfG die nachfolgend zitierte Formulierung indes erst später verwendet, namentlich in BVerfGE 128, 326 (376); BVerfGE 123, 267 (413); zuvor BVerfGE 45, 187 (227).

354 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (335).

355 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (335 ff.).

schreibung.³⁵⁶ Hieraus schließt sie, dass von Verfassungen wegen nicht nur ein eigenes Verhalten des präsumtiven Täters kausal mit einem Erfolgsunrecht verknüpft sein müsse, sondern dass auch eine objektive wie subjektive Vorhersehbarkeit und objektive wie subjektive Vermeidbarkeit gegeben sein müsse.³⁵⁷ Konsequenz dieser weitreichenden Konturierung ist es, dass *Hörnle* die Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit auf Fälle begrenzt, in denen der präsumtive Täter wenigstens »am Rande« das Risiko erahnt hatte«. Auch sieht sie die einfachgesetzliche Rechtslage in §§ 17, 20 StGB als verfassungsrechtlich vorgegeben an.³⁵⁸

Hingegen betont *Kaspar* den aus dem Schuldprinzip folgenden³⁵⁹ Ausschluss einer »reine[n] ›Erfolgshaftung«³⁶⁰ und akzentuiert den verfassungsrechtlich begründeten Ausschluss einer Strafe bei fehlender Strafmündigkeit und fehlender Schuldfähigkeit, ohne dies mit den einfachgesetzlichen und typisierenden Regelungen der §§ 19, 20 StGB gleichzusetzen.³⁶¹ *Mansdörfer* wählt mit der »normwidrige[n] Willensbildung« einen subjektiver geprägten Ansatzpunkt, der somit auch offener ist für einen Wandel von einem streng normativen hin zu einem funktionalen Schuldbegriff.³⁶²

Mit *J. Vogel* ist zunächst der Menschenwürdekern des Schuldprinzips von weiteren Bedeutungsgehalten zu differenzieren³⁶³ und vor allem gegen eine Überhöhung des strafverfassungsrechtlichen Schuldbegriffs zu streiten,

356 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (335 f., 339).

357 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (333, 339 f.).

358 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (341 f.).

359 Allerdings ist festzuhalten, dass *Kaspar* dieselben Folgerungen auch aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip herleitet, *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 709 ff. Noch weitergehend schlugen *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, S. 266 ff., eine Neuformulierung des StGB auf Basis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und unter Ablehnung eines »Schuld«-Konzepts vor; hiergegen dezidiert *Arthur Kaufmann*, in: FS Lange, S. 27 (31 ff.).

360 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 270; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts⁵, S. 23 (mit Verweisen auch auf römischrechtliche Wurzeln); ergänzend auch *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 46.

361 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 270 f.; in diesem Sinne ebenfalls *Adam/K. Schmidt/Schumacher*, NSZ 2017, 7 (10).

362 *Mansdörfer*, in: ERST, Vor § 13 StGB Rn. 79.

363 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 48 (ebenso die Voraufll., *J. Vogel*, in: LK¹², Vor § 15 StGB Rn. 45 ff.) In diese Richtung auch *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (338 f.) sowie *S. Beck*, Ad Legendum 2015, 102 (103). *Frisch*, NSZ 2013, 249 (250) weist sämtliche Tatbestandsfragen dem Menschenwürdekern zu, differenziert diesen aber nicht weiter aus; *T. Walter*, in: LK¹³, Vor § 13 StGB Rn. 159 hält diese Differenzierung für belanglos.

ohne dabei die Eingriffsintensität des Strafrechts zu relativieren.³⁶⁴ Lediglich zum Objekt staatlichen Handelns degradiert werden zweifelsohne diejenigen, die mit einer strafenden Sanktion belegt werden, obwohl es jeglichen (im Mindestmaß) selbstbestimmten Verhaltens als Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs³⁶⁵ fehlt. Somit ist jegliche Bestrafung »eindeutig oder wahrscheinlich Schuldloser« ebenso willkürlich und auch menschenwürdevidrig³⁶⁶ wie eine Bestrafung für ein Verhalten, das weder einen Vorsatz noch einen Fahrlässigkeitsvorwurf in sich trägt.³⁶⁷ Auch ist es menschenwürdevidrig, an einer Person mit den Mitteln des Strafrechts ein Exempel zu statuieren und sie daher nicht als Individuum ernst zu nehmen, sprich trotz geringem individuellem Schuldvorwurf eine außer jedem Verhältnis stehende Strafe zu verhängen. Im Übrigen – d.h. außerhalb des abwägungsfesten, menschewürdebezogenen Kerns des Schuldprinzips – ist das Schuldprinzip zwar gestaltungsoffener, weil einer Abwägung zugänglich; diese aber unterliegt (strikt) dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Aus diesem Grund sind einerseits etwa Schuldvermutungen (z.B. eine Halterhaftung für Verstöße im Straßenverkehr) in Bereichen einer Kriminalstrafe,³⁶⁸ aber auch bei gravierenden Bußgeldern, mit der Verfassung unvereinbar. Andererseits aber eröffnet die Verfassung dem Strafgesetzgeber und auch der Strafrechtswissenschaft und der Strafrechtspraxis Spielraum für die Wahl und Konstruktion des individuellen Schuldvorwurfs,³⁶⁹ für den namentlich auch bloßes Handlungsunrecht, eine bloße Gefahrschaffung, eine mangelnde Reflexionsbereitschaft der Risikohaftigkeit eigenen Verhaltens und auch ein sogenanntes »Übernahmeverschulden« oder Complianceverstöße ausreichen können. In diesem Sinne sind – mit *M. Jahn* und *J. Vogel* – Strafe und Schuld weder »vorpositiv und für alle Ewigkeit vorgegebene[...] Konzepte, sondern stehen – in den Grenzen der Verfassung – zur Disposition des und zur Weiterentwicklung durch den Gesetzgeber.«³⁷⁰ Je mehr sich aber die Verantwortungszuschrei-

364 *Brodowski*, JR 2016, 415 (427 ff.); *Brodowski*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 141 (158 ff.); *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (972) m.w.N. Wann immer das Strafrecht überhöht wird, besteht zugleich Anlass zur Sorge, dass die mit funktionalen Äquivalenten einhergehenden rechtsstaatlichen Risiken marginalisiert werden.

365 Und damit eines tatstrafrechtlichen Gehalts; hierzu *Landau*, EuGRZ 2016, 505 (510).

366 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 48.

367 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 45 f.

368 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 47.

369 Aus der Wissenschaft in neuerer Zeit exemplarisch *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse.

370 *Brodowski*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 141 (159) unter Verweis auf *M. Jahn*, in: *M. Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*

bung von der klaren Konstruktion *Hörnles* entfernt, desto eher ist dem – von Verfassungs wegen – auf Rechtsfolgenseite Rechnung zu tragen. Aus diesem Grund – und nicht wegen einer pauschalen Unvereinbarkeit mit dem Menschenwürdekern des Schuldprinzips – gerät die dogmatische Konstruktion einer sukzessiven Mittäterschaft³⁷¹ oder sukzessiven Beihilfe³⁷² »nach Vollendung« zumindest in die Nähe der Verfassungswidrigkeit, wenn dem Unterschied zu einer antezessiven Beteiligung nicht wenigstens im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen wird.³⁷³

Weitestgehende Einigkeit besteht dahingehend, dass das verfassungsrechtliche Schuldprinzip jedenfalls eine »reine ›Erfolgshaftung« untersagt.³⁷⁴ Ferner sind – jedenfalls in ihrem Kern – der unvermeidbare Verbotsirrtum (§ 17 StGB), die Schuldunfähigkeit von Kindern (§ 19 StGB) und die Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB) verfassungsrechtlich im Schuldprinzip fundiert,³⁷⁵ nicht hingegen die Entschuldigungsgründe der §§ 33, 35 StGB.³⁷⁶ Darüber hinaus ist bei einer Erfolgszurechnung jedenfalls Mitursächlichkeit vorauszusetzen; auch muss zumindest ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsvorwurf erhoben werden können.³⁷⁷ Detaillierte Vorgaben zu Abgrenzungs- und Konstruktionsfragen (etwa zur Abgrenzung und zum Mindestmaß von Vorsatz und Fahrlässigkeit oder zur objektiven Zurechenbarkeit als Bestandteil des objektiven Tatbestands) sind dem verfas-

(Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, S. 53 (80) m.w.N.; im gleichen Sinne auch *J. Vogel*, StV 2012, 427 (428).

371 Exemplarisch BGH NSTZ-RR 2017, 221 (221 f.).

372 Exemplarisch BGH NSTZ 2013, 463 (464).

373 Es verbleibt nämlich auch bei sukzessiver Mittäterschaft und Beihilfe »nach Vollendung« ein individuelles Fehlverhalten, das aus strafverfassungsrechtlicher Sicht als hinreichender Anknüpfungspunkt für eine Sanktionierung ausreicht. Allerdings ist *ceteris paribus* die unterbliebene Beeinflussung der Tatvollendung milder zu sanktionieren als eine Beteiligung bereits im Ausführungsstadium vor Vollendung. Indes sprechen weitere, gewichtige materiell-strafrechtliche Gründe gegen eine Anerkennung sukzessiver Beteiligung »nach Vollendung«. Näher hierzu *Brodowski*, ZStW 133 (2021), 913 ff.

374 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (325); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 270.

375 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (341 f.); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 270 f., 711 f.; *Adam/K. Schmidt/Schumacher*, NSTZ 2017, 7 (10). Siehe zudem *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, S. 250 zur Vorhersehbarkeit des »Verbots der betreffenden Handlung«.

376 *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (342); ähnlich in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 32 StGB Rn. 108. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 719 argumentiert auf anderer Grundlage für eine Verfassungsfestigkeit dieser Vorschriften.

377 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 45 f.; jedenfalls insoweit zustimmend *T. Walter*, in: LK¹³, Vor § 13 StGB Rn. 159 ff.

sungsrechtlichen Schuldprinzip hingegen bei der hier vertretenen mittleren Konkretisierungsstufe nicht zu entnehmen. Unter diesem Ansatz geraten mit dem Schuldprinzip auch nicht in Konflikt objektive Bedingungen der Strafbarkeit, selbst wenn sie in maßvoller Weise unrechtsrelevant sind,³⁷⁸ die Strafbarkeit auch unbewusster Fahrlässigkeit,³⁷⁹ weil hier dem präsumtiven Täter die mangelnde Reflexion der Risikohaftigkeit eigenen Verhaltens vorgehalten werden kann,³⁸⁰ und erst recht nicht die Wahlfeststellung als prozessuales Institut.³⁸¹ Zudem kann und darf das Schuldprinzip nicht in eine Pflicht zu einer Mindestbestrafung umgekehrt werden.³⁸² Schließlich ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass das Schuldprinzip sich nicht zur Frage verhält, welches individuelle menschliche Verhalten bei Kriminalstrafe verboten werden darf oder muss.

bb) Europaverfassungsrechtliche Dimension

Auch dem europäischen Strafverfassungsrecht ist ein Schuldprinzip zu entnehmen, dessen Bedeutungsgehalt indes noch weniger klar konturiert ist als auf nationaler Ebene. Während *Jähnke/Schramm* es mit dem Schuldprinzip des Grundgesetzes gleichsetzen³⁸³ und andere Autoren aus zwei Kammerentscheidungen des EGMR zu Art. 7 EMRK³⁸⁴ zumindest ein zwingendes

378 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 47; *Adam/K. Schmidt/Schumacher*, NSTz 2017, 7 (10 f.); zuvor auch *Arthur Kaufmann*, in: FS Lange, S. 27 (32); a.A. aus neuester Zeit *Beckemper*, ZIS 2018, 394 (399 ff.) sowie zuvor *Frister*, Schuldprinzip, S. 46 ff.; *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 249 f. Monographisch hierzu, aber ohne konkreten Verfassungsbezug, *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip.

379 Siehe hierzu die Zusammenschau bei *Koriath*, in: FS Jung, S. 397 ff.

380 Enger *Hörnle*, in: FS Tiedemann, S. 325 (341) m.w.N.

381 A.A. *Pohlreich*, ZStW 127 (2016), 676 (693 ff.).

382 Diese These, wie sie u.a. von *Landau*, NSTz 2014, 425 (428) und (mit divergierenden Begründungsansätzen) auch von *Frisch*, NSTz 2013, 249 (250) und zuvor von *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, S. 205 f. = *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip², S. 205 f. (Aufgabe indes in *Arthur Kaufmann*, in: FS Lange, S. 27 [32 mit Fn. 22]) vertreten wurde, hat – entgegen *Pohlreich*, ZStW 127 (2016), 676 (697) – gerade nicht tragend in BVerfGE 133, 168 (Rn. 109) oder nachfolgender Rechtsprechung Niederschlag gefunden und führte ohnehin zu evidenten Konflikten mit einer abwehrrechtlichen Konstruktion der Grundrechte und auch mit Art. 103 Abs. 2 GG. Überzeugend gegen diese These zudem *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 279 ff. m.w.N.

383 *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 307.

384 EGMR, Urt. v. 29.10.2013 – Nr. 17475/09 (Varvara ./ Italien), Rn. 71 f.; EGMR, Urt. v. 20.01.2009 – Nr. 75909/01 (Sud Fondi ./ Italien), Rn. 116.

Erfordernis einer »mens rea« herzuweisen versuchen,³⁸⁵ so ist doch zunächst darauf hinzuweisen, dass der EGMR unverändert Schuldvermutungen als konventionskonform akzeptiert³⁸⁶ und dass Art. 7 EMRK als normative Grundlage eines Schuldprinzips wenig geeignet erscheint.³⁸⁷ Doch auch Art. 3 EMRK und die Parallelgarantie in Art. 4 GRCh geben für diese Frage wenig her.³⁸⁸ Zudem wurzelt die Rechtsprechung des EuGH – wofür zwischenzeitlich auch Art. 49 Abs. 3 GRCh streitet – im Verhältnismäßigkeitsprinzip³⁸⁹ und nicht in der Menschenwürdegarantie.³⁹⁰ Dass allerdings aus einer konsequenten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter einem Präventionsparadigma vergleichbare Gewährleistungsinhalte resultieren, hat *Kaspar* überzeugend herausgearbeitet.³⁹¹ Für die europäische Ebene bedeutet dies einerseits, dass das europäische Strafverfassungsrecht grundsätzlich ein individuelles Verschuldenselement (Höchstpersönlichkeit und Subjektivität)³⁹² verlangt, ohne dass sich dies bislang näher zu einem »mens rea«, Vorsatz- oder Fahrlässigkeits(mindest)erfordernis konkretisiert hätte. Andererseits aber ist das Schuldprinzip, ohne Art. 52 Abs. 1 GRCh bemühen zu müssen, auf europäischer Ebene jedenfalls einer größeren Abwägungsoffenheit zuträglich. Daher überrascht es nicht, dass der EuGH (ausnahmsweise) eine maßvolle objektivierte Verantwortlichkeit akzeptierte,³⁹³ »wenn dies geeignet, erforderlich und angemessen erscheint, die Geltung der sanktionierten Verhaltensnorm durch Abschreckungs- und Integrationsprävention sicherzustellen.«³⁹⁴ Eine nähere Konturierung könnte zukünftig im europäisierten Datenschutzsanktionenrecht erfolgen, in dem manche Stimmen in der Literatur eine verschuldensunabhängige Sanktionierung zulassen wollen,³⁹⁵ die wohl überwiegende Ansicht aber unter Verweis auf das euro-

385 So *Satzger*, in: SSW-StPO⁴, Art. 7 EMRK Rn. 27; ähnlich, wenngleich zweifelnd *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 26.

386 So auch *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 26 m.w.N.

387 Zutr. *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 26 m.w.N.

388 Für einen »begrenzten Schuldgrundsatz« plädierend *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 3 EMRK Rn. 24.

389 Hierzu noch unten § 1 IV. 2. c) cc).

390 EuGH, Urt. v. 10.10.1990 – C-326/88 (Hansen), Rn. 19. Siehe ferner *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 6 GRCh Rn. 15 zu den grundsätzlich fehlenden materiellrechtlichen Vorgaben der Art. 5 EMRK, Art. 6 GRCh an Strafgesetze.

391 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 709 ff.

392 *J. Vogel*, JZ 1995, 331 (337, 339).

393 EuGH, Urt. v. 10.10.1990 – C-326/88 (Hansen).

394 *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 45.

395 *Bergt*, DuD 2017, 555 (558); *Nemitz*, in: Ehmman/Selmayr², Art. 83 DS-GVO Rn. 17.

paverfassungsrechtliche Schuldprinzip und im Einklang mit Art. 83 Abs. 2 lit. b DS-GVO Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzen.³⁹⁶ Noch über eine rein europäische Dimension hinausgehend verlangt schließlich Art. 40 Abs. 3 lit. a VN-Kinderrechtskonvention³⁹⁷ die Festlegung eines Mindestalters für die Strafmündigkeit, was zwar ebenfalls im Kontext einer Internationalisierung des Schuldprinzips zu verstehen ist, aber mangels konkret festgelegten Mindestalters nur begrenzt zu einer Konstitutionalisierung des § 19 StGB beitragen kann.

cc) Kriminalpolitische Dimension

Diese zurückhaltende, aber doch einen Mindestgehalt stützende Interpretation des Schuldprinzips wird auf europäischer Ebene auch durch die kriminalpolitische Brille bestätigt. So besteht eine weiche Selbstbindung des Rats der Europäischen Union dahingehend, dass die EU im Bereich der Strafrechts-harmonisierung »grundsätzlich nur Strafen für Handlungen festlegen [sollte], die vorsätzlich begangen wurden«. Hingegen solle fahrlässiges Verhalten nur ausnahmsweise erfasst werden, »sofern eine Prüfung des Einzelfalls zeigt, dass dies aufgrund der besonderen Bedeutung der zu schützenden Rechte oder wesentlichen Interessen zweckmäßig ist, z.B. bei grob fahrlässigen Handlungen, die Menschenleben gefährden oder großen Schaden verursachen«. Eine verschuldensunabhängige Haftung soll hingegen nicht Gegenstand von EU-Mindestvorgaben sein.³⁹⁸ Dem schlossen sich die anderen Legislativorgane in unterschiedlicher Intensität an.³⁹⁹ Im Einklang hiermit enthalten EU-Richtlinien und zuvor Rahmenbeschlüsse nur höchst selten Maßgaben zu Fahrlässigkeitstaten.⁴⁰⁰ Gleichwohl ist zu konstatieren,

396 *Brodowski/D. Nowak*, in: BeckOK-Datenschutz⁴², § 41 BDSG Rn. 17 m.w.N.

397 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl. 1992 II, S. 122.

398 Nr. 6 bis Nr. 8 der Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rates im Bereich des Strafrechts (Ratsdok. 16798/09, Ratsdok. 16542/2/09 REV 2).

399 Europäisches Parlament, Initiativbericht 2010/2310(INI) sowie Kommission, KOM (2011) 573 endg. v. 20.09.2011; vgl. ferner die vergleichende Darstellung in Ratsdok. 10137/15.

400 Eine Pönalisierungspflicht in Bezug auf grob fahrlässiges oder leichtfertiges Verhalten enthalten Art. 3 RL 2008/99/EG (Umwelt); Art. 4 RL 2005/35/EG i.d.F. RL 2009/123/EG (Meeresverschmutzung durch Schiffe). Eine Strafschwerung für grob fahrlässig das Leben eines Kindes gefährdendes Verhalten fordert Art. 9 lit. f RL 2011/93/EU, und an die Mitgliedstaaten verbleibende Möglichkeit zur Kriminalisierung (grob) fahrlässiger Verstöße erinnert Erwägungsgrund 12 RL 2014/57/EU; Erwägungsgrund 14 Sätze 5 und 6 RL (EU) 2018/1673.

dass sich die vorgenannten Selbstbindungen nicht zu einer gemeinsamen Rahmenvorgabe der Legislativorgane verdichtet haben – nicht einmal im »Bereich[...] besonders schwerer Kriminalität« (Art. 83 Abs. 1 AEUV) –⁴⁰¹ und dass auch das Manifest eines Kreises der europäischen Strafrechtswissenschaft zwar eine Beachtung des Schuldgrundsatzes fordert,⁴⁰² ihm aber eine dem Grundrechtsschutz dienende Funktion zuschreibt und ihn gerade nicht aus den EU-Grundrechten herleitet.

Auf nationaler Ebene wiederum stellt das Schuldprinzip zwar ein beliebtes Argumentationsmuster dar, weil es ein auf den ersten Blick eingängiges Konzept darstellt und, bildlich gesprochen, zur DNA des deutschen Strafrechts zu zählen ist. Besonders deutlich ist dies in der – jedenfalls zum Teil unter dem Topos Schuldprinzip geführten – Diskussion über die Einführung einer kriminalstrafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit.⁴⁰³ Indessen ginge es zu weit, hierin eine über den zuvor skizzierten verfassungsrechtlichen Rahmen hinausgehende Begrenzung durch eine kriminalpolitische »polity« zu konstruieren. Dies gilt umso mehr, als die Kontrolldichte der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang dünn geblieben ist und daher ein Motiv für politische Zurückhaltung entfällt.⁴⁰⁴ Vielmehr dürfte der deutsche Gesetzgeber das Selbstbewusstsein des schweizerischen Bundesrats teilen,⁴⁰⁵ der zur Deutungshoheit über das Konzept der »Schuld« ausführte:

»Wenn der [...] Entwurf auf strafrechtsdogmatische Verrenkungen verzichtet und den strafrechtlichen Vorwurf an ein Unternehmen als eigenständiges *Aliud* gegenüber dem herkömmlichen Schuldbegriff postuliert, so bedient er sich nicht einer unzulässigen Abkürzung. Das Vorgehen beruht vielmehr auf der Überzeugung, dass letztlich nicht die Dogmatik, sondern der *legislatorische Wille*, eine als Problem erkannte Situation sachgerecht zu regeln, darüber entscheidet, ob diese Regelung zulässig ist.«⁴⁰⁶

401 Zu den gescheiterten Bestrebungen siehe *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (112).

402 *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 (697 f.).

403 Vgl. hierzu oben in Fn. 321.

404 Zur Konfliktscheue gegenüber dem BVerfG als kriminalpolitischer »polity« siehe noch unten § 1 IV. 1. c) aa).

405 Zum Primat der Kriminalpolitik über Strafrechtsdogmatik siehe noch unten § 6 II. 2. b) dd) bei und mit Fn. 245.

406 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [...] v. 21.09.1998, BBl. 1999, 1979 (2142 [Hervorhebung im Original]).

b) *Verhältnismäßigkeit, Gleichheit und materielle Gerechtigkeit*

aa) *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zwar für das Grundgesetz und auch für die europäische Verfassungswirklichkeit prägend,⁴⁰⁷ steht jedoch nicht für sich allein: Erforderlich ist bereits begrifflich ein Maßstab, zu dem etwas in Verhältnis gesetzt werden kann. Grundrechtsdogmatisch wiederum stellt die Verhältnismäßigkeitskontrolle eine sogenannte *Schranken-Schranke* dar, sprich sie begrenzt Grundrechtseingriffe im Hinblick auf den jeweils verfolgten Zweck.⁴⁰⁸

(1) *Begrenzung der Rechtsfolgen der Tat (einschließlich Strafzumessung)*

In diesem Sinne wurde die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bereits herausgearbeitet bei der zeitigen Freiheitsstrafe und der dort notwendigen Anrechnung anderer Formen des Freiheitsentzugs,⁴⁰⁹ aber auch bei der Reststrafenaussetzung und im Maßregelvollzug,⁴¹⁰ was sich im Bereich dieser »zweiten Spur« positivrechtlich in der Zentralnorm des § 62 StGB manifestiert. In Bezug auf das Schuldprinzip wird teils eine (partielle) Überlappung konstatiert; nach (auch) hier vertretener Auffassung begrenzt das Verhältnismäßigkeitsprinzip – als Maßgabe für die Strafzumessung – die Höhe der Rechtsfolge (allein) nach oben.⁴¹¹ Doch auch darüber hinausgehend ist die Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Strafzumessung beachtlich, da jeglicher generalpräventiv oder mit der Gefährlichkeit des Verurteilten

407 Statt aller *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG VII Rn. 109 ff. sowie BVerfGE 154, 17 (Rn. 124 ff). Zum europäischen Strafrecht sei ergänzend zum einen auf die (teils missverständliche) Trias verwiesen, dass Verstöße mit »wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden strafrechtlichen Sanktionen geahndet werden können« müssen; hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (5). Zum anderen sei an Art. 52 Abs. 1 GRCh erinnert; hierzu exemplarisch *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 52 GRCh Rn. 8.

408 Statt aller *Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 68 Rn. 41; zu (so nicht überzeugenden) Differenzierungstendenzen zwischen vorbehaltlos und unter Gesetzesvorbehalt stehenden Gesetzen siehe *H. Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 19 GG Rn. 5.

409 Siehe oben § 1 II. 1. a) cc) (1) m.w.N.

410 Siehe oben § 1 II. 1. a) cc) (2) sowie § 1 II. 1. a) cc) (3), jeweils m.w.N.

411 Siehe hierzu soeben § 1 II. 2. a) aa) m.w.N.

begründeter Freiheitsentzug dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen muss, ebenso die mit anderen Strafen⁴¹² verbundenen Grundrechtseingriffe.

(2) Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung

Mit einer jeden staatlichen Sanktionierung, aber auch bereits mit deren abstrakten Androhung ist ein komplexer Eingriff verbunden, der nach andernorts näher ausgeführter Argumentation jedenfalls einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsgrundrecht in Gestalt eines Grundrechts auf Freiheit von Sanktionierung mit einschließt.⁴¹³ Strafgesetze sind daher jedenfalls der verfassungsrechtlichen Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit unterworfen. In dieser Hinsicht besteht im Detail viel Streit darüber, inwieweit hieraus eine tatsächliche und wirksame Strafrechtsbegrenzung in Bezug auf den Besonderen Teil des Strafrechts folgt;⁴¹⁴ die Auswirkungen auf allgemeine Regelungen – sprich den hier relevanten Allgemeinen Teil – werden hingegen bislang nur selten diskutiert.⁴¹⁵ Indes sind es gerade derartige allgemeine Kriterien, welche im Lichte der Verfolgung von Strafzwecken (als – das sei an dieser Stelle zunächst simplifizierend⁴¹⁶ vorausgesetzt – *legitimes Ziel*) das eingesetzte Mittel der Sanktionierung als nicht geeignet, nicht erforderlich oder als nicht angemessen erscheinen lassen können.

Somit ist es im Ausgangspunkt überzeugend, dass *Kaspar* dies – von seinem Standpunkt aus ausgehend von einem reinen Präventionsparadigma – bezogen auf Schuldausschließungsgründe, Entschuldigungsgründe und weitere von ihm als materiell-rechtlich klassifizierte Bestrafungsvoraussetzungen »jenseits der Schuld« ausbuchstabiert hat.⁴¹⁷ Bei Schuldausschließungsgründen und Entschuldigungsgründen fehlen »präventive Bedürfnisse der Bestrafung«.⁴¹⁸ Bezogen auf die Schuldunfähigkeit von Kindern (§ 19 StGB) sowie die absolute Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) fehle es (abseits der *actio libera in causa*) an einem legitimen präventiven *Straf*bedürfnis, zumal im letzteren Falle der Prävention bereits durch Maßregeln der Besserung

412 Zu Maßregeln siehe soeben sowie § 62 StGB.

413 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (975 f.).

414 Siehe hierzu noch unten § 1 IV. 2. c) m.w.N.

415 Eine Aufbereitung verfassungsrechtlicher Spuren in der Diskussion über das Notwehrrecht findet sich bei *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 593 f.

416 Zu latenten Funktionen und deren verfassungsgerichtlicher Kontrolle siehe unten § 2 III. 3. a) bb) (3).

417 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 709 ff.

418 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 720.

und Sicherung Rechnung getragen werden könne;⁴¹⁹ bei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum verneint er mangels »schädliche[r] Vorbildwirkung« und weil der präsumtive Täter versucht habe, sich rechtstreu zu verhalten, eine »präventive Bestrafungsnotwendigkeit«⁴²⁰ und statuiert daher, dass diese Schuldausschließungsgründe aus Gründen »absoluter Unverhältnismäßigkeit« verfassungsrechtlich zwingend sind.⁴²¹ Lediglich Ausdruck einer »relativen Unverhältnismäßigkeit«, mithin einer Abwägung durch den Gesetzgeber zugänglich und damit Frage der Angemessenheit sei die Regelung des entschuldigenden Notstands (§ 35 Abs. 1 Satz 1 StGB) und des Notwehrexzesses (§ 33 StGB);⁴²² bezogen hierauf dürfe der Gesetzgeber davon ausgehen, dass es keine general- oder spezialpräventive Notwendigkeit zur Einwirkung gebe.⁴²³ Als Ausdruck »relativer Unverhältnismäßigkeit« interpretiert *Kaspar* u.a. die Regelung des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch (§ 24 StGB)⁴²⁴ und die (von ihm auch materiell-rechtlich interpretierte) Verjährung.⁴²⁵ Bei aller Freude an dieser Systembildung und den aus einer solchen Verfassungsorientierung folgenden Auslegungsleitlinien, und trotz der auch unter einem Vergeltungsparadigma folgenden vergleichbaren Ergebnisse,⁴²⁶ ist jedoch festzuhalten: Abseits der ohnehin durch das Schuldprinzip verabsolutierten Aspekte⁴²⁷ verbleibt im Bereich »relativer Unverhältnismäßigkeit« ein breiter Spielraum gesetzgeberischen Ermessens, den *Kaspar* sodann allein prozedural einzugrenzen sucht.⁴²⁸

Auch in weiteren Bereichen, namentlich der Zurechnung, der Beteiligung und der Rechtfertigung, vermag das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur kaum über das Schuldprinzip hinausgehend den gesetzgeberischen Handlungsspiel-

419 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 711 ff.

420 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 716 f.

421 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 722. Nicht gänzlich klar wird, ob *Kaspar* in diesen Gründen bereits keine Verfolgung eines legitimen Ziels sieht, dem Mittel der Strafe hier eine Geeignetheit abspricht oder sie lediglich für nicht erforderlich hält.

422 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 723 f.

423 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 718 f.

424 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 726 f.

425 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 738 ff.

426 Gewisse Abstriche wären zwar in Bezug auf die Verjährung vorzunehmen; im Übrigen lässt sich jedoch konstatieren, dass sich eine Vergeltung an Kindern verbiete (§ 19 StGB) und bei einem Rücktritt vom Versuch der Vergeltungsbedarf relativiert sei.

427 Hierzu oben § 1 II. 2. a) aa).

428 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 719 unten. Siehe hierzu unten § 1 II. 3. c).

raum einzugrenzen: Ein Gehilfe darf (jedenfalls typisierend betrachtet⁴²⁹) gewiss nicht schwerer bestraft werden als der Haupttäter; verfassungsrechtlich zwingend ist die Differenzierung aber nicht, wie es das Ordnungswidrigkeitenrecht nahelegt (§ 14 Abs. 1 Satz 1 OWiG). Fehlt es an jeglicher objektiver oder subjektiver Zurechenbarkeit eines Erfolges, kann eine für diesen Erfolg verhängte Strafe bereits keinen legitimen Zweck verfolgen. Gleiches gilt dann, wenn ein Verhalten von der Gesamtrechtsordnung legitimiert wird, etwa eine mit Einwilligung des Patienten erfolgende ärztliche Behandlung. Gleichwohl verbleiben die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (zusätzlich) folgenden Begrenzungen an den Gesetzgeber hier auf einer recht basalen Ebene; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz trägt nur begrenzt zur Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils bei.⁴³⁰

(3) Eingriffslegitimierende Rechtfertigungsgründe, insbesondere Notwehr (§ 32 StGB)?

Weiterreichendere Schlüsse zieht jedoch *Kaspar* für das Festnahmerecht Privater (§ 127 Abs. 1 StPO),⁴³¹ und – aufgrund seiner Fundierung (auch) in einer Rechtsbewährung – das Notwehrrecht (§ 32 StGB):⁴³² Diese interpretiert er als Regelungen für Situationen, in denen das Verhalten des Festnehmenden bzw. des Verteidigers dem Staat zuzurechnen sei. Somit handele es sich um Normen, die zu Eingriffen in die Grundrechte⁴³³ Dritter (des Betroffenen bzw. des Angreifers) ermächtigen. Folglich gelte das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke und begrenze das Festnahme- bzw. das Notwehrrecht,⁴³⁴ letzteres namentlich über deren »Gebotenheit«.⁴³⁵ Zuzustimmen ist ihm zunächst dahingehend, dass der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Normen, die zum Eingriff in Grundrechte rechtfertigen,

429 Zum Sonderfall der geschäftsmäßigen Beihilfe zur (straflosen) Selbsttötung siehe BVerfGE 153, 182 (insbes. Rn. 278).

430 Zum Besonderen Teil siehe noch unten § 1 IV. 2. c) m.w.N.

431 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 604 f.

432 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 607 ff.

433 Zur zu verneinenden Frage, ob strafbares Verhalten außerhalb des Grundrechtsschutzes stehe, siehe noch unten § 1 IV. 1. a).

434 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 604 f., 609 ff.

435 Zusätzlich konstruiert er eine – deutlich zurückhaltendere – Begrenzung des Notwehrrechts aus einer verbleibenden staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Angreifer, was insbes. dessen Tötung Grenzen setze und eine Abwägung erforderlich mache; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 597 ff. Inwiefern an dieser und an anderer Stelle diese Abwägung aber gerade durch das Strafrecht zu lösen sei, muss an dieser Stelle offen gelassen werden.

allenfalls *begrenzen*, nicht aber *begründen* kann.⁴³⁶ Ebenfalls ist ihm zuzustimmen, dass nicht jeder Rechtfertigungsgrund zugleich bedeutet, dass das gerechtfertigte Verhalten dem Staat zuzurechnen sei⁴³⁷ – übrigens trotz Schlagworten wie der »Einheit der Rechtsordnung«⁴³⁸ und einer vermeintlichen »Indizwirkung« des Tatbestands, die nur »ausnahmsweise« durch einen Rechtfertigungsgrund »entkräftet« werde. Als zu weitreichend erscheint es aber, aus einer bloß partiellen Fundierung des Notwehrrechts in der Rechtsbewährung den sich Verteidigenden zum quasi-»Beliehenen« zu ernennen, der an Stelle des Staates einen strafäquivalenten Eingriff in die Rechte des Angreifers vornehme.⁴³⁹ Wenn sich die intendierten wie faktischen Wirkungen des Notwehrrechts in Teilbereichen überschneiden mögen,⁴⁴⁰ so entfaltet § 32 StGB erstens eine rechtfertigende Wirkung für jeden und jede. Ein, wenn auch situatives, für jedermann geltendes Selbsteintrittsrecht in die Staatsverwaltung würde die Trennlinie zwischen Öffentlichem und Privatem aufweichen. Zweitens erschiene die Diskussion, ob sich Hoheitsträger überhaupt auf § 32 StGB berufen dürfen,⁴⁴¹ in einem neuen Licht, wenn jeder Notwehr Übende wie ein Hoheitsträger an Grundrechte gebunden wäre. Drittens ergeben sich Folgeprobleme, wenn man mit *Kaspar* die Notwehr als funktionales Äquivalent zur Strafe oder jedenfalls als (quasi-)staatliche Sanktionierung interpretiert, etwa im Hinblick auf die nachfolgende Strafverfolgung gegenüber dem Angreifer als potentielle Doppelverfolgung und -bestrafung. Zudem wäre dann beachtenswert, dass die Notwehr, weil sie sofort erfolgt, durchaus bessere präventive Wirkungen entfalten kann.⁴⁴² Sie

436 Vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 592 f. Dies basiert auch auf der Notwendigkeit, den Verfassungsgrundsatz vom »allgemeinen Rechtsgedanken[...]« der Verhältnismäßigkeit sauber zu differenzieren.

437 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 600 ff.

438 Zu weitreichend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 595 (und anders als S. 570 ff.): Die strafrechtliche Rechtfertigung eines Verhaltens bedeutet mitnichten »prinzipiell«, dass das Verhalten auch zivil- und verwaltungsrechtlich als rechtmäßig anzusehen ist.

439 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 608 f.

440 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 609 m.w.N.

441 Statt aller *Erb*, in: MK-StGB⁴, § 32 StGB Rn. 186 ff.; *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 272 ff.

442 Zur Relevanz der Zeitkomponente drohender Sanktionierung für eine spezialpräventive Wirkung siehe, statt mehrerer, *Mamayek/Paternoster/Loughran*, in: Bernasco/van Gelder/Elffers (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*, S. 209 ff.; *Nagin/Pogarsky*, *Journal of Quantitative Criminology* 20 (2004), 295 ff.; *Wilson/Herrnstein*, *Crime and Human Nature*, S. 50; aus allgemeinspsychologischer Sicht siehe, statt mehrerer, *Loewenstein/Elster*, *Choice over time*; *Ahlbrecht/Martin Weber*, *Management Science* 43 (1997), 813 ff.; *Önçüler*, in: Michel-Kerjan/Slovic

könnte daher als vorzugswürdig gegenüber einer staatlichen Strafverfolgung erscheinen.⁴⁴³ Interpretiert man dennoch – entgegen der hier vertretenen Auffassung – Rechtfertigungsgründe (teilweise) als öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen, so ist jedenfalls festzuhalten, dass der Spielraum des Gesetzgebers bei der positivrechtlichen Regelung der Notwehr (§ 32 StGB) und wohl auch des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB)⁴⁴⁴ bis zur Grenze des im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Möglichen ausgenutzt ist.

bb) Gleichheitsgrundrecht (Art. 3 Abs. 1 GG)

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bindet trotz seines diffusen Wortlauts (»vor dem Gesetz«) auch den (Straf-)Gesetzgeber.⁴⁴⁵ Seine Anwendung setzt indes einen Bezugspunkt (*tertium comparationis*) voraus⁴⁴⁶ und kann daher – wie der relationale Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – als strafverfassungsrechtliche Maßgabe nur implizit wirken.

(1) Maßstabsbildung in der Rechtsprechung des BVerfG

Inzwischen ist eine weitgehende Konsolidierung der Verfassungsrechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG eingetreten, sodass der langjährige und oftmals

(Hrsg.), *The Irrational Economist*, S. 107 ff.; *Williams*, in: Zamir/Teichman (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, S. 335 ff.; *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263 ff.; *Tversky/Kahneman*, *Journal of Risk and Uncertainty* 5 (1992), 297 ff.

443 Folglich wäre es – entgegen *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 613 f. – unter dieser (hier abgelehnten) Prämisse sogar erschwert, das Notwehrrecht einzuschränken, soweit die Inanspruchnahme (sonstiger!) staatlicher Hilfe möglich ist.

444 Dass auch in Bezug auf den rechtfertigenden Notstand Fallgestaltungen denkbar sind, die einem Selbsteintritt zur Gefahrenabwehr an der Stelle des eigentlich zum Tätigwerden verpflichteten Staates gleichkommen, wurde zuletzt evident, als das OLG Naumburg einen durch das Eindringen in Stallanlagen begangenen Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) als gerechtfertigt ansah, OLG Naumburg NJW 2018, 2064 m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *S. Bock*, ZStW 131 (2019), 555 ff.; *Dehne-Niemann/Greiner*, GA 2019, 205 ff.; *Greco*, JZ 2019, 390 ff.; *Reinbacher*, ZIS 2019, 509 ff.; *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 ff.

445 Seit BVerfGE 1, 14 (52) st. Rspr.; siehe nur *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 3 GG Rn. 18 sowie *Singelstein*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 223 (225 f.) (mit strafverfahrensrechtlich orientiertem Kommentar *Barskanmaz*, in: Bäcker/Burchard [Hrsg.], *Strafverfassungsrecht*, S. 281 ff.).

446 Siehe erneut nur *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 3 GG Rn. 21.

überhöht dargestellte Streit um die richtige »Formel« überwunden werden konnte, der zuvor mit Begrifflichkeiten wie der »Willkürformel«⁴⁴⁷ des *Ersten Senats* und der »neuen«,⁴⁴⁸ »neuesten«⁴⁴⁹ und zuletzt »je-desto-Formel«⁴⁵⁰ des *Zweiten Senats* geführt worden war.⁴⁵¹ Beide Senate heben nämlich inzwischen hervor, dass gesetzliche »Differenzierungen [...] stets der Rechtfertigung durch Sachgründe [bedürfen], die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.«⁴⁵² Dabei »ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können.«⁴⁵³ Aus der Abhängigkeit vom Regelungsgegenstand folgt dabei, dass »Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt, [...] sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur in Bezug auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungs-

447 »Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß«, BVerfGE 1, 14 (52). Indes zeigte sich auch bei Anwendung dieser Formel, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung relativ zur Intensität der mit der Regelung einhergehenden Beeinträchtigung sind; hierzu nur *Wendt*, NVwZ 1988, 778 (780 f.).

448 Art. 3 Abs. 1 GG sei »vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten«, BVerfGE 55, 72 (88).

449 »Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen«, BVerfGE 88, 87 (96).

450 »Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können«, BVerfGE 129, 49 (Ls. 1).

451 Zu alledem zusammenfassend *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 296; *Kischel*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 3 GG Rn. 28 f.; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 3 GG Rn. 22, 30 ff. sowie *Gabriele Britz*, NJW 2014, 346 ff.

452 So die Formulierung des *Ersten Senats* in BVerfGE 151, 101 (Rn. 64) und des *Zweiten Senats* (mit »Differenzierungsziel« statt »Ziel«) in BVerfGE 152, 274 (Rn. 96).

453 So die Formulierung des *Ersten Senats* in BVerfGE 151, 101 (Rn. 64); nahezu äquivalent der *Zweite Senat* in BVerfGE 152, 274 (Rn. 96).

bereiche bestimmen« lassen.⁴⁵⁴ Eine verschärfte verfassungsgerichtliche Kontrolle postulieren beide Senate bei Auswirkungen »auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten.«⁴⁵⁵ Der *Erste Senat* verschärft die Anforderungen zudem bei fehlender individueller Beeinflussbarkeit bzw. »Verfügbarkeit« des Differenzierungsmerkmals⁴⁵⁶ und bei »Annäherung« an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kriterien.⁴⁵⁷ Der *Zweite Senat* hingegen betont in Reminiszenz an die Willkürformel, dass jedenfalls bei objektiver Willkür ein Gleichheitsverstoß vorliege, d.h. bei einer »tatsächliche[n] und eindeutige[n] Unangemessenheit der Regelung in Bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand«, mithin wenn »ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt.«⁴⁵⁸

(2) Straferfassungsrechtliche Maßstäbe

Die Auswirkungen des Gleichheitsgrundrechts und insbesondere des zwischenzeitlich geschärften allgemeinen Prüfungsmaßstabs auf das materielle Strafrecht⁴⁵⁹ sind in weiten Teilen noch ungeklärt, insbesondere für den hier relevanten Allgemeinen Teil und unter Ausschluss der Strafzumessung.⁴⁶⁰

Zunächst ist im Hinblick auf die vorliegende – spärliche – Rechtsprechung des BVerfG festzuhalten, dass diese kaum für eine gesteigerte Prüfungsintensität streitet. So maß das BVerfG die legislative Entscheidung, bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum nur eine Strafmilderung zu gewähren (§ 17 Satz 2 StGB), ebenso ausdrücklich am Willkürverbot⁴⁶¹ wie die nur

454 So die Formulierung des *Zweiten Senats* in BVerfGE 152, 274 (Rn. 96); nahezu äquivalent der *Erste Senat* in BVerfGE 151, 101 (Rn. 64).

455 So die Formulierung des *Zweiten Senats* in BVerfGE 152, 274 (Rn. 98); äquivalent der *Erste Senat* in BVerfGE 151, 101 (Rn. 64).

456 Hierzu *Gabriele Britz*, NJW 2014, 346 (350) m.w.N. sowie auf Senatsebene zuletzt BVerfGE 151, 101 (Rn. 64).

457 Zusammenfassend *Kischel*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 3 GG Rn. 45 ff. m.w.N. sowie auf Senatsebene zuletzt BVerfGE 151, 101 (Rn. 64).

458 So die Formulierungen in BVerfGE 152, 274 (Rn. 97).

459 In der strafrechtsspezifischen Randnummer *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 326 dominieren – von den nachfolgend analysierten und bewerteten Akzenten abgesehen – verfahrensrechtliche Erwägungen; ergänzend zur Verständigung *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 150 sowie *Landau*, NStZ 2015, 665 (669), dort zudem mit Bezug zur »materiellen Gerechtigkeit«.

460 Zu Fragen der »Strafbarkeit« (bezogen auf den BT), der Strafverfolgung und Strafzumessung zusammenfassend *Mellinghoff*, in: P. Kirchhof Symposium, S. 147 ff.

461 BVerfGE 41, 121 (125).

partielle Verlängerung der Verfolgungsverjährung⁴⁶² und hielt es für »im Gestaltungsbereich des Gesetzgebers« liegend, sich von der »kriminalpolitisch motivierten Vorstellung leiten [zu lassen], daß der Irrtum im Tatsächlichen eine mildere Bewertung verdiene als der Irrtum über die Unrechtmäßigkeit.«⁴⁶³ Nur kaum stärker konturiert entschied das BVerfG zur Abgrenzung zwischen Totschlag und Mord, aber mit Aussagekraft auch für den Allgemeinen Teil, dass die gesetzliche Bestimmung des Unrechts- und Schuldgehalts »regelmäßig de[m] Gesetzgeber« obliegt und »[s]ein Spielraum [...] erst dort [endet], wo die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, wo also ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt«.⁴⁶⁴ Ebenso fordern die Maßstäbe nachfolgender Entscheidungen zu § 353d Nr. 3 StGB und zum Betäubungsmittelstrafrecht, dass »die gewählte Tatbestandsfassung durch sachliche Erwägungen hinreichend begründet sein muß«⁴⁶⁵ bzw. eine Sachgerechtigkeit.⁴⁶⁶ Doch es ist keineswegs klar, ob dies tatsächlich zu einer stärkeren Bindung etwa im Sinne einer »Folgerichtigkeit«⁴⁶⁷ führt, zumal die von *Mellinghoff* ins Feld geführten Beispiele (sachgrundloser Ausschluss bestimmter Gegenstände aus dem Diebstahlschutz oder sachgrundlose Freistellung bestimmter Personengruppen von Strafbarkeit)⁴⁶⁸ bereits einer Willkürkontrolle nicht standhalten könnten.

Beide Entscheidungen und auch ein *obiter dictum* zu § 371 Abs. 1 AO weisen zugleich auf strafrechtliche Besonderheiten hin: Strafanordnungen bedürfen einer gesetzlichen und hinreichend bestimmten Grundlage⁴⁶⁹ und bewirken eine erhebliche Grundrechtsbeschränkung.⁴⁷⁰ Ein Verdikt mangelnder Gleichheit in der Bestrafung könnte jedoch gleichermaßen zum Anlass für eine Entkriminalisierung (des gleichheitswidrig unter Strafe gestellten Verhaltens) wie für eine Kriminalisierung (des gleichheitswidrig *nicht* unter Strafe gestellten Verhaltens) genommen werden. Jede Erhöhung des strafverfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs über eine bloße Willkürkontrolle hinaus trägt somit – kriminalpolitisch gesprochen – die Gefahr in sich, die Fragmentarität des Strafrechts und sonstige Strafbegrenzungsmechanismen in Zweifel zu ziehen. Verfassungsrechtlich gewendet lässt sich, neben der

462 BVerfGE 25, 269 (292 f.).

463 BVerfGE 41, 121 (125).

464 BVerfGE 45, 187 (268 f.).

465 BVerfGE 71, 206 (222).

466 BVerfGE 90, 145 (196).

467 So *Mellinghoff*, in: P. Kirchhof Symposium, S. 147 (157 f.).

468 Vgl. *Mellinghoff*, in: P. Kirchhof Symposium, S. 147 (158).

469 BVerfGE 90, 145 (196) spricht von »Rechtssicherheit«.

470 Vgl. BVerfGE 71, 206 (Ls. 1).

bereits angesprochenen Gesetzesbestimmtheit, die Grundrechtsintensität des Eingriffs und die daraus folgende Notwendigkeit dessen Begrenzung hervorheben und als Gegenargument gegen eine erhöhte gleichheitsrechtliche Prüfungsintensität ins Feld führen. In diesem Sinne lässt es sich verstehen, wenn das BVerfG im amtlichen Leitsatz seiner Entscheidung zu § 353d Nr. 3 StGB – weniger deutlich in den Entscheidungsgründen – statuiert, dass eine »grundrechtsbeschränkende Strafvorschrift« nicht »wegen mangelnder Zwecktauglichkeit beanstande[t]« werden kann, wenn der Schutzzweck »bei einer weitergehenden Grundrechtsbeschränkung möglicherweise besser erreicht werden« könnte.⁴⁷¹ Gleichmaßen, so das BVerfG im *Cannabis*-Beschluss, gebietet es der Gleichheitssatz gerade »nicht, alle potentiell gleich schädlichen Drogen gleichermaßen zu verbieten oder zuzulassen«. ⁴⁷² Ebenso lässt sich hiermit begründen, dass das BVerfG darin, dass es (nur) im Steuerstrafrecht die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige gibt, im Vermögensstrafrecht aber keine allgemeine strafbefreiende Tätige Reue möglich ist,⁴⁷³ kein rügbares Gleichheitsproblem erachtet.⁴⁷⁴

Die Auswirkungen einer *zu* gleichheitsorientierten Sicht zeigen sich eindrücklich bei den Ausführungen *Lagodnys*, in denen er unter Anerkennung einer Einschätzungsprärogative und auch eines Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers am Bewertungsmaßstab des »Präventionsinteresses« die Rücktrittsregelungen mit den eklektischen Regelungen zur Tätigen Reue vergleicht. Bezogen auf diese Prämisse folgerichtig, aber die strafrechtsspezifischen Besonderheiten, wie sie sich eindrücklich in BVerfGE 64, 251 zeigen, nicht hinreichend würdigend, plädiert er dabei für eine Gleichbehandlung von Rücktritt und Tätiger Reue.⁴⁷⁵ Etliche von ihm konstatierte »grundrechtswidrige[n] Einschätzungsdivergenzen«⁴⁷⁶ lassen sich teils durch Auslegung und (strafrechtsreduzierende und daher weitreichend für zulässig

471 BVerfGE 71, 206 (Ls. 1): »Erfüllt eine grundrechtsbeschränkende Strafvorschrift ihren Schutzzweck nur in begrenztem Umfang und würde dieser Zweck bei einer weitergehenden Grundrechtsbeschränkung möglicherweise besser erreicht werden, so kann das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift nicht wegen mangelnder Zwecktauglichkeit beanstanden.«

472 BVerfGE 90, 145 (196); ergänzend BVerfGE 90, 145, (197): Die fehlende Durchsetzbarkeit eines Alkoholverbots kann nicht zum Argument gereichen, »deswegen auf das Verbot des Rauschmittels Cannabis zu verzichten.«

473 So aber in § 176 Abs. 1 öStGB, dort auch für Diebstahl.

474 BVerfGE 64, 251 (255): »Daß der Gesetzgeber bei anderen Strafvorschriften keine Möglichkeit der strafbefreienden Selbstanzeige geschaffen hat, berührt nicht die Gültigkeit einer solchen Norm im Steuerstrafrecht.«

475 *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 493 ff. sowie die Zusammenführung auf S. 508 f.

476 *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 504 ff.

erachtetete⁴⁷⁷) Analogiebildung lösen,⁴⁷⁸ betreffen gänzlich verschiedene Schutzzwecke⁴⁷⁹ oder wurden durch den Gesetzgeber zwischenzeitlich korrigiert.⁴⁸⁰ Gleichmaßen zu gleichheitsorientiert war die Argumentation *Triffterers*, eine gleich lang bemessene Verjährungsfrist für Täter und Teilnehmer sei verfassungswidrig,⁴⁸¹ zumal sich hierfür legitime Sachgründe vorbringen lassen.⁴⁸² Wenig hilfreich ist es zudem, wenn *P. Kirchhof* in Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz auf das Schuldprinzip als »bereichsspezifisches Vergleichsprinzip« verweist und sodann postuliert, dass sich die »Grundsatzentscheidung über die Strafwürdigkeit einer Tat [...] nach dem Übermaßverbot« bemesse,⁴⁸³ da letzteres nur eine Grenze vorgibt, nicht hingegen einen Bewertungsmaßstab liefert, *welches Verhalten warum* »strafwürdig« ist;⁴⁸⁴ gleiches gilt für seine verfassungspathetische Zusammenführung, »[d]er Gesetzgeber wählt die Straftatbestände der Strafwürdigkeit gleichheitsgerecht aus, gestaltet das Strafgesetzbuch tatbestandsbestimmt, schuldangemessen folgerichtig aus.«⁴⁸⁵ Das ist wenig operabel und stimmt mit den sehr moderaten Maßgaben, die aus Art. 3 Abs. 1 GG und der Rechtsprechung des BVerfG für das Strafrecht – wie aufgezeigt – folgen, nicht überein.

477 Siehe hierzu noch unten § 7 II. 3. b) aa).

478 So BGHSt 6, 85 zum Vorrang des § 30 StGB zu § 234a Abs. 3 StGB.

479 So der Vergleich zwischen Pornographie-, Betäubungsmittel- und Kriegswaffenkontrollrecht, *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 506.

480 So der von *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 500 konstatierte Wertungswiderspruch zwischen der Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens (§ 310 StGB) einerseits, der Vorbereitung eines Angriffs auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 4 StGB) andererseits; allgemein zur verfassungsrechtlichen Operationalisierung von Widersprüchen unten § 1 II. 2. d).

481 *Triffterer*, NJW 1980, 2049 (2053 f.).

482 LG Hamburg NStZ 1981, 141 (142 f.) mit in dieser Hinsicht zust. Anm. *Schünemann*, NStZ 1981, 143 (144).

483 *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 326.

484 Wegen der klaren Gestattung in BVerfGE 90, 145 (196 f.), im Hinblick auf die Kriminalisierung zwischen Cannabis, Alkohol und Nikotin zu differenzieren, ist zudem das schlichte Postulat von *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 326, »der Gleichheitssatz [beantworte] die Frage, ob ähnlich gefährliche und deshalb strafwürdige Konsumformen wie Alkohol oder Rauchen gleichermaßen mit Strafe bedacht werden müssen,« zumindest missverständlich verkürzt.

485 *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 326.

cc) Materielle Gerechtigkeit

Wie nachfolgend in Bezug auf die Ausgestaltung strafrechtlicher Tatbestände noch näher ausgeführt,⁴⁸⁶ ist es bereits im Besonderen Teil schwierig, einen zur schneidigen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips tauglichen Vergleichsmaßstab zu finden, namentlich wenn Präventions- und Vergeltungsinteressen zu einer Vereinigungstheorie vermengt werden. Dies gilt in gleichem Maße, wenn dies unter dem schillernden und wertungsoffenen und -bedürftigen Schlagwort der »materiellen Gerechtigkeit«⁴⁸⁷ geschieht. In Bezug auf den Allgemeinen Teil potenzieren sich diese Schwierigkeiten aufgrund dessen höherer Abstraktionsebene. So sehr auch ein »Kampf um Gerechtigkeit« als kriminalpolitisches Postulat ins Feld geführt werden kann, so basal sind gleichwohl die Beiträge des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und noch geringer die des Gleichheitsgrundrechts. Verfassungsgerichtlicher Kontrolle zugänglich sind damit im Wesentlichen nur Evidenzfälle,⁴⁸⁸ insbesondere logische Widersprüche, willkürliche Widersprüchlichkeiten⁴⁸⁹ und vor allem im Lichte des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG diskriminierende Regelungen.

c) Naturrecht bzw. übergesetzliches Recht

Vereinzelt ist zu lesen, dass Regelungen des StGB und namentlich seines Allgemeinen Teils Ausdruck des Naturrechts seien oder jedenfalls naturrechtliche Elemente aufwiesen, die nicht zur Disposition des Gesetzgebers stünden. Namentlich zur Sprache gelangt dies im Kontext des Notwehrrechts (§ 32 StGB), bei dem es sich *Klose* zufolge um ein »durch kein Gesetz abänderbares Menschenrecht« handelt, ja es sich um eine Regelung handle, die sogar innerhalb der Verfassung »obersten« Rang einnehme.⁴⁹⁰ Begründet wird dies zum einen damit, dass der Staat die Behauptung jedenfalls des Lebensrechts eines jeden Menschen nicht vereiteln dürfe, »indem er potentielle

486 Siehe unten § 1 IV. 2. c).

487 Exemplarisch *Landau*, NStZ 2015, 665 (669).

488 Zu diesem Maßstab siehe noch unten § 1 IV. 2. b) cc).

489 Allgemein zur Widerspruchsfreiheit siehe sogleich § 1 II. 2. d).

490 *Klose*, ZStW 89 (1977), 61 (71 mit Fn. 42, 87). Von einem naturrechtlichen und daher änderungsfesten Kern geht u.a. auch *Erb*, NStZ 2005, 593 (595) (»ein naturrechtliches Institut [...] und insoweit der Verfügungsbefugnis des Gesetzgebers entzogen«); *Erb*, JURA 2005, 24 (27) aus. Auch *T. Fischer* betont die »übergesetzliche und vorstaatliche Wurzel« des Notwehrrechts, *T. Fischer*, StGB⁷⁰, § 32 StGB Rn. 2 m.w.N.

Verteidiger mit strafrechtlichen Mitteln davon abhält, dem Unrecht effektiv entgegenzutreten.«⁴⁹¹ Zum anderen befänden sich Angreifer und Angegriffener in einer Notwehrlage, in der staatliche Hilfe nicht wirke, »punktuell in der Situation, als ob es keinen Staat gäbe (>Naturzustand<).«⁴⁹² Aus strafverfassungsrechtlicher Sicht trägt dies nicht: Der erste Begründungsansatz nicht, weil im Verfassungsstaat die Grenzen für strafrechtliche Sanktionierung aus dem Grundgesetz folgen. Dieses und namentlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz streiten zudem ohnehin gegen die Bestrafung desjenigen, der sich (nicht nur durch tatbestandslose Flucht oder Ausweichen, sondern auch in tatbestandsverwirklichender Weise) gegen einen von ihm nicht mitveranlassten Angriff in erforderlichem Umfang verteidigt.⁴⁹³ Der zweite Begründungsansatz übersieht, dass »[d]ie Notwehr als Zwangsrecht [...] sachlogisch nicht außerhalb einer rechtlich verfassten Ordnung denkbar« ist;⁴⁹⁴ auch ist es essenzieller Bestandteil eines Rechtsstaats,⁴⁹⁵ das gesellschaftliche Zusammenleben in seiner Gänze durch das Recht einzugrenzen und teils auch zu gestalten, also einen Rahmen zu konturieren, »in dem auch die wesentlichen Beziehungen zwischen den Bürgern rechtlich geregelt sind.«⁴⁹⁶ Dabei sind es in besonderem Maße Konfliktsituationen, in denen das Strafrecht diesen Rahmen vorgibt und regelt. Plakatativ überzeichnend: Es sind keine »rechtsfreien Räume« anzuerkennen, in denen das verfassungsrechtlich gebundene Strafrecht in Deutschland durch ein »Naturrecht« überlagert oder gar verdrängt würde.

Vergleichbar berechtigter Kritik⁴⁹⁷ ausgesetzt ist es, soweit zur Herleitung von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen auf *übergesetzliche Vorgaben* verwiesen wird.⁴⁹⁸ In diesem Sinne ist es höchst missverständlich, wenn häufig von einem *übergesetzlichen* entschuldigenden Notstand

491 *Erb*, NStZ 2005, 593 (595).

492 *Erb*, NStZ 2005, 593 (595); in diesem Sinne bereits *Hruschka*, ZStW 115 (2003), 201 (219) unter Verweis auf *Kant*.

493 Zur Hiervon zu trennenden Frage, inwieweit aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke auch eine *Begrenzung* des Notwehrrechts herzuleiten ist, siehe oben § 1 II. 2. b) aa) (3).

494 *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 239 (Hervorhebung im Original).

495 In diesem Sinne auch *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 239 f.

496 *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisioerek (Hrsg.), Noch nie war das Böse so gut, S. 107 (112).

497 *Rönnau*, in: LK¹³, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 61.

498 Eindrücklich *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts⁵, § 31 III 2, S. 327 (»an den obersten Wertvorstellungen der Gemeinschaft ausgerichtet[s] überpositive[s] Recht (Naturrecht)<); zur Notwehr siehe auch *T. Fischer*, StGB⁷⁰, § 32 StGB Rn. 2.

gesprochen wird.⁴⁹⁹ Denn nach allgemeiner Ansicht ist dessen Rechtsquelle mitnichten übergesetzliches Recht, sondern es handelt sich um eine planvolle Regelungslücke des Gesetzgebers, die in Anwendung juristischer Methodik und namentlich in einer Analogie zu § 35 StGB zu schließen ist.⁵⁰⁰ Die Verwendung des Wortes »übergesetzlich« ist hierbei nur eine missverständliche Chiffre für eine nicht positivrechtlich geregelte Situation.⁵⁰¹

Differenzierter zu betrachten ist schließlich die Einflussnahme übergesetzlichen Rechts mittels der sogenannten *Radbruch*'schen Formel. Unter dem noch frischen Eindruck der nationalsozialistischen Gewalt- und Unrechtsherrschaft entwickelte *Radbruch* seinen Vorschlag zur Konfliktlösung zwischen positivem Recht und materieller Gerechtigkeit: Formelles Recht und Gesetz habe zwar im Grundsatz auch dann Geltungsanspruch, »wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist«. Es verliert diesen erst dann, wenn »der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat«, namentlich dann, wenn »Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde.«⁵⁰² Damit erkennt diese Formel »die Normsetzungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers [an] und greift nur in Fällen evidenten Unrechts ein.«⁵⁰³ In der Rechtsprechung wurde diese Formel überzeugenderweise aufgegriffen in den sogenannten Mauerschützen-Prozessen betreffend § 27 GrenzG-DDR,⁵⁰⁴ betraf dabei indes nicht die Geltung bundesdeutschen positiven Rechts. Ohnehin erscheint es als praktisch ausgeschlossen, dass es eines noch über der Verfassung stehenden Korrekturmechanismus bedürfe, solange der Verfassungsstaat des Grundgesetzes mit seiner Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG und seinen verfassungsimmanenten Wirkmechanismen einschließlich einer effektiven Verfassungsgerichtsbarkeit funktionstüchtig bleibe.⁵⁰⁵ Das

499 Exemplarisch *Paeffgen/Zabel*, in: NK⁵, § 35 StGB Rn. 292 ff.; *Rosenau*, in: SSW-StGB⁵, Vor § 32 StGB Rn. 67; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 35 StGB Rn. 115; *Zieschang*, in: LK¹³, § 35 StGB Rn. 120 mit Fn. 387.

500 Vgl. *Rönnau*, in: LK¹³, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 359; *Zieschang*, in: LK¹³, § 35 StGB Rn. 125 ff.

501 Ähnlich *Zieschang*, in: LK¹³, § 35 StGB Rn. 120 a.E.

502 *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

503 *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisioerek (Hrsg.), Noch nie war das Böse so gut, S. 107 (113).

504 BGHSt 41, 101 (105 ff.); BVerfGE 95, 96 (134 f.); zurückhaltender indes EGMR, Urt. v. 22.03.2001 – Nr. 34044/96 u.a. (Streletz, Kefler und Krenz ./ Deutschland); zur Thematik ergänzend, statt vieler, *Arthur Kaufmann*, NJW 1995, 81 ff.

505 In gleichem Sinne *Rönnau*, in: LK¹³, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 72.

bedeutet zugleich, dass übergesetzliches Recht – jedenfalls aktuell – selbst in der zurückhaltenden Gestalt der *Radbruch*'schen Formel nicht zu einer weiteren Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils beiträgt.

d) *Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Strafrechtsordnung und die konstitutionalisierende Kraft der Strafrechtsdogmatik*

Selten explizit, häufiger sublim und dann teils in Zusammenhang mit dem vorgenannten Topos der »materiellen Gerechtigkeit«⁵⁰⁶ sind Argumentationslinien zu vernehmen, dass die Strafrechtssystematik, die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Strafrechtsordnung oder auch Strukturprinzipien der Strafrechtsdogmatik den Strafgesetzgeber begrenzen – und dies in schärferem Maße als die bereits genannte, in Art. 3 Abs. 1 GG fußende Willkürkontrolle^{507, 508}. Dies hätte ebenfalls eine konstitutionalisierende Wirkung, weil sie den Handlungsspielraum des »einfachen« Gesetzgebers begrenzen würde und Änderungen allenfalls durch den verfassungsändernden Gesetzgeber vorgenommen werden könnten. Derartige Argumentationslinien erfordern Differenzierungen im Hinblick auf deren strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen Gehalt. Ihnen ist aber insgesamt mit durchgreifender Kritik zu begegnen:

506 Siehe hierzu soeben § 1 II. 2. b) cc).

507 Vgl. auch *Grunst*, GA 2002, 214 (216 ff.), indes nur mit Postulat einer gesteigerten »Begründungslast«.

508 Exemplarisch hierfür *Schünemann*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 459 (464): »[A]us der Struktur der Strafrechtsnormen« sollen sich »zwingende inhaltliche Anforderungen an die Subjekthaftigkeit ergeben«. Dass seine nachfolgende Argumentation sich auf das – auch verfassungsrechtlich fundierte – Schuldprinzip bezieht (in einer hier indes nicht geteilten Interpretation), ändert nichts daran, dass er dezidiert mit einem strafrechtsdogmatischen und gerade nicht mit einem strafverfassungsrechtlichen Autoritätsanspruch argumentiert. Aus der allgemeinen Gesetzgebungslehre, dort mit zivilrechtlichem Beispiel, sei ergänzend auf die aus einer verfassungsimmanenten »Pflicht zum guten Gesetz« (hierzu noch unten § 1 II. 3. a)) hergeleiteten Forderung verwiesen, Gesetzgebung müsse »systemverträglich« und insbes. »dogmatisch klar« sein (*Burghart*, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, S. 108 f.). Indes unterbleibt insoweit eine tragfähige Maßstabbildung (vgl. *Burghart*, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, S. 115: »Einen allgemeinen Maßstab für eine Pflicht zum sachlich systemverträglichem Gesetz enthält das Grundgesetz nicht.«), sodass derselbe Vorwurf wie gegen die nachfolgend dargelegte Rekonstruktion zu erheben ist: Auf diesem Umwege würden nur eigene Wertvorstellungen, was richtige und was falsche Dogmatik sei, konstitutionalisiert.

aa) Straferfassungsrechtliche Rekonstruktion

Ausgangspunkt der Analyse und Bewertung ist dabei die rechtstheoretische Trivialität, dass zur Änderung des StGB als formelles Parlamentsgesetz ein formelles Änderungsgesetz (mindestens) gleicher Provenienz erforderlich, aber auch hinreichend ist.⁵⁰⁹ Das StGB selbst – und mithin auch nicht auf dem StGB aufbauende Systembildung und Dogmatik – kann daher den Parlamentsgesetzgeber in seinem legislativen Handeln grundsätzlich nicht begrenzen.⁵¹⁰

Die Ausnahmen von diesem Grundsatz sind indes beachtenswert: Zum einen sei an die implizite Änderungsresistenz erinnert, die aus strafverfassungsrechtlicher und aus kriminalpolitischer Sicht bereits aus der Rechtsförmlichkeit folgt,⁵¹¹ zum anderen an die bereits erörterten verfassungsrechtlichen und europarechtlichen (Rahmen-)Vorgaben an das materielle Strafrecht, die (jedenfalls teils) Niederschlag im StGB gefunden haben und unmittelbar zu dessen Konstitutionalisierung beitragen. Beides – und zudem die prozedurale bzw. weiche Konstitutionalisierung⁵¹² – trägt mittelbar zur Dauerhaftigkeit strafrechtlicher Theoriebildung bei, ohne dass hierbei Ursache und Wirkung verwechselt werden dürften.

Zudem kann eine vom geschriebenen Strafrecht ausgehende Systematisierung und Theoriebildung nicht nur zur Konturierung des Straferfassungsrechts beitragen, sondern auch logische Widersprüche im Recht (und insbesondere in Änderungsgesetzgebung) herausarbeiten, die mit der verfassungsrechtlichen, auf dem Rechtsstaatsprinzip fußenden⁵¹³ Maßgabe zur widerspruchsfreien Ausgestaltung des Rechts⁵¹⁴ unvereinbar sind. Bei vermuteten Widersprüchlichkeiten ist indes vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu hinterfragen, ob sich diese nicht mit den anerkannten juristi-

509 Siehe hierzu bereits oben § 1 I. 2.

510 In diesem Zusammenhang darf ein Verweis auf die berühmte – aber in ihrer Pointierung weit übertriebene – Sentenz von *Kirchmanns* nicht fehlen: »[D]rei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur« (von *Kirchmann*, Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 23).

511 Siehe oben § 1 I.

512 Diese hat erneut ihren Ausgangspunkt und ihre Legitimation im Verfassungsrecht zu nehmen, nicht im sog. »einfachen« Recht. Siehe hierzu sogleich § 1 II. 3.

513 Grundlegend BVerfGE 98, 106 (118 f.): »Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.«

514 Hierzu zusammenfassend *Jarass*, AÖR 2001, 588 ff.; *Lücke*, ZG 2001, 1 (17 ff.) jeweils m.w.N.

schen Methoden auflösen lassen,⁵¹⁵ und klar zwischen verfassungswidrigen logischen Widersprüchen einerseits und bis zur Grenze der Gleichheitswidrigkeit⁵¹⁶ hinzunehmenden, wenngleich vermeidenswerten⁵¹⁷ Wertungs- bzw. Regelungswidersprüchen andererseits zu differenzieren.⁵¹⁸ Denn letztere stellten andernfalls ein Einfallstor dar, um individuelle Wertungen zum Maßstab verfassungsrechtlicher Richtigkeitskontrolle werden zu lassen, wo das Verfassungsrecht selbst derartige Wertungen nicht vorgibt. Am Beispiel: Ob ein Wertungswiderspruch im Hinblick auf die Behandlung des Wahndelikts einerseits, des grob unverständigen Versuchs andererseits besteht, mag abhängig davon sein, welchen vergeltungs- und/oder präventionsorientierten Maßstab man wählt. Soweit dieser Maßstab jedoch nicht durch die Verfassungsrechtsordnung selbst vorgegeben wird, verbietet es sich, die jeweils eigene Richtigkeitsauffassung durch die »Hintertür« der Widerspruchsfreiheit zu konstitutionalisieren.

Wenngleich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung diese Trennlinie zwischen logischen Widersprüchen und bloßen Wertungswidersprüchen nicht immer mit letzter Konsequenz durchgehalten hat,⁵¹⁹ ist vor diesem Hintergrund das strafverfassungsrechtliche Gewicht von Argumentationen mit strafrechtlichen Wertungswidersprüchen und strafrechtlicher Systemkohärenz jedenfalls gering: So ist es weder aus Gleichheits- noch aus Wertungsgesichtspunkten von vornherein aus der Verfassung zu entnehmen, an welchen konkreten Zeitpunkt eine Strafandrohung anknüpfen soll. So mag es zwar sinnvoll sein, zur Konturierung der Strafbarkeit des Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) an den Gewahrsamswechsel anzuknüpfen. Verfassungsrechtlich gleichermaßen hinzunehmen wäre es indes, den Tatbestand zu einem Unternehmensdelikt (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) umzugestalten oder den Erfolg erst mit der Beutesicherung eintreten zu lassen. Aus demselben Grund ist es hinzunehmen, wenn ein Straftatbestand an fahrlässiges wie vorsätzliches

515 Vgl. erneut BVerfGE 98, 106 (119): »Welche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen.«

516 Siehe hierzu oben § 1 II. 2. b) bb).

517 Daher ist die Rolle der Strafrechtswissenschaft in dieser Hinsicht – anders als es *Schünemann*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 459 (464) nahelegt – begrenzt.

518 Siehe nur *J. Vogel*, *Juristische Methodik*, S. 58 ff.

519 Vgl. nur BVerfGE 98, 106 (118 f.) sowie BVerfGE 98, 83 (97 f.) zum Bereich des Steuerrechts.

Verhalten die gleiche Strafdrohung knüpft (exemplarisch § 316 StGB).⁵²⁰ Auch eine isolierte, zur Täterschaft »verselbständigte Beihilfestrafbarkeit«, bei der die »Haupttat« selbst straflos ist, kann hinzunehmen sein, wenn sich hierfür – aus Gleichheitsgründen – Sachgründe vorbringen lassen, weil die Frage, bei welchem Personenkreis der Einsatz des Strafrechts am ehesten die erwünschten Wirkungen erzielen kann, der Entscheidung des Gesetzgebers und nicht der Strafrechtsdogmatik obliegt, und ohnehin die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht verfassungsrechtlich determiniert ist. Daher wurde die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Sterbehilfe (§ 217 StGB) nicht wegen eines Wertungswiderspruchs zu § 27 StGB für verfassungswidrig und nichtig erklärt,⁵²¹ sondern weil durch dessen Geltung »das Recht auf Selbsttötung in weiten Teilen faktisch entleert« worden wäre.⁵²²

bb) Kriminalpolitische Rekonstruktion

Von dieser – skeptischen – strafverfassungsrechtlichen ist indes die kriminalpolitische Rekonstruktion zu differenzieren. Die Schonung des *status quo* vor allem des Allgemeinen Teils und die kohärente Einfügung insbesondere punktueller und sachbezogener Änderungsgesetzgebung in die bestehende Strafrechtsordnung lässt sich dabei als kriminalpolitisches Gebot erkennen,⁵²³ ebenso die in den letzten Jahrzehnten zu verzeichnende legislative Zurückhaltung, zentrale Vorschriften des Allgemeinen Teils innerhalb des hier betrachteten Untersuchungsgegenstands zu modifizieren. Dies sollte jedoch nicht gleichgesetzt werden mit einer Konstitutionalisierung, auch nicht im Sinne einer »polity«, d.h. eines von den handelnden Akteuren als

520 Nicht wegen eines Wertungswiderspruchs, sondern wegen eines Gleichheitsverstoßes dürfte es indes unvereinbar sein, soweit ein Tatbestand nur bei fahrlässiger, nicht aber bei vorsätzlicher Begehung eine Strafbarkeit vorsieht.

521 Mit expliziter verfassungsrechtlicher Stoßrichtung zuvor aber z.B. *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1527); *Saliger*, in: NK⁵, § 217 StGB Rn. 6 a.E.; differenzierend *Brunhöber*, in: MK-StGB⁴, § 217 StGB Rn. 17.

522 BVerfGE 153, 182 (Rn. 278), dort ergänzend: »Die Regelung des § 217 StGB erkennt die verfassungsrechtlich geforderte Straflosigkeit der Selbsttötung und der Beihilfe hierzu zwar grundsätzlich an, indem sie ausschließlich die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung als vom Gesetzgeber besonders autonomiegefährdend eingestuftes Phänomen einer Strafdrohung unterstellt«.

523 Exemplarisch möge hierfür am Beispiel des § 217 StGB die Warnung stehen, eine Änderung der »bewährten strafrechtsdogmatischen Regeln« führte »zu einem Systembruch [...], dessen Auswirkungen nicht absehbar sind«, *Hilgendorf/Rosenau*, Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe, S. III.2.c.

starre oder diffuse Begrenzung ihres Handlungsspielraums.⁵²⁴ Es erscheint vielmehr als Ausdruck eines Gebots der Vorsicht gegenüber Eingriffen in ein bewährtes Strafrechtssystem, die unbeabsichtigte und gravierende Nebenwirkungen⁵²⁵ oder Widersprüche verursachen könnten. Das wäre wiederum der Verständlichkeit und damit der Autorität und Akzeptanz des (Straf-)Rechts abträglich.⁵²⁶ Aber im Zweifel dominiert der Gestaltungswille des Gesetzgebers und sein Selbstverständnis als – im Gegensatz zur Strafrechtswissenschaft – demokratisch legitimiertes Organ, wie nicht nur die damalige Einführung des § 217 StGB gegen die Empfehlung von mehr als hundert Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern⁵²⁷ sowie unzählige weitere mit heftiger kriminalpolitischer Kritik begleitete Gesetzesänderungen und -vorhaben belegen, sondern eindrücklich auch – wenngleich die Schweiz betreffend – die bereits erwähnte Fundamentalkritik in der Botschaft zur dortigen Einführung eines Unternehmensstrafrechts.⁵²⁸

e) *Strafanwendungsrecht und das Erfordernis eines völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkts*

Über die bereits vorgenannten menschenrechtlichen Aspekte hinausgehend⁵²⁹ und abseits deliktsspezifischer Vorgaben⁵³⁰ trägt das strafanwendungsrechtliche Erfordernis eines völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkts zu einer impliziten Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils bei.

Zwar ist zentrales Element der materiellen Souveränität bzw. Staatlichkeit die Gebietshoheit, der zufolge jeder Staat insbesondere »das Recht zur Ausübung von Gewalt über die Sachen und Personen [hat], die sich auf

524 Zum Begriff der »polity« siehe oben Einführung I. 2. a) bb) (3).

525 Siehe hierzu noch unten § 1 VI.

526 Siehe nur *Fliedner*, ZG 1991, 40 (54).

527 *Hilgendorf/Rosenau*, Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe.

528 Siehe oben § 1 II. 2. a) cc), S. 140.

529 Siehe oben § 1 II. 2. a) bb).

530 Hierzu unten § 1 III. Das auf das Verjährungsrecht bezogene, auf Art. 325 AEUV gestützte *Taricco*-Urteil des EuGH (Urt. v. 08.09.2015 – C-105/14 [*Taricco* u.a.]; hierzu oben bei und mit Fn. 304) ist insoweit durch die zwischenzeitlich erlassene PIF-Richtlinie überholt; hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (4) m.w.N. Auch im Übrigen dürften infolge der Verabschiedung der (konkreten) PIF-Richtlinie Anforderungen an das mitgliedstaatliche Strafrecht dieser und nicht dem (abstrakten) Art. 325 AEUV zu entnehmen sein; hiervon unberührt bleibt die hier nicht zu klärende Frage, ob die PIF-Richtlinie den Regelungsauftrag des Art. 325 AEUV vollumfänglich erfüllt.

dem Staatsterritorium befinden«,⁵³¹ ohne hierbei – über menschenrechtliche Aspekte hinausgehend – Begrenzungen zu unterliegen. Mithin steht die Anordnung des Territorialitätsprinzips (§ 3 StGB) und des dieses erweiternde Flaggenprinzips (§ 4 StGB) zur Disposition des nationalen Strafgesetzgebers. Darüber hinausgehend ist allerdings zunächst an die berühmte *Lotus*-Rechtsprechung des StIGH⁵³² zum völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz und seinen fundamentalen Auswirkungen (auch) auf das Strafanwendungsrecht⁵³³ zu erinnern, sprich an die legislative Seite der Ausübung von Staats- bzw. hier Strafgewalt (*jurisdiction to prescribe*).⁵³⁴ Aus dem Nichteinmischungsgrundsatz bzw. dem völkerrechtlichen Interventionsverbot folgt nämlich, dass jedenfalls sämtliche weiteren, über das eigene Territorium herausreichenden strafanwendungsrechtlichen Regelungen begründungsbedürftig sind und daher einer völkerrechtlichen Begrenzung unterliegen.⁵³⁵ Diese Begrenzung ist zudem verfassungsrechtlich über Art. 25 GG transponiert⁵³⁶ und somit innerstaatlich mit zusätzlicher Wirksamkeit versehen. Als notwendig, aber jedenfalls grundsätzlich auch als hinreichend⁵³⁷ wird hier von

531 Vgl. *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, S. 65.

532 StIGH, Urt. v. 07.09.1927 – 1927 PCIJ (A) Nr. 10 (S.S. Lotus [Frankreich ./ Türkei]).

533 Siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 2 Rn. 2 ff.; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 12; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 4 Rn. 2; *Werle/Jeßberger*, in: LK¹³, Vor § 3 ff. StGB Rn. 24 ff.

534 Zur – bis hin zu einem absoluten Verbot – enger begrenzten exekutiven und judikativen Komponente (*jurisdiction to enforce and adjudicate*) siehe nur *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 11; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 12; *Werle/Jeßberger*, in: LK¹³, Vor § 3 ff. StGB Rn. 22; zur Reichweite einschließlich den Auswirkungen auf strafprozessuale Zustellungen siehe umfassend *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, S. 78 ff.

535 Gleich ob man für jede Erweiterung eine völkerrechtliche Erlaubnisnorm verlangt (so insbes. *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, S. 212 ff.; *Kreß*, ZStW 114 [2002], 818 [830 ff.]) oder sie für grundsätzlich erlaubt aber durch völkerrechtliche Verbotsnormen begrenzt ansieht (so insbes. *L. Wörner/M. Wörner*, in: Sinn [Hrsg.], Jurisdiktionskonflikte, S. 203 [227 f.]; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 12). Die Auswirkungen dieses Meinungsstreits sind allerdings nach allgemeiner Meinung begrenzt, *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 14; *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 11; *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, S. 213; *Werle/Jeßberger*, in: LK¹³, Vor § 3 ff. StGB Rn. 26.

536 *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 2 Rn. 5; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 14; *Werle/Jeßberger*, in: LK¹³, Vor § 3 ff. StGB Rn. 29 f.

537 Enger indes *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 15 m.w.N.: bloße Vermutung der Völkerrechtskonformität.

Rechtsprechung⁵³⁸ und vorherrschender Literatur⁵³⁹ angesehen, dass ein hinreichend verbindender Anknüpfungspunkt (*genuine link*) gegeben ist.

Zu den *originär*⁵⁴⁰ legitimierenden Aspekten⁵⁴¹ zählen jedenfalls die zum Territorialitätsprinzip im deutschen Strafanwendungsrecht ergänzend herangezogenen Prinzipien der Staatsangehörigkeit des Täters (aktives Personalitätsprinzip)⁵⁴² und/oder (eingeschränkt) des Verletzten (passives Personalitätsprinzip)⁵⁴³ sowie ein spezifischer Deliktsbezug zum Inland (Schutz- bzw. Realprinzip),⁵⁴⁴ daneben der Wohnsitz des Täters (aktives Domizilprinzip)⁵⁴⁵ bzw. (eingeschränkt) des Verletzten (passives Domizilprinzip).⁵⁴⁶ In diesem Umfang obliegt es allein der Gestaltungsmacht des Strafgesetzgebers, strafanwendungsrechtliche Regelungen zu treffen, wobei gute Gründe für eine zwischenstaatliche Koordinierung sprechen.⁵⁴⁷ Eine Konstitutionalisierung tritt jedoch nur einseitig ein, namentlich dadurch, dass das Völkerrecht eine noch weitergehende Ausweitung des Strafanwendungsrechts verbietet.

Zu den vorgenannten originären Prinzipien treten aus Sicht des Völkerrechts weitere Anknüpfungspunkte, die im Hinblick auf eine *treuhänderi-*

538 IGH, Urt. v. 06.04.1955, ICJ Reports 1955, S. 4 (Nottebohm [Liechtenstein ./ Guatemala]); IGH, Urt. v. 05.02.1970, ICJ Reports 1970, S. 3 (Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd [Belgien ./ Spanien]); zur deutschen Rechtsprechung siehe die Nachweise bei *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 2 Rn. 6.

539 Siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 2 Rn. 6; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht², § 16 Rn. 7; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 4 Rn. 2; *Werle/Jeffberger*, in: LK¹³, Vor § 3 ff. StGB Rn. 235 ff.

540 *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 11; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 9.

541 Zusätzliche legitimierende Kraft gegenüber dem Beschuldigten enthält § 7 StGB dadurch, dass er die Anwendung deutschen Strafrechts grundsätzlich von einer Tatortstrafbarkeit abhängig macht. Siehe hierzu *Brodowski*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 281 (283 ff.).

542 Siehe nur *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 18; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 20; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 4 Rn. 8; einschränkend *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 28 ff.

543 Siehe nur *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 39 ff.; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 20; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 22; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 4 Rn. 12.

544 Siehe nur *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 36; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 19; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 23 f.; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 4 Rn. 10 f.

545 Siehe nur *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 18; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 4 Rn. 9.

546 Siehe nur *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 44.

547 Siehe nur *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 36 f. sowie monographisch *F. Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union.

sche Durchsetzung von Strafgewalt⁵⁴⁸ hinreichende legitimatorische Kraft aufweisen sollen, namentlich die stellvertretende Strafrechtspflege (auch ohne ausdrückliche Übertragung der Strafverfolgung) sowie das Weltrechtsprinzip zur »stellvertretenden oder treuhänderischen Durchsetzung eines Verfolgungsinteresses der Völkergemeinschaft insgesamt bei universaler Schutzwürdigkeit betroffener Rechtsgüter«. ⁵⁴⁹ Hierbei ist im Hinblick auf die Rechtsanwendung umstritten, ob *in casu* gleichwohl ein – wenn auch nur geringer – Anknüpfungspunkt gegeben sein muss, z.B. das Antreffen des Beschuldigten im Inland.⁵⁵⁰ In diesen Kontexten wirkt die völkerrechtliche Dimension und damit die völkerrechtlich bewirkte Konstitutionalisierung zweiseitig, denn sie erkennt nicht nur ein *Recht* der Staaten an, außerhalb ihres jeweiligen Hoheitsgebiets begangene Straftaten zu verfolgen, sondern kann auch eine korrespondierende *Pflicht* begründen. Namentlich lässt sich dies etwa bei der Verfolgung von Völkerstraftaten postulieren,⁵⁵¹ aber auch im Sinne eines *aut dedere aut iudicare* (*Grotius*)⁵⁵² im Kontext der (subsidiären) stellvertretenden Strafverfolgung⁵⁵³ bei Delikten, die der Weltrechtspflege unterliegen oder zu deren Inkriminierung bzw. stellvertretenden Strafverfolgung sich beide Staaten vertraglich verpflichtet haben.⁵⁵⁴

3. Prozedurale Konstitutionalisierung

Unter dem Stichwort einer prozeduralen bzw. »weichen« Konstitutionalisierung seien nunmehr diejenigen Anforderungen untersucht, die das Verfassungsrecht an die (Weiter-)Entwicklung des Strafrechts – über die bloße

548 *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 11; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 10.

549 *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 11; weitergehend *Satzger*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 4 Rn. 4, der dies bereits den originären Prinzipien zuordnet.

550 Offen gelassen – nach einem vorherigen, ein solches Erfordernis bejahenden Anfragebeschluss (BGH NSTZ 2015, 568) – in BGHSt 61, 290, weil hier die Niederlande der Strafverfolgung einer in den Niederlanden begangenen Tat durch Auslieferung ihres eigenen Staatsangehörigen jedenfalls nicht entgegengetreten sind.

551 Siehe nur *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder³⁰, Vor § 3 StGB Rn. 15; *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 23.

552 *Grotius*, *De Iure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Liber II Caput XXI § III 1 – § IV 3.

553 Vgl. nur *Böse*, in: NK⁵, Vor § 3 StGB Rn. 22, 28; *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 57 ff.

554 Nur auf erstere Variante abstellend *Ambos*, in: MK-StGB⁴, Vor § 3 StGB Rn. 58 a.E.

Rechtsförmlichkeit hinausgehend⁵⁵⁵ – stellt. Dabei sollen an dieser Stelle noch nicht das Gesetzgebungsverfahren einschließlich strafrechtlicher Spezifika vollständig nachgezeichnet werden;⁵⁵⁶ im Vordergrund stehen hier lediglich diejenigen Aspekte, aus denen sich mittelbar Begrenzungen möglicher Gesetzgebungsinhalte und daher Beiträge zu einer Statik des Allgemeinen Teils des StGB ergeben.

a) (Rationalitäts-)Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren

Ein erstes mögliches Einfallstor stellen dabei strafrechtsspezifische, jegliche Änderungsgesetzgebung limitierende Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren als solches dar. Der Verfassungstext des Grundgesetzes behandelt allerdings die Strafgesetzgebung als Materie wie jede andere.⁵⁵⁷ Namentlich ist weder ein besonderes Quorum im Bundestag erforderlich,⁵⁵⁸ noch handelt es sich bei Strafgesetzen typischerweise um Zustimmungsgesetze,⁵⁵⁹ d.h. sie können als Einspruchsgesetze durch den Bundesrat nur verzögert, grundsätzlich⁵⁶⁰ aber nicht verhindert werden (Art. 77 Abs. 3, Abs. 4 GG).

Ein weiterer Ansatz beruht darauf, den (Straf-)Gesetzgeber zur Rationalität zu verpflichten. Als Begründung und Maßstab zugleich dienen dabei bisweilen spezifische rechtsphilosophische Strömungen, leiden dann aber inhärent an dem Manko, dass sie *eigene* rechtsphilosophische, -theoretische, ja rechtspolitische Überzeugungen an die Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers stellen. Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes können sie aber, soweit sie sich nicht verfassungsrechtlich begründen lassen, keinen Autoritätsanspruch gegenüber dem Gesetzgeber entfalten. Zurückhaltender ist eine in der allgemeinen Gesetzgebungslehre vertretene Ansicht, die ein Gebot zur Rationalität bzw. eine »Pflicht zum guten Gesetz« verfassungsrechtlich zu fundieren sucht: Ausgangspunkt dieser Argumentationslinien ist die mit Gesetzen verbundene Freiheitsbeschränkung.⁵⁶¹ Aus dem Verhältnis-

555 Hierzu oben § 1 I.

556 Hierzu unten § 4.

557 Umfassend unten § 4 I. und § 4 II.

558 Siehe hierzu noch unten § 4 II. 1.

559 Vgl. *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (972).

560 Eine Verhinderungsmacht besteht allerdings in den Grenzen des Art. 77 Abs. 4 GG, soweit infolge eines Einspruchs des Bundesrates ein besonderes Quorum (absolute Mehrheit, bei qualifiziertem Einspruch zusätzlich mit $\frac{2}{3}$ -Mehrheit) erforderlich wird, aber nicht erreicht wird. Siehe näher unten § 4 I. 3.

561 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 41 ff.; bezogen auf die allgemeine Handlungsfreiheit auch *Hoffmann*, ZG 1990, 97 (109).

mäßigkeitsprinzip und seinem Übermaßverbot ergebe sich dann bereits eine Maßgabe der Subsidiarität staatlich-gesetzlichen Tätigwerdens.⁵⁶² Daraus folge für den Gesetzgeber zumindest eine »Pflicht zum Nachdenken«⁵⁶³ (wenn nicht sogar ein »umfassende[s] Übernormierungsverbot«⁵⁶⁴), die prozedural durch eine Pflicht zur sorgfältigen Ermittlung der Tatsachen- und Prognosegrundlagen und zur Spezifizierung des verfolgten legislatorischen Ziels flankiert sei.⁵⁶⁵ Wegen der Fundierung im formellen Recht⁵⁶⁶ soll die vorgenannte Pflicht auch verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegen,⁵⁶⁷ aber für sich genommen nicht hinreichend sein, um ein Gesetz für verfassungswidrig zu erklären.⁵⁶⁸

Derartige Forderungen führen indes zu evidenten Schwierigkeiten in der Operationalisierung: So lässt sich bereits kein tauglicher Maßstab und vor allem keine Beweisgrundlage dafür finden, dass eine hinreichende Intensität an »Nachdenken« erfolgt ist. Plaktiv gesprochen: Wieviele Stellungnahmen welcher Sachverständigen sollen noch unzureichend sein, wieviele ausreichend?⁵⁶⁹ In mehrpoligen Sachverhaltskonstellationen – ohne gleich das Minenfeld verfassungsrechtlicher Schutzpflichten aufrufen zu wollen⁵⁷⁰ – kann ein *Mehr* an Freiheitsgewährung für den einen zugleich mit einem *Weniger* an Freiheitsgewährung für einen anderen verbunden sein, was die Prämisse einer klaren Unterscheidung zwischen freiheitsbeschränkenden und -erweiternden⁵⁷¹ Gesetzen ebenso in Zweifel zieht wie die fehlende Berücksichtigung von legislativen Umgestaltungen ohne klar erkennbare zusätzliche Freiheitsbeschränkungen.

562 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 43 f.

563 *Hoffmann*, ZG 1990, 97 (109).

564 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 47. Siehe ergänzend bereits S. 44 mit der »Forderung, jedes Gesetz habe sich als notwendig zu verantworten«. Ähnlich auch *Pestalozza*, NJW 1981, 2081 (2083) (»[v]erantwortliche Kompetenzausübung«). Anders indes *Kloepfer*, ZG 1988, 289 (302): »Ein aus dem Übermaßverbot abgeleitetes allgemeines Übernormierungsverbot [...] läßt sich verfassungsrechtlich indes nicht verankern.«

565 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 123 ff.

566 *Hoffmann*, ZG 1990, 97 (109 f.).

567 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 149 ff.; *Hoffmann*, ZG 1990, 97 (115).

568 *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 201 ff.; ähnlich auch *Hoffmann*, ZG 1990, 97 (115): Heilungsmöglichkeit im verfassungsgerichtlichen Verfahren.

569 Zu Schwierigkeiten selbst eines Evidenzmaßstabs siehe noch unten § 4 II. 4.

570 Hierzu unten § 1 III. 3.

571 Insoweit diskutiert *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, S. 50 ff. bemerkenswerterweise ein an den Gesetzgeber gerichtetes Änderungsgebot, sollte sich ein Gesetz nicht länger als »gut« erweisen.

Über diese Schwierigkeiten hinausgehend scheitern solche Forderungen zudem an dem Hindernis, dass der Strafgesetzgeber – jedenfalls nach bislang ganz herrschender Ansicht in Verfassungsrechtsprechung und Literatur – nicht mehr schuldet als das Gesetz.⁵⁷² Dies bedeutet: Der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt grundsätzlich nur das Strafgesetz als objektivierter Wille des Gesetzgebers,⁵⁷³ nicht hingegen die parlamentarische Entscheidungsfindung einschließlich einer (formalen oder materiellen) Begründungspflicht des Strafgesetzgebers.⁵⁷⁴

b) *Zeitliche Kontinuität als Verfassungsprinzip* (A. Leisner)

Wie die vorgenannte Auffassung vertritt auch A. Leisner die Ansicht, dass jede Rechtsänderung »nachvollziehbar und vernünftig sein [müsse]«, ergänzt dies aber durch die Forderung, dass »vor allem [...] zwischen Ausmaß und Anlaß der Änderung ein angemessenes Verhältnis bestehen« müsse.⁵⁷⁵ Dies leitet sie vorrangig aus einer zeitlichen Dimension des Gleichheitssatzes her: Jegliche Rechtsänderung sei begründungsbedürftig und nicht *per se* zulässig. »Vielmehr unterwirft [...] das Grundrecht der zeitlichen Gleichheit [Rechtsänderungen] ebenso einem prinzipiellen Prüfungszwang wie alle anderen, nicht auf der Zeitachse betrachteten Differenzierungen.«⁵⁷⁶ Übertragen auf das Strafrecht hieße dies, dass für jede Kriminalisierung, aber auch für jede Entkriminalisierung zu hinterfragen wäre, ob die unterschiedliche Behandlung von Situationen *vor* und *nach* der Rechtsänderung⁵⁷⁷ durch »Sachgründe« gerechtfertigt ist, »die dem Ziel und dem Ausmaß der

572 Zu dieser Diktion siehe an dieser Stelle nur *Schlaich*, VVdStRL 39 (1981), 99 (109 m.N.).

573 Vgl. nur BVerfGE 18, 38 (45).

574 Zu dieser Frage detailliert unten § 4 II. 2. m.w.N., auch zum im sog. Rindfleisch-etikettierungsverfahren im Zustellungsvermerk des Senatsvorsitzenden geäußerten Hinweis an sachkundige Dritte, dass »Gelegenheit [bestehe], sich zu dem in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gestärkten Gedanken der Prozeduralisierung mit Blick auf den Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers zu äußern« (zit. nach *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 [2017], 363 [372 f.]).

575 A. Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, S. 248. Zu ihrer Argumentation siehe bereits die Zusammenfassung oben Einführung II. 2. a) in Fn. 213.

576 A. Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, S. 248.

577 Selbstredend unter Beachtung des § 2 Abs. 3 StGB, soweit nicht – verfassungskonform – anderes bestimmt ist. Siehe hierzu oben § 1 I. 1. b).

Ungleichbehandlung angemessen sind.«⁵⁷⁸ Da letzteres in Bezug auf die individuelle Person so gravierend ist wie kaum ein anderes – dieses Ausmaß kann nämlich der Unterschied zwischen Freispruch und Freiheit einerseits, Schuldspruch und lebenslange Freiheitsstrafe andererseits sein –, führte dies zu einer nahezu vollständigen Versteinerung des Strafrechts, bei der zu Gunsten der Kontinuität jegliche Argumente einer »Strafwürdigkeit« oder geänderter demokratischer Mehrheiten⁵⁷⁹ verblissen würden. Diese demokratiemarginalisierende Sicht würde noch mehr verschärft, je mehr man die »Strafwürdigkeit« nicht allein nach eher situationsabhängigen und daher dem Wandel der Zeit unterliegenden Präventionsinteressen definierte, sondern sich (auch⁵⁸⁰ oder vollständig) an einem »absoluten« Vergeltungsbedürfnis orientierte.

Doch ebenso wie in Bezug auf das allgemeine Gleichheitsgrundrecht⁵⁸¹ sind strafrechtliche Besonderheiten auch dann zu berücksichtigen, wenn man diesem Grundrecht eine zeitliche Komponente im Sinne *A. Leisners* zuschreiben wollte.⁵⁸² Das Rückwirkungsverbot,⁵⁸³ die Gesetzesbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) sowie die Intensität des strafrechtlichen Eingriffs machen es zwingend erforderlich, Strafandrohungen inhaltlich wie zeitlich klar zu konturieren. Dies reduziert die Rügefähigkeit von Gleichheitsverstößen, sodass namentlich eine Strafvorschrift nicht »wegen mangelnder Zwecktauglichkeit beanstande[t]« werden kann, wenn der Schutzzweck »bei einer weitergehenden Grundrechtsbeschränkung möglicherweise besser erreicht werden« könnte.⁵⁸⁴ Auch eine Rechtsänderung in Bezug auf die Verfolgungsverjährung war deshalb nur am Maßstab des Willkürverbots zu messen.⁵⁸⁵ Infolgedessen ließe sich in Bezug auf das Strafrecht aus einer zeitlichen Kom-

578 Formulierung nach BVerfGE 151, 101 (Rn. 64) bzw. BVerfGE 152, 274 (Rn. 96). Zur allgemeinen Maßstababildung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG siehe oben § 1 II. 2. b) bb) (1).

579 Erneut sei an die gegenläufige Forderung z.B. *Thomas Jeffersons* nach einem 19jährigen Verfallsdatum sämtlicher Gesetze erinnert, *Myers*, Boston College Law Review 40 (2008), 1328 ff. m.w.N.

580 Im Sinne der Vereinigungstheorien.

581 Siehe hierzu oben § 1 II. 2. b) bb) (2).

582 Hiergegen bereits aus verfassungsrechtlicher Sicht *Boysen*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 3 GG Rn. 92 ff. m.w.N.

583 Siehe hierzu oben § 1 I. 3. a).

584 BVerfGE 71, 206 (Ls. 1).

585 Vgl. BVerfGE 25, 269 (292 f.).

ponente der Gleichheit allenfalls schließen, dass sie willkürlichen Ent-⁵⁸⁶ und Neukriminalisierungen entgegenstehen würde.

c) *Argumentationslast in Verbindung mit »in dubio pro libertate«*
(Kaspar)

Deutlich differenzierter und zurückhaltender ist die Zuweisung einer »auf der Abwehrfunktion der Grundrechte beruhende[n] [...] Argumentationslast«⁵⁸⁷ auf den Staat, der mithin – jedenfalls im Streitfall vor dem BVerfG⁵⁸⁸ – im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit des strafrechtlichen Grundrechtseingriffs hinreichende Gründe für die Rationalität seines legislativen Handelns vorbringen können muss (Kaspar).⁵⁸⁹ Damit erteilt er zum einen Vermutungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit von Straftatbeständen eine Absage.⁵⁹⁰ Zum anderen postuliert er – in Anerkennung eines (begrenzten) Konflikts mit Schutzpflichten⁵⁹¹ –, dass bei verbleibenden Zweifeln an der Rationalität einer Strafandrohung der Freiheit, d.h. der Abwesenheit von Strafrecht der Vorzug zu geben sei (»in dubio pro libertate«).⁵⁹² Diesen materiellen Standard reichert Kaspar zudem (explizit mit Bezug zum Allgemeinen Teil) um ein prozedurales Element an: Weil das vorfindliche, eingriffsintensive Strafrechtssystem bereits ein hohes Maß an Präventionsgewähr biete, sei jede Verschärfung des Allgemeinen Teils in besonderem Maße argumentationsbedürftig,⁵⁹³ während ganz- oder teilweise

586 Eine wegen des Verstoßes gegen das Willkürverbot verfassungswidrige Entkriminalisierung würde jedoch – zumindest bis zur Nichtigkeitserklärung des verfassungswidrigen Entkriminalisierungsgesetzes und abseits von Fallgestaltungen, die der *Radbruch'schen Formel* unterfallen – Wirkungen entfalten, da ein verfassungsrechtlich fundierter (oben § 1 I. 3. a)), strafbefreiend wirkender Vertrauenstatbestand (§ 2 Abs. 3 StGB) geschaffen wurde. Siehe hierzu noch unten § 7 I. 3. a).

587 Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 152.

588 Vgl. aber andererseits die Fokussierung auf den theoretischen Diskurs, Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 149.

589 Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 149 ff.

590 Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 151.

591 Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 152, 153.

592 Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 152 f.

593 Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 719: Der »jeweilige status quo der Normen und ihrer Umsetzung [stelle] ein adäquates Niveau des zu sichernden »Rechtsfriedens« [dar] und der Gesetzgeber [...] hat] nach dem Grundsatz »in dubio pro libertate« tendenziell die Pflicht [...], nach möglichen »Sanktionsmilderungsmöglichkeiten« [...] zu suchen.«

Entkriminalisierungen keinen gleichartigen Argumentationslasten unterworfen seien.⁵⁹⁴

Trotz großer Sympathie für den letztgenannten Ausgangspunkt, dass das bestehende Strafrechtssystem in einigen Bereichen eher zu viel Freiheitsbegrenzung und Sanktionierung vorsieht denn zu wenig, begegnet die aus seiner Auffassung folgende »einseitige Versteinerung« (jegliches »Mehr« an Strafrecht nur mit besonderem Argumentationsaufwand, jegliches »Weniger« auch mit geringem Argumentationsaufwand) prinzipiellen Bedenken, droht sie nämlich die eigene Bewertung des Strafrechtssystems an die Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu setzen und neu regulierungsbedürftige Sachverhalte aus dem Blick zu verlieren.⁵⁹⁵ Bezogen auf klar eindimensionale Sachverhalte trägt zwar seine verfassungsrechtliche Argumentation, nur Freiheitsbeschränkungen unterlägen als Eingriff einer Verhältnismäßigkeitskontrolle mit allen damit verbundenen Argumentationslasten, nicht aber Freiheitsgewährungen. Allerdings wird sich – wie *Kaspar* selbst anerkennt – nur selten eine so begrenzte Fragestellung ergeben. Vielmehr ist häufig (in seinen Worten) eine »Abwägung mit anderen Freiheitsrechten«⁵⁹⁶ erforderlich. Zu denken ist dabei nicht nur an nachteilige Folgen für Dritte, die etwa in Gestalt von Schutzpflichten⁵⁹⁷ Gegenstand verfassungsrechtlicher Argumentation sein können. Zu denken ist vor allem an die (originär für das Wirtschaftsstrafrecht entwickelte) *Tiedemann*'sche Paradoxie, dass der regulatorische Einsatz des Strafrechts wegen des Verzichts auf präventive Kontrolle einen normativen Vertrauensvorschuss bedeutet und somit, relativ betrachtet, mit einem Freiheitszuwachs einhergehen kann.⁵⁹⁸ Ohne daher an dieser Stelle bereits auf die Empirieproblematik der Verhältnis-

594 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 719: »Ein Abbau dieser Milderungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber hingegen [...] ist dagegen stark legitimationsbedürftig«.

595 Vgl. *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 53.

596 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 152.

597 Hierauf fokussierend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 153; allgemein hierzu unten § 1 III. 3.

598 *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 144 f. in Fn. 22; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 52; *Tiedemann*, ZStW 87 (1975), 253 (266 f.). Siehe ferner – und jeweils über das Wirtschaftsstrafrecht hinausreichend – *Gärditz*, JZ 2016, 641 (646) m.w.N.; *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (977); *Prittowitz*, in: FS Roxin-80, S. 23 ff. (indes mit Hinweis, diese Erkenntnis dürfe die Anforderungen an den Einsatz des Strafrechts nicht relativieren); *Prittowitz*, ZStW 129 (2017), 390 (397 ff.); *Wohlers*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), The Limits of Criminal Law, S. 235 (258 f.); krit. *Hefendehl*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, S. 48 (51 ff.); *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, S. 90 ff.

mäßigkeitskontrolle⁵⁹⁹ einzugehen, ist – entgegen *Kaspar* – nicht von einer »einseitigen« (relativen) Versteinerung des Allgemeinen Teils auszugehen.

d) *Diskurstheorie und Strafgesetzgebung (J. Vogel)*

Klar prozedural ausgerichtet ist auch der zunächst von *K. Günther* (in Bezug auf die »moralische Begründung des Strafrechts«⁶⁰⁰), dann vor allem von *J. Vogel* mit Verfassungsbezug unternommene Versuch, die Diskurstheorie *Habermas*'⁶⁰¹ auf die Strafgesetzgebung zu übertragen.⁶⁰² In Diskursen werden, so die Zusammenfassung *J. Vogels* »– nur – prozedurale Regeln vorausgesetzt, insbesondere die Bedingung der »idealen Sprechsituation«, wonach jeder Sprachfähige teilnehmen, Gründe vorbringen und hieran nicht durch Zwang gehindert werden darf. Demokratie und Recht ihrem normativen Sinn nach so zu rekonstruieren, ist das Anliegen der Diskurstheorie des demokratischen Rechtsstaats.«⁶⁰³ Die Einwände⁶⁰⁴ einer Inhaltsleere⁶⁰⁵ und des offensichtlichen Fehlens einer »idealen Sprechsituation« in der Strafrechts- und Strafgesetzgebungswirklichkeit⁶⁰⁶ seien dabei nicht tragfähig, denn entscheidendes Kriterium für die Legitimität einer Norm sei, ob »alle Betroffenen in rationalen Diskursen zustimmen könnten«,⁶⁰⁷ nicht hingegen, dass es tatsächlich im Rahmen des Normsetzungsprozesses zu einem sol-

599 Siehe hierzu noch näher unten § 1 IV. 2. c).

600 *K. Günther*, in: Jung/Müller-Dietz/U. Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, S. 205 (205).

601 *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns; Habermas*, *Faktizität und Geltung*.

602 Zu *J. Vogel*, *Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht* und *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 ff. siehe bereits oben oben Einführung I. 3. b) bei und mit Fn. 173. Der Fokus von *K. Günther*, in: Jung/Müller-Dietz/U. Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, S. 205 ff. liegt auf der diskursethischen Begründung von Sanktionsnormen; hiergegen *Koriath*, ARSP 85 (1999), 184 ff.

603 *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (111).

604 Monographisch *Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle?*, S. 88 ff.

605 Siehe nur *Arthur Kaufmann*, in: FS Maihofer, S. 11 (34 ff.) m.w.N.

606 Zu dieser und weiterer Kritik etwa *U. Neumann*, *Rechtstheorie* 27 (1996), 415 (417 ff.); dies anerkennend *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (111 f.).

607 *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (112); Hervorhebung durch *Verf.*

chen Diskurs und zu einer solchen Entscheidungsfindung gekommen ist.⁶⁰⁸ Gleichwohl ließe sich das diskurstheoretische

»Modell aus Sicht der Strafgesetzgebungslehre [...] in strafrechtliche Kategorien übersetzen: Der politisch-ethischen Frage nach den verfolgten ›kollektiven Zielen‹ entspricht die Frage nach den zu schützenden Rechtsgütern. Der pragmatischen Frage nach der Zweck-Mittel-Relation entspricht die Frage nach der Subsidiarität des Strafrechts als einer ultima ratio. Und der im engeren Sinne juristischen Frage nach der ›Kohärenz‹ entspricht die Frage nach der verfassungsrechtlichen Haltbarkeit und der kriminalpolitischen sowie strafrechtsdogmatischen Stimmigkeit des Gesetzgebungsvorschlags.«⁶⁰⁹

Folge mangelnder Diskursivität eines Gesetzgebungsverfahrens sei, so *J. Vogel*, ein Legitimationsproblem mit (auch) verfassungsrechtlichem Gehalt, namentlich dann, wenn die Diskursivität sichernde Gesetzgebungsverfahrensvorschriften »evident« verletzt wurden und solche Fehler »zu[r] Unvereinbarkeit des Gesetzes mit materiellem Verfassungsrecht führen.«⁶¹⁰ Damit aber wird deutlich, dass dieser Ansatz in verfassungsrechtlicher Hinsicht auf die Einhaltung des Gesetzgebungsverfahrens⁶¹¹ fokussiert ist und hieraus keine materiellen Vorgaben an die (Weiter-)Entwicklung des Strafrechts folgen. Dieser Ansatz trägt mithin nicht zur Konstitutionalisierung des Bestands an Strafrechtsnormen bei. Auch soweit die Legitimation einzelner Vorschriften diskurstheoretisch überzeugend rekonstruiert werden kann,⁶¹² ist dies unter einem diskurstheoretischen Modell nicht mit dessen Konstitutionalisierung gleichzusetzen, sondern als Beitrag einerseits zur hiervon jedenfalls teilweise zu trennenden Legitimationsfrage des Strafrechts,⁶¹³ andererseits als (Diskussions-)Beitrag im Rahmen potentieller Gesetzgebungsverfahren zu sehen.

608 Vgl. auch die Anerkennung von »Einschränkungen der Diskursivität von Rechtssetzungsverfahren« durch *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (112); siehe zudem den Hinweis bei *Volkmann*, JuS 1997, 976 (981), dass die Diskurstheorie »einer defizitären Wirklichkeit einen Spiegel vor[hält]«.

609 *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (114).

610 *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (115 f.) unter Verweis auf das Evidenzerfordernis in BVerfGE 91, 148 (175); ausf. *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 376 ff.

611 Hierzu noch unten § 4, insbes. § 4 II. 4.

612 Zum Betrugsstrafrecht *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 387 ff.

613 Zur internationalen Dimension siehe ergänzend *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen.

e) »Weiche« Konstitutionalisierung mittels Radbruch'scher Formel

Mit dem Kern des vorgenannten diskurstheoretischen Ansatzes ohne Weiteres vereinbar, aber jegliche (Änderungs-)Gesetzgebung zugleich einer inhaltlichen Begrenzung unterwerfend ist der von mir bereits andernorts vorgeschlagene Weg einer »weichen«⁶¹⁴ Konstitutionalisierung strafrechtlicher Grundprinzipien.⁶¹⁵

Ausgangspunkt hierbei ist das – trotz aller Kritik – verfassungsrechtlich hinreichend fundierte und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfassend anerkannte Rechtsstaatsprinzip.⁶¹⁶ Dieses ist nicht nur rein formal oder summativ zu verstehen,⁶¹⁷ doch die verschiedenen im Hinblick auf eine materielle oder integrale Anreicherung des Rechtsstaatsprinzips vertretenen Ansätze können zur Verwässerung des Prinzips führen.⁶¹⁸ Zur Auflösung dieses Spannungsfelds hat *Saliger* überzeugend vorgeschlagen, die *Radbruch'sche* Formel⁶¹⁹ heranzuziehen, um einen »Kompromiß zwischen einem formalen und einem materialen Rechtsstaatsverständnis« zu entwickeln.⁶²⁰ Deren Heranziehung ermöglicht es nämlich, die Gerechtigkeitsblindheit des formellen Rechtsstaatsbegriffs zu überwinden und diesen »über den Verweis auf übergesetzliches Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit [mit] inhaltlicher, integraler Substanz« anzureichern,⁶²¹ ohne zugleich die Normsetzungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers in Zweifel zu ziehen.⁶²²

Zweites Element einer »weichen« Konstitutionalisierung ist es, Recht nicht als statisches Konstrukt zu verstehen, sondern

614 Zur an den Begriff des *soft law* (hierzu nur *Schwarze*, EuR 2011, 3 [3]) angenäherten Terminologie siehe *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (392).

615 *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (390 ff.); *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisiosek (Hrsg.), *Noch nie war das Böse so gut*, S. 107 (113).

616 Siehe nur BVerfGE 23, 353 (373).

617 So aber insbes. *Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, S. 457 ff.

618 *Heyde*, in: FS Redeker, S. 187 (199); *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 26 Rn. 109 ff.; *Naucke*, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, S. 412; siehe auch *Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, S. 449.

619 Siehe oben § 1 II. 2. c), S. 154 m.w.N. zu *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

620 *Saliger*, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, S. 82.

621 *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisiosek (Hrsg.), *Noch nie war das Böse so gut*, S. 107 (113); *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (397).

622 *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisiosek (Hrsg.), *Noch nie war das Böse so gut*, S. 107 (113); *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (397); siehe zudem erneut oben § 1 II. 2. c), S. 154.

»stets in seiner fortdauernden Evolution, also in seiner Veränderung insbesondere durch den Gesetzgeber zu begreifen. Betrachtet man nun den Maßstab der Radbruchschen Formel zusätzlich als finale Zielrichtung – verkürzt: Recht soll der Gerechtigkeit dienen – oder versteht man, mit *Otto Bachof*, den Rechtsstaat als ›de[n] auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zielende[n] Staat‹⁶²³, so lässt sich auch ein Gestaltungs- bzw. ein Optimierungsauftrag an den Gesetzgeber herleiten. Denn soweit Recht als ›Wille zur Gerechtigkeit‹⁶²⁴ zu verstehen ist, so soll sich dies daher insbesondere in jeder Änderung des Rechts manifestieren. Ein jedes neues Gesetz ist nach diesem Verständnis des Rechtsstaatsprinzips somit *von Verfassungs wegen* dazu gehalten, ein Mehr an Gerechtigkeit als der *status quo* zu bewirken oder wenigstens bewirken zu wollen.«⁶²⁵

Drittens ist dieser Auftrag an den (Straf-)Gesetzgeber verfassungsrechtlich zu operationalisieren, d.h. verfassungsgerichtlicher Kontrolle zugänglich zu machen. Als Maßstab drängt sich hierbei die Offensichtlichkeit auf,⁶²⁶ die einen auch in diesem Kontext tauglichen Kompromiss verfassungsgerichtlicher Zurückhaltung gegenüber demokratischer Willensbildung darzustellen verspricht. Damit wären (Änderungs-)Gesetze, die *offensichtlich* nicht von der Suche nach einem »Mehr« an Gerechtigkeit getragen sind, wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. Dies wäre insbesondere bei der Durchsetzung bloßer Partikularinteressen⁶²⁷ der Fall, welche zugleich stets Gefahr läuft, die Gleichheit der Menschen zu verleugnen.

Der Gewinn gegenüber den vorgenannten anderen prozeduralen Theorien liegt damit vor allem darin, den parlamentarischen Gesetzgeber nicht zu eng begrenzen zu wollen, zugleich aber das Ziel »guter Gesetzgebung« klar verfassungsrechtlich zu fundieren und jedenfalls einer verfassungsgerichtlichen Evidenzkontrolle zugänglich zu machen. Dieser Ansatz trägt damit zu einer »weichen« Konstitutionalisierung des Strafrechts dadurch bei, dass grundlegende Strukturänderungen im Allgemeinen Teil nicht aus reinem

623 *Bachof*, VVdStRL 12 (1954), 37 (39) unter Verweis auf *Hans Peters*.

624 *Radbruch*, in: R. Dreier/Paulson (Hrsg.), *Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie*², S. 209 (209 [Dritte Minute]) = *Radbruch*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, S. 78 (78).

625 *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (391). Ergänzende Verweise auf *Brodowski*, in: Fromholzer/Preis/Wisioerek (Hrsg.), *Noch nie war das Böse so gut*, S. 107 ff. wurden nicht übernommen, die weiteren Referenzen auf den hier verwendeten Zitierstil angepasst.

626 *Brodowski*, ZStW 128 (2016), 370 (392); zu Evidenzmaßstäben in der Verfassungsrechtsprechung siehe exemplarisch BVerfGE 77, 84 (106); BVerfGE 113, 167 (252 f.); BVerfGE 117, 163 (189).

627 Zur Schädlichkeit der Verfolgung bloßer Partikularinteressen aus Sicht der Diskurstheorie siehe *J. Vogel*, in: FS Roxin, S. 105 (113).

Aktionismus heraus vorgenommen werden dürfen, sondern nur, soweit sie von der Suche nach einem »Mehr« an Gerechtigkeit getragen sind. Je ausdifferenzierter und überzeugender begründet dogmatische Konstruktionen des Allgemeinen Teils sind – sei es etwa die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme sowie deren bloß limitierte Akzessorietät, sei es etwa die Rücktrittsdogmatik –, desto schwerer wird es dem Gesetzgeber fallen, diesem Maßstab gerecht zu werden. Selbst wenn dieser Maßstab nur in abgeschwächter Form, namentlich als Evidenzkontrolle, verfassungsgerichtlicher Kontrolle zugänglich ist, so kann er gleichwohl zu einer »weichen« Konstitutionalisierung strafrechtlicher Grundprinzipien, dogmatischer Konstruktionen und speziell von Normen des Allgemeinen Teils beitragen, ohne eine »starre« Schranke für jegliche Gesetzesänderungen in diesem Bereich darzustellen.

4. Zusammenführung

Diese Analyse und Bewertung der verschiedenen, sich teils überlappenden Wirkmechanismen einer Konstitutionalisierung des Allgemeinen Teils zeigt ein stark divergierendes Bild im Hinblick auf den Textkorpus des StGB in seinen §§ 1 bis 79b StGB. Bezogen auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung⁶²⁸ lässt sich dies wie folgt knapp zusammenfassen:

Die Normwiederholung des Art. 103 Abs. 2 GG in § 1 StGB und die teils hiervon abgekoppelte Bestimmung über die zeitliche Geltung in § 2 StGB sind evident verfassungsrechtlich fundiert,⁶²⁹ Ähnliches gilt für die §§ 36 und 37 StGB.⁶³⁰ Im Wesentlichen eine Strafbarkeitslimitierung⁶³¹ ist im Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB) zu verzeichnen, namentlich durch das Erfordernis eines völkerrechtlich hinreichend legitimierenden Anknüpfungs-

628 Siehe hierzu oben Einführung II. 1. Außerhalb des hier betrachteten Untersuchungsgegenstands ist vor allem auf die tiefgreifend europastrafrechtlich determinierte Vermögensabschöpfung (oben § 1 II. 1. d) bb) (6)), auf den ebenfalls europäisch wie grundgesetzlich begrenzten Maßregelvollzug einschließlich der Sicherungsverwahrung (oben § 1 II. 1. a) cc) (3)) sowie auf die strafverfassungsrechtliche Relevanz von Bewährungsaufgaben hinzuweisen (oben § 1 II. 1. a) ee)).

629 Siehe oben § 1 II. 1. c).

630 Siehe oben § 1 II. 1. b).

631 Pönalisierungspflichten bzw. -obliegenheiten könnten allerdings in Abwesenheit allgemeiner Vorschriften ggf. zur Notwendigkeit führen, deliktsspezifische Sondervorschriften einzuführen.

punkts,⁶³² soweit nicht aus insbesondere europäischen Vorgaben weitere Begrenzungen des legislativen Handlungsspielraums folgen.⁶³³

Ebenfalls strafbarkeitslimitierend wirkt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip – und, dieses teils verstärkend, das Verhältnismäßigkeitsprinzip – in Bezug auf den unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB)⁶³⁴ und jedenfalls für den Kern der Schuldunfähigkeit von Kindern (§ 19 StGB) und der Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (§ 20 StGB).⁶³⁵ Die Zurechnungsregeln sind indes nur insoweit durch das Schuldprinzip determiniert, als dass eine Bestrafung »eindeutig oder wahrscheinlich Schuldloser« oder eine Bestrafung für ein Verhalten, das weder (irgend-)einen Vorsatz- noch Fahrlässigkeitsvorwurf in sich trägt, verfassungswidrig wäre.⁶³⁶ Demzufolge gibt es weder eine explizite noch implizite strafverfassungsrechtliche Verpflichtung noch ein verfassungsrechtliches Gebot, z.B. eine Beihilfe durch Unterlassen zu einer Datenveränderung (§§ 202a, 27, 13 StGB), eine Sachbeschädigung durch Unterlassen (§§ 303, 13 StGB) oder auch eine Verbrechenverabredung zu einer Geldfälschung (§§ 146, 30 StGB) unter Strafe zu stellen, aber auch keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB) anzuerkennen.⁶³⁷ Nicht überzeugen konnten Ansätze, das allgemeine Notwehrrecht (sei es in seiner Begründung,⁶³⁸ sei es in seiner Begrenzung⁶³⁹) als explizit oder implizit verfassungsrechtlich determiniert anzusehen. Hinsichtlich der Strafen und deren Anrechenbarkeit bestehen Rahmenvorgaben an den Strafgesetzgeber vor allem durch den Menschenwürdekern der Freiheit der Person und das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf der einen und durch europäische Rahmenvorgaben auf der anderen Seite.⁶⁴⁰

Explizite und implizite strafverfassungsrechtliche Vorgaben an den Allgemeinen Teil können daher ebenso wie der kriminalpolitische Rahmen (»polity«) nur unzureichend erklären, warum in diesem Bereich des StGB selten gravierende legislative Änderungen zu verzeichnen sind. Neben einer

632 Siehe oben § 1 II. 2. e).

633 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (1).

634 BVerfGE 36, 193 (200).

635 Siehe oben § 1 II. 2. a).

636 Siehe erneut oben § 1 II. 2. a); Zitat nach *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 45 f., 48.

637 Zu den – begrenzten – Vorgaben des Europäischen Strafrechts an den Allgemeinen Teil siehe oben § 1 II. 1. d) bb) (2) sowie § 1 II. 1. d) bb) (3).

638 Siehe hierzu oben § 1 II. 2. c).

639 Siehe hierzu oben § 1 II. 2. b) aa) (3).

640 Siehe hierzu oben insbes. § 1 II. 1. a) cc) (1), § 1 II. 1. a) cc) (2), § 1 II. 1. a) ff) sowie § 1 II. 2. b) aa).

kriminalpolitischen Zielsetzung (»policy«) von Strafrechtskontinuität⁶⁴¹ und der Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen⁶⁴² lässt sich dies strafverfassungsrechtlich dahingehend deuten, dass eine prozedurale Konstitutionalisierung⁶⁴³ eingetreten ist, die es erschwert, ausdifferenzierte und überzeugend begründete dogmatische Konstruktionen des Allgemeinen Teils mit dem berühmten »Federstrich des Gesetzgebers«⁶⁴⁴ ohne hinreichende Begründung über Bord zu werfen.

III. Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten

Nunmehr sei der Blick auf den Besonderen Teil des StGB gerichtet und zunächst untersucht, inwieweit strafverfassungsrechtliche und kriminalpolitische Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten Änderungen des StGB hemmen oder verhindern, sprich ob und wie sie zu dessen »Statik« beitragen. Um eine Pönalisierungspflicht handelt es sich, soweit eine klare und verbindliche Vorgabe einer Kriminalisierung und z.T. deren näherer Ausgestaltung besteht, um eine Pönalisierungsobliegenheit, soweit Alternativen und Ausweichmechanismen dem Gesetzgeber zur Verfügung bleiben.

1. Europa- und völkerrechtliche Vorgaben

Ausdrückliche Pönalisierungspflichten sind dabei weniger dem nationalen Verfassungsrecht⁶⁴⁵ zu entnehmen, sondern den Rahmenvorgaben des Europarechts einerseits, dem Völkerrecht andererseits: Auf den ersten Blick erscheint es als ungewohnt, diese als Baustein einer »Statik« des StGB zu verstehen, da etliche Änderungsgesetze der letzten Legislaturperioden ihren Ursprung in EU-Rahmenbeschlüssen, Richtlinien und völkerrechtlichen Verträgen haben⁶⁴⁶ und diese daher zugleich eine große Dynamik entfalten. Diese vermeintliche Widersprüchlichkeit lässt sich indes leicht auflösen: Sobald der Umsetzungsverpflichtung genüge getan ist, bewirken Rahmenvorgaben des EU-Strafrechts (und, in begrenzterem Umfang, auch solche des Völker[vertrags]rechts) eine relative Veränderungssperre bzw.

641 Siehe unten § 1 VI. 3.

642 Siehe unten § 1 V.

643 Allgemein hierzu oben § 1 II. 3.

644 Zu diesem berühmten, indes in dieser Form fehlerhaft wiedergegebenen Zitat siehe oben in Fn. 510.

645 Siehe aber noch unten § 1 III. 2.

646 Siehe hierzu unten § 6 I. 1. e).

Versteinerung: Der deutsche Gesetzgeber *könnte* zwar isoliert betrachtet die Umsetzungsgesetzgebung beliebig verändern, er setzte sich dann aber in Widerspruch zu diesen Rahmenvorgaben mit zumindest einem Verstoß gegen die völkervertraglich eingegangene Bindung (*pacta sunt servanda*),⁶⁴⁷ im Kontext des Unionsrechts zudem mit den potentiellen Konsequenzen einer Unanwendbarkeit der Vorschriften⁶⁴⁸ und eines sanktionierbaren⁶⁴⁹ Verstoßes gegen die primärrechtlich fundierte Umsetzungsverpflichtung.⁶⁵⁰ Dies bewirkt eine nicht nur faktische, sondern auch normativ unterfütterte Versteinerung aus Sicht des nationalen Gesetzgebers. Bedenkt man zudem, dass eine Strafrechtsreduktion oder -milderung auf europäischer und völkervertraglicher Ebene⁶⁵¹ jedenfalls nicht leichter durchsetzbar wäre als auf nationaler Ebene,⁶⁵² unterstreicht dies zusätzlich die grundsätzlich strafbarkeitsexpansive bzw. -intensivierende Versteinerungswirkung.

a) Vorgaben des EU-Primärrechts

Von der auch auf europäischer Ebene geführten Diskussion darüber, ob aus Grundrechten auch Schutzpflichten mit kriminalstrafrechtlichen Pönalisierungsverpflichtungen folgen,⁶⁵³ sind die positiven⁶⁵⁴ Maßgaben des europäischen Primärrechts an die nationalen Strafgesetzgeber abzugrenzen. Diese sind wenig zahlreich und nur begrenzt konturiert:

647 Siehe nur *Herdegen*, Völkerrecht²¹, § 15 Rn. 4 sowie Art. 26 WVK (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge).

648 Im Grundsatz darf eine solche Unanwendbarkeit infolge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zwar nicht strafbarkeitsbegründend wirken (EuGH [GK], Urt. v. 03.05.2005 – C-387/02, C-391/02 und C-403/02 [Berlusconi u.a.], Rn. 73 f.; hierzu, statt mehrerer, *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 67). Nicht ausgeschlossen sind jedoch Auswirkungen etwa auf das Verjährungsrecht (EuGH [GK], Urt. v. 05.12.2017 – C-42/17 [M.A.S. und M.B.]; EuGH [GK], Urt. v. 08.09.2015 – C-105/14 [Taricco u.a.]; zu diesen Urteilen siehe bereits oben bei und mit Fn. 304).

649 Hierzu, statt einiger, *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 6 Rn. 51 ff.

650 Art. 288 Abs. 3, 291 Abs. 1 AEUV.

651 Bislang wurde, soweit ersichtlich, keine Pönalisierungsvorgabe des europäischen Strafrechts wieder in maßgeblichem Umfang aufgehoben.

652 Zur Perspektive des EU-Strafrechts siehe unten § 5 II. 2. b) bb).

653 Siehe hierzu sogleich § 1 III. 3. a) aa) (4).

654 Zur Strafrechtsbegrenzung infolge des EU-Primär- und Sekundärrechts siehe noch unten § 1 IV. 1. b) sowie § 1 IV. 2. c) cc).

aa) Loyalitätsverpflichtung (Art. 4 Abs. 3 EUV)

Normativer Ausgangspunkt für primärrechtliche Pönalisierungsverpflichtungen – oder jedenfalls deren historischer Ursprung – ist die in Art. 4 Abs. 3 EUV statuierte Loyalitätsverpflichtung der Mitgliedstaaten gegenüber der EU. Aus dieser Bestimmung wird in Rechtsprechung⁶⁵⁵ und Literatur⁶⁵⁶ eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Pflicht gelesen, Sanktions- und auch Strafvorschriften einzuführen, soweit dies erforderlich ist, »um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts«⁶⁵⁷ bzw. »einen umfassenden Schutz [der EU-]Rechtsgüter«⁶⁵⁸ zu bewirken. Wegweisend für den kriminalstrafrechtlichen Gehalt dieser Maßgaben war die mit dem Beinamen »Griechischer Mais« versehene Leitentscheidung des EuGH aus dem Jahr 1989:

»Enthält eine gemeinschaftsrechtliche Regelung keine besondere Vorschrift, die für den Fall eines Verstoßes gegen die Regelung eine Sanktion vorsieht [...], so sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 EWG-Vertrag verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Dabei müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktionen verbleibt, namentlich darauf achten, daß Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln gehandelt werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muß.«⁶⁵⁹

Erste wesentliche Kernaussage dieser Leitentscheidung ist die *Subsidiarität* einer aus dem Loyalitätsgebot folgenden Pönalisierungspflicht gegenüber ausdrücklichen Maßgaben des Unionsrechts.⁶⁶⁰ Zweitens: Fehlt es an solchen Regelungen – wie aufgrund der damaligen Primärrechtslage typisch⁶⁶¹

655 Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.09.1989 – C-68/88 (Kommission ./ Griechenland [»Griechischer Mais«]).

656 Siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 39 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 1 Rn. 33, § 7 Rn. 2, 23 ff.; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 11 Rn. 31 ff.; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 26; *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 4 EUV Rn. 87.

657 So die – regulatorisch ausgerichtete – Formulierung bei *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 4 EUV Rn. 87.

658 So die – strafrechtlich ausgerichtete – Formulierung bei *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 26.

659 EuGH, Urt. v. 21.09.1989 – 68/88 (Kommission ./ Griechenland [»Griechischer Mais«]), Ls. 2, Rn. 23 f.

660 *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 4 EUV Rn. 73.

661 Kriminalstrafrechtlich bedeutsam war seitdem – neben der Weiterentwicklung des Primärrechts – der Umbruch, der aus EuGH [GK], Urt. v. 13.09.2005 – C-176/03 (Kommission ./ Rat) sowie EuGH [GK], Urt. v. 23.10.2007 – C-440/05 (Kommission ./ Rat) folgte; siehe hierzu noch unten § 1 III. 1. b) aa) bei und mit Fn. 706.

– so müssen Mitgliedstaaten zumindest Sanktionen vorsehen, die »wirksam, verhältnismäßig und abschreckend« sind.⁶⁶² Die Umsetzung – namentlich als Kriminalstrafrecht oder durch andere, insbesondere (Verwaltungs-)Sanktionen – obliegt, drittens, grundsätzlich den Mitgliedstaaten.⁶⁶³ Ist aber bereits für vergleichbare Verstöße auf nationaler Ebene eine bestimmte Sanktionierung vorgesehen, so folgt – viertens – eine als *Äquivalenz- bzw. Assimilierungsgebot* bezeichnete Maßgabe, der zufolge dieselbe Sanktionierung auch auf Verstöße auf unionaler Ebene zu erweitern bzw. anzuwenden ist.⁶⁶⁴

So bedeutsam diese allgemeinen sanktionenrechtlichen Maßgaben des Loyalitätsgebots für die Rechtsentwicklung des Europäischen Strafrechts auch waren und sind, so ist deren praktische Wirksamkeit heutzutage begrenzt. Dies liegt zwar nicht daran, dass diese mit der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten in beachtlichem Umfang in Konflikt geraten könnten.⁶⁶⁵ Vielmehr ist es zum einen deren Vagheit und Relativität – mit damit einhergehendem großem Spielraum für die Mitgliedstaaten –, zum anderen und vor allem die Überlagerung durch spezifische und explizite Sanktionierungsvorgaben durch weitere Bestimmungen des EU-Primär- und insbesondere des EU-Sekundärrechts⁶⁶⁶. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH⁶⁶⁷ und allgemeinen Rechtsgrundsätzen⁶⁶⁸ gehen diese nämlich dem allgemeinen Loyalitätsgebot vor.⁶⁶⁹

662 Zu dieser – inzwischen in zahllose Sekundärrechtsakte übernommenen – Trias siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 42; *Satzger*, in: Streinz³, Art. 325 AEUV Rn. 17 ff. sowie bereits oben § 1 II. 1. d) bb) (5).

663 Zu möglichen Varianten siehe *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 198 ff. m.w.N.

664 Siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 40 sowie *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 27, jeweils m.w.N.

665 Missverständlich *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 31 f., denn das erste *Taricco*-Urteil des EuGH (EuGH [GK], Ur. v. 08.09.2015 – C-105/14 [Taricco u.a.], hierzu oben bei und mit Fn. 304) bezog sich gerade nicht auf die Sanktionierungsverpflichtung *des Gesetzgebers*, sondern auf die Strafrechtsanwendung und dabei ggf. unangewandt zu lassende Verjährungsvorschriften.

666 Hierzu sogleich § 1 III. 1. b).

667 Siehe nur die oben herausgearbeitete erste Kernaussage von EuGH, Ur. v. 21.09.1989 – C-68/88 (Kommission ./ Griechenland [»Griechischer Mais«]).

668 Primärrechtlich lässt sich mit *lex specialis derogat legi generali* argumentieren, in Bezug auf das Sekundärrecht mit der Normenhierarchie, welche – abseits von Unvereinbarkeiten – dazu veranlasst, zunächst niederrangigere Rechtsvorschriften in den Blick zu nehmen; hierzu *Rux*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 20 GG Rn. 169 (»Anwendungsvorrang des (einfachen) Rechts«) sowie *J. Vogel*, Juristische Methodik, S. 63 f. (»Vorrang der inhaltsreicheren Sonder-Ordnung«).

669 Näher zu dieser Fragestellung *F. Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, S. 120 ff.

bb) Konkretisierung durch Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV

Historisch auf das allgemeine Loyalitätsgebot zurückgehend,⁶⁷⁰ inzwischen eigenständig in Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV im Primärrecht verankert sind die an die Mitgliedstaaten gerichteten Pflichten zum Schutz der finanziellen Interessen der EU. Abs. 2 fordert im Sinne des vorgenannten Äquivalenz- bzw. Assimilierungsgebots,⁶⁷¹ dass die Mitgliedstaaten »[z]ur Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten, [...] die gleichen Maßnahmen [ergreifen], die sie auch zur Bekämpfung von Betrügereien ergreifen, die sich gegen ihre eigenen finanziellen Interessen richten.« Abs. 1 enthält das allgemeine Gebot, »Maßnahmen« zu ergreifen, »die abschreckend sind und [...] einen effektiven Schutz bewirken.« Dies wird in Rechtsprechung⁶⁷² und Literatur⁶⁷³ durchgängig als selbständige Verpflichtung an die Mitgliedstaaten gesehen, im Sinne des vorgenannten Loyalitätsgebots nötigenfalls auch auf das Strafrecht zum Schutz der finanziellen Interessen der EU zurückzugreifen. Wenngleich der Wortlaut des Abs. 1 anderes nahelegt,⁶⁷⁴ ist diese weiterreichende Interpretation teleologisch und historisch⁶⁷⁵ zumindest nachvollziehbar. Jedenfalls ist der Bedeutungsgehalt sowohl des Abs. 1 als auch des Abs. 2 heutzutage infolge der Subsidiarität des allgemeinen Loyalitätsprinzips⁶⁷⁶ und dessen Konkretisierungen begrenzt:

670 *Satzger*, in: Streinz³, Art. 325 AEUV Rn. 1 ff.; siehe auch *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 325 AEUV Rn. 1; *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 40.

671 Statt aller *Satzger*, in: Streinz³, Art. 325 AEUV Rn. 2; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 1 Rn. 33; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 27.

672 EuGH [GK], Urt. v. 05.12.2017 – C-42/17 (M.A.S. und M.B.), Rn. 35 f.; EuGH [GK], Urt. v. 08.09.2015 – C-105/14 (Taricco u.a.), Rn. 37 (zu diesen Urteilen siehe bereits oben bei und mit Fn. 304); EuGH [GK], Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 26. Anders zuvor EuGH, Urt. v. 28.10.2010 – C-367/09 (SGS Belgium NV u.a.) mit Differenzierung zwischen Assimilierungsgebot nach Art. 325 Abs. 2 AEUV (Rn. 40) und allgemeinem Loyalitätsgebot nach Art. 4 Abs. 3 EUV (Rn. 41).

673 Statt aller *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 325 AEUV Rn. 29 ff.; *Satzger*, in: Streinz³, Art. 325 AEUV Rn. 17 ff.; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert⁶, Art. 325 AEUV Rn. 12.

674 Die Formulierung spricht von »Maßnahmen nach diesem Artikel«, was für einen Verweis (bloß) auf die nachfolgenden Bestimmungen in den Abs. 2 bis 5 spricht. Da Abs. 3 bis 5 anderes regeln, ließe sich das als eine Begrenzung auf das Äquivalenzgebot lesen und nicht für eine darüber hinausgehende Sanktionierung streiten, soweit das innerstaatliche Recht der Trias wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen genügt.

675 Siehe hierzu die Nachweise soeben in Fn. 670.

676 Siehe hierzu soeben § 1 III. 1. a) aa) bei und mit Fn. 660.

Gestützt zwar nicht auf Art. 325 Abs. 4 AEUV,⁶⁷⁷ sondern auf Art. 83 Abs. 2 AEUV,⁶⁷⁸ hat der Unionsgesetzgeber mit der sogenannten PIF-Richtlinie (RL [EU] 2017/1371)⁶⁷⁹ eine weitreichende Konkretisierung der Pönalisierungspflichten vorgenommen.⁶⁸⁰ Diese enthält – neben Maßgaben an die mitgliedstaatlichen Tatbestände – auch Rahmenvorgaben an den Allgemeinen Teil in Bezug auf die Kriminalisierung der Anstiftung, der Beihilfe zu den und des Versuchs der vorgenannten Tatbestände(n) (Art. 5 RL [EU] 2017/1371) und erstmals – in Ausfüllung einer zuvor bestehenden, in Italien virulent gewordenen Regelungslücke⁶⁸¹ – in Bezug auf die Verjährung (Art. 12 RL [EU] 2017/1371).⁶⁸² Diese weitreichende Konkretisierung überlagert⁶⁸³ daher, solange die RL [EU] 2017/1371 fortgilt,⁶⁸⁴ den originären legislativ-kriminalstrafrechtlichen Gehalt des Art. 325 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV.⁶⁸⁵

677 So aber noch der Kommissionsvorschlag, COM(2012) 363 final v. 11.07.2012, S. 7 f. sowie S. 14 (Präambel). Zu Art. 325 Abs. 4 AEUV als Grundlage für (auch) strafrechtliche Maßnahmen siehe sogleich § 1 III. 1. b) aa), einschließlich zur Diskussion, ob hierauf gestützt auch Straftaten *durch Verordnung* eingeführt werden könnten.

678 Zum Streit über die Rechtsgrundlage der PIF-Richtlinie siehe nur *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintzel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*², § 5 Rn. 6a sowie *Brodowski*, ZIS 2017, 688 (690 f.) jeweils m.w.N.

679 Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABIEU Nr. L 198 v. 28.07.2017, S. 29. Zu dieser Richtlinie und deren materiell-strafrechtlichem Gehalt siehe *Brodowski*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, Art. 22 EUStA-VO Rn. 5 ff. sowie – bezogen auf AT-Bestimmungen – bereits oben § 1 II. 1. d) bb) (3).

680 Zu derartigen Pönalisierungsverpflichtungen des EU-Sekundärrechts siehe sogleich § 1 III. 1. b).

681 Siehe erneut EuGH [GK], Urt. v. 08.09.2015 – C-105/14 (*Taricco* u.a.) (näher oben bei und mit Fn. 304).

682 Siehe bereits oben § 1 II. 1. d) bb) (4).

683 Zur Klarstellung: Hiermit ist nicht gemeint, dass bloßes Sekundärrecht das Primärrecht verdrängen könne. Vielmehr enthält diese primärrechtliche Maßgabe, wie dargelegt, selbst den Vorbehalt einer Subsidiarität gegenüber konkreteren Regelungen des Sekundärrechts, die im Einklang mit diesem Primärrecht erlassen wurden.

684 Die EU-Kommission leistete ihrer Drohung, diese Richtlinie wegen der gewählten Rechtsgrundlage (siehe oben Fn. 678) noch anzugreifen, nicht rechtzeitig Folge (*Brodowski*, in: Herrnfeld/Brodowski/Burchard, Art. 22 EUStA-VO Rn. 10); gleichwohl verbleibt die Möglichkeit, dass der EuGH aus anderem Anlass die Richtlinie für nichtig erklären könnte.

685 Zu dieser Fragestellung siehe erneut *F. Zimmermann*, *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union*, S. 120 ff.

cc) Konkretisierung durch Art. 30 EuGH-Satzung

Eine weitere Konkretisierung der allgemeinen Loyalitätsverpflichtung und speziell des Äquivalenzgebots enthält Art. 30 EuGH-Satzung⁶⁸⁶ in Bezug auf eine Eidesverletzung eines Zeugen oder Sachverständigen vor dem EuGH, die von den Mitgliedstaaten »wie eine vor seinen eigenen in Zivilsachen zuständigen Gerichten begangene Straftat« zu behandeln ist.⁶⁸⁷ Durch Art. 53 Abs. 1 EuGH-Satzung wird dies auf Eidesverletzungen vor dem EuG erweitert; nicht länger relevant ist die vormalige Erweiterung⁶⁸⁸ auf das nicht mehr existente Gericht für den Öffentlichen Dienst der Europäischen Union.⁶⁸⁹

Während zunächst dieser Verpflichtung innerstaatlich durch erweiternde und unionsrechtskonforme Auslegung zumindest⁶⁹⁰ des § 154 StGB Rechnung getragen wurde, findet sich seit 2008⁶⁹¹ mit § 162 Abs. 1 StGB eine den Gerichtshof der Europäischen Union (EuG und EuGH) erfassende,⁶⁹² ausdrückliche Tatbestandsergänzung für die §§ 153 bis 161 StGB.⁶⁹³ Bislang sind weder die unionsrechtlichen Vorgaben noch die mitgliedstaatliche

686 Protokoll (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Die konsolidierte Fassung in ABIEU Nr. C 202 v. 07.06.2016, S. 1 (210 ff.) berücksichtigt die Änderung durch VO (EU, Euratom) 2016/1192 (siehe sogleich in Fn. 689) noch nicht.

687 *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht², § 2 Rn. 40 ff.; *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 118; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 11 Rn. 31; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 8 Rn. 11 ff.; *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 6 Rn. 44 ff.; m.w.N., auch zur a.A. (»self-executing«).

688 Art. 62c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Anhang EuGH-Satzung a.F.

689 Verordnung (EU, Euratom) 2016/1192 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über die Übertragung der Zuständigkeit für die Entscheidung im ersten Rechtszug über die Rechtsstreitigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Bediensteten auf das Gericht, ABIEU Nr. L 200 v. 26.07.2016, S. 137; hierzu, statt vieler, *Huber*, in: Streinz³, Art. 257 AEUV Rn. 2.

690 Zu dieser Streitfrage siehe insbes. *M. Vormbaum*, Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht, S. 150 ff.

691 BGBl. 2008 I, S. 2149. Zu diesem Gesetz siehe unten Anhang A IV. 17.; zum hiesigen Kontext *Sinn*, NJW 2008, 3526 (3529).

692 Statt aller *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 162 StGB Rn. 3; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB⁵⁵, § 162 StGB Rn. 4; *H. E. Müller*, in: MK-StGB⁴, § 162 StGB Rn. 7.

693 *T. Vormbaum*, in: NK⁵, § 162 StGB Rn. 1; gleichbedeutend auch *M. Heger*, Lackner/Kühl/Heger³⁰, § 162 StGB Rn. 2; *H. E. Müller*, in: MK-StGB⁴, § 162 StGB Rn. 6. Zur Frage einer Begrenzung durch das Strafanwendungsrecht siehe *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 7 Rn. 11; *H. E. Müller*, in: MK-StGB⁴, § 162 StGB Rn. 8 m.w.N.

Umsetzungsgesetzgebung praktisch bedeutsam geworden, weil der EuGH selten Zeugen oder Sachverständige vernimmt.⁶⁹⁴

dd) Konkretisierung durch Art. 194 Abs. 1 UAbs. 2 EAGV

Eine weitere verselbständigte Normierung des Äquivalenzgebots findet sich in Art. 194 Abs. 1 UAbs. 2 EAGV.⁶⁹⁵ Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, Verletzungen der in Art. 194 Abs. 1 UAbs. 1 EAGV statuierten Geheimschutzverpflichtung entsprechend den innerstaatlichen »Rechtsvorschriften über die Verletzung der Staatssicherheit oder die Preisgabe von Berufsgeheimnissen« zu sanktionieren, und daher ganz typischerweise als Kriminalstraftat.⁶⁹⁶

b) Vorgaben des EU-Sekundärrechts

Deutlich zahlreicher und wirkmächtiger sind die Vorgaben des sekundären Unionsrechts⁶⁹⁷ an die mitgliedstaatlichen Strafgesetzgeber. Diese zählen – jedenfalls aus Perspektive des nationalen Strafrechts – zum Strafverfassungsrecht, da sie den Handlungsspielraum des nationalen Strafgesetzgebers begrenzen,⁶⁹⁸ und wirken ab ihrer Umsetzung grundsätzlich versteinern, sprich tragen ab diesem Zeitpunkt maßgeblich zu einer »Statik« des StGB bei.⁶⁹⁹

694 Dittert, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 30 EuGH-Satzung Rn. 6. Anderes wäre denkbar, wenn ein EU-Strafgericht mit Kompetenz zur Tatsachenfeststellung eingerichtet werden würde. Hierzu monographisch Langbauer, Das Strafrecht vor den Unionsgerichten.

695 Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, konsolidierte Fassung in ABIEU Nr. C 184 v. 30.03.2010, S. 1.

696 Ambos, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 25; Hecker, Europäisches Strafrecht⁶, § 7 Rn. 12; Satzger, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 8 Rn. 16; J. Vogell Brodowski, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 2; siehe hierzu auch BGHSt 17, 121.

697 Keine nähere Berücksichtigung erfahren nachfolgend »soft law«-Instrumente der EU und damit eine Konvergenz; ihre (auch kriminalpolitische) Bindungswirkung und damit deren Beitrag zu einer Konstitutionalisierung ist noch geringer als die des anschließend diskutierten Völkerrechts.

698 Siehe hierzu näher oben § 1 II. 1. d) bb).

699 Siehe näher oben § 1 III. 1., S. 175 f.

aa) Rechtsgrundlagen

Nach einer teils zwischen den vormaligen Säulen divergierenden Rechtsentwicklung⁷⁰⁰ ist die zentrale Rechtsgrundlage für den Erlass materiell-strafrechtlicher Vorgaben Art. 83 AEUV. Diese Vorschrift erlaubt dem Unionsgesetzgeber⁷⁰¹ den Erlass von Richtlinien, d.h. von Rechtsakten, die »hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich [sind], [...] jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel [überlassen]« (Art. 288 UAbs. 3 AEUV). Absatz 1 bezieht sich dabei auf enumerativ aufgeführte – ggf. nach Maßgabe des UAbs. 3 ergänzte⁷⁰² – Bereiche schwerer Kriminalität mit »grenzüberschreitende[r] Dimension«,⁷⁰³ die Generalklausel des Abs. 2 auf flankierende Strafbestimmungen⁷⁰⁴ zu Harmonisierungsmaßnahmen der Union.⁷⁰⁵ Letztere Klausel geht auf zwei Leitentscheidungen des EuGH zurück, denen zufolge auch innerhalb der vormaligen »ersten

700 Hierzu und zu den beiden diesbezüglichen Leitentscheidungen siehe sogleich bei und mit Fn. 706.

701 Zum Rechtsetzungsverfahren und dem »Notbremsemechanismus« des Abs. 3 siehe ausführlich § 5.

702 Von der Möglichkeit einer Erweiterung des Katalogs nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, die einer »(verdeckten) Vertragsänderung« entspricht (*Satzger*, in: Streinz³, Art. 83 AEUV Rn. 26) und daher infolge BVerfGE 123, 267 (412 f.) durch § 7 Abs. 1 InfVG aus deutscher Perspektive eingehegt wurde, wurde bislang einmal Gebrauch gemacht: Mit Beschluss (EU) 2022/2332 wurden »Verstöße gegen restriktive Maßnahmen der Union« als weiterer Kriminalitätsbereich ergänzt, in dem eine Harmonisierung des Strafrechts erfolgen kann, ABIEU Nr. L 326 v. 29.11.2022, S. 18. Ein im April 2020 von der Kommission vorgelegter Vorschlag, »bestimmte Formen geschlechtsspezifischer Gewalt« ebenfalls aufzunehmen (COM[2020] 152 final v. 05.03.2020), wurde bislang nicht aufgegriffen.

703 Namentlich »Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität« sowie – infolge Beschluss (EU) 2022/2332 – »Verstöße gegen restriktive Maßnahmen der Union«.

704 Zur hier nachfolgend ausgeklammerten, weil für den Untersuchungsgegenstand nicht weiter bedeutsamen Frage, ob parallel zu dieser Anweisungskompetenz (*qua* Richtlinien) auch noch eine Assimilierungskompetenz (*qua* Verordnungen) (fort-) besteht, siehe nur *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 27 sowie *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 7 Rn. 14, jeweils m.w.N.

705 Zur – hier nicht näher relevanten – Reichweite der primärrechtlichen Kompetenzvorschriften sei auf die einschlägigen Kommentierungen und Lehrbücher verwiesen, u.a. auf *Satzger*, in: Streinz³, Art. 83 AEUV Rn. 1 ff.; *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 1 ff.; *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 83 AEUV Rn. 1 ff.; *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 8; *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 143 ff.;

Säule« des Gemeinschaftsrechts eine das Kriminalstrafrecht umfassende Anweisungskompetenz bestanden habe.⁷⁰⁶

Umstritten ist hingegen, ob sich – *qua* Richtlinie – eine Strafrechtsharmonisierung oder sogar – *qua* Verordnung – der Erlass supranationaler Straftatbestände auf weitere Kompetenzvorschriften des AEUV stützen lässt. Im Vordergrund steht hierbei mit Art. 325 Abs. 4 AEUV eine Zentralvorschrift zum Schutz der finanziellen Interessen der Union. Diese enthält im Unterschied zu Vorläufervorschriften nicht mehr eine Einschränkung, dass die auf diese Norm gestützten Maßnahmen das Strafrecht in den Mitgliedstaaten »unberührt« lassen. Aus der mit dem Vertrag von Lissabon erfolgten Streichung dieser Klausel lässt sich schließen, dass Art. 325 Abs. 4 AEUV nunmehr auch eine implizite Kompetenzübertragung für Maßnahmen mit strafrechtlichem Gehalt enthält.⁷⁰⁷ Die mit teils machtpolitischem Hintergrund vorgebrachten Gegenargumente⁷⁰⁸ können aufgrund der ausdrücklichen Streichung, die mehr ist als ein bloßes Schweigen des Unionsverfassungsgebers, nicht überzeugen, ebenso wenig die Bedenken hinsichtlich des explizit nur bei Art. 83 AEUV bestehenden Notbremsemechanismus.⁷⁰⁹ Dass das europastrafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GrCh eine Strafbarkeit »nach innerstaatlichem oder internationalem Recht« verlangt, ist historisch bedingt und insbesondere dem Gleichlauf zu Art. 7 EMRK geschuldet,⁷¹⁰ dient jedoch nicht dem Ausschluss supranationalen Rechts als Strafrechtsquelle.

Safferling, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 47 ff.; siehe ferner *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (15 f.).

706 EuGH [GK], Urt. v. 13.09.2005 – C-176/03 (Kommission ./ Rat) sowie EuGH [GK], Urt. v. 23.10.2007 – C-440/05 (Kommission ./ Rat); hierzu ergänzend, statt vieler, *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (17); siehe zudem bereits oben § 1 III. 1. a) aa) bei und mit Fn. 661.

707 Hierzu, statt vieler, *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 9 Rn. 22 m.w.N.; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht², § 2 Rn. 125; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 4 Rn. 68 ff.; *Jähnke/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 128 ff.; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 8 Rn. 18 ff., insbes. Rn. 25; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (18); *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 5, 6b.

708 Hierzu *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 6a m.w.N. sowie *Bechtel*, ZStW 133 (2021), 1049 (1052 ff.).

709 Hierzu erneut *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 6a m.w.N.

710 Vgl. *Eser/Kubicjel*, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 49 GrCh Rn. 16 ff.

Dieselbe Argumentation lässt sich jedenfalls auf Art. 33 AEUV betreffend den Schutz des Zollwesens übertragen, da auch dort im Vergleich zur Vorläufervorschrift ein Strafrechtsvorbehalt gestrichen wurde.⁷¹¹ Differenzierter zu betrachten sind hingegen weitere Bestimmungen des AEUV, die in strafrechtsrelevanten Bereichen zu »Maßnahmen« ermächtigen, wie insbesondere Art. 79 Abs. 2 lit. c und d AEUV (illegale Einwanderung und Menschenhandel).⁷¹² Dort ist nämlich ein systematischer Ausgleich mit Art. 83 AEUV zu finden und zudem zu berücksichtigen, dass insoweit die Aussage des Normsetzers im Vertrag von Lissabon weniger explizit ist als bei Art. 33, 325 Abs. 4 AEUV.⁷¹³

bb) Typologie und Struktur

Gestützt auf Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV sowie auf Vorläufervorschriften⁷¹⁴ liegt ein inzwischen beachtlicher Bestand an Rahmenvorgaben an die nationalen Strafgesetzgeber vor.⁷¹⁵ Mit Ausnahme der beiden Rechtsakte zur Querschnittsmaterie der Vermögensabschöpfung (RL 2014/42/EU und RB 2005/212/JI)⁷¹⁶ beziehen sich diese jeweils auf einen konkreten (wenngleich teils diffusen), aus dem Titel des Rechtsakts ersichtlichen Kriminalitätsbe-

711 Statt vieler *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 9 Rn. 23 m.w.N. sowie *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 6, 6b; a.A. *Jähne/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 126 f.

712 Eine Strafrechtsetzungskompetenz bejahend u.a. *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 44 ff.

713 Wie hier krit. u.a. *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 9 Rn. 23 m.w.N. sowie *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (18); *Jähne/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 127; *Thym*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 79 AEUV Rn. 35; *J. Vogel/Brodowski*, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 5 Rn. 6, 6b.

714 Zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen siehe die Übersicht unten Anhang B V. 1.

715 Ausgeklammert werden nachfolgend indes Übereinkommen und Protokolle, die innerhalb der EU auch mit strafrechtlichem Gehalt geschlossen wurden. Diese entfalten für die heutige Rechtslage kaum noch Bedeutung und bewegen sich typologisch zwischen den hier geschilderten sekundärrechtlichen und den unten § 1 III. 1. c) analysierten völkerrechtlichen Maßgaben. Zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit strafrechtlichem Gehalt durch die EU und den daraus resultierenden Maßgaben an das Strafrecht in den Mitgliedstaaten siehe bereits oben § 1 II. 1. d) bb) (1) in Fn. 268.

716 Zu diesen siehe bereits oben § 1 II. 1. d) bb) (6).

reich.⁷¹⁷ Mit Ausnahme des »illegale[n] Waffenhandel[s]« liegt zu jedem der in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Kriminalitätsbereiche⁷¹⁸ ein (wenn auch nicht immer erschöpfender) Rechtsakt vor;⁷¹⁹ zu den harmonisierten Politikbereichen hingegen bislang nur eine Handvoll.⁷²⁰ Die Rechtsetzung erfolgt jeweils *bereichsbezogen* und *bereichsspezifisch*, in Abgrenzung zu einem auf eine kohärente Gesamtkodifikation zielenden Vorgehen. Die daraus folgende Gefahr inkohärenter Regelungen wurde vom europäischen Gesetzgeber zwar erkannt und führte seitens des Rates⁷²¹, der Kommission⁷²² und des Parlaments⁷²³ jeweils zu Überlegungen der Gewährleistung einer legislatorischen Stringenz,⁷²⁴ aber man konnte sich – jedenfalls bislang – nicht auf einen einheitlichen und vor allem verbindlichen Rahmen einigen.⁷²⁵

Gleichwohl ist die formale Struktur der Rechtsakte sehr homogen:⁷²⁶ Nach der *Präambel*, in der neben der Rechtsgrundlage auf das Gesetzgebungsverfahren verwiesen wird, folgen umfangreiche und (nur) für die Auslegung des Rechtsaktes bedeutsame⁷²⁷ *Erwägungsgründe*. Nach einer Überleitungs-

717 Nicht nur aus kompetenziellen Gründen verständlich, sondern auch der Normenklarheit dienlich ist es, dass sich dessen Bezeichnung zumindest teilweise der in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Begriffe bedient, soweit sich der Rechtsakt auf diese Kompetenzgrundlage stützt.

718 Siehe oben in Fn. 703; zu »Verstößen gegen restriktive Maßnahmen der Union« – vgl. Beschluss (EU) 2022/2332 – liegt ein Kommissionsvorschlag vor, COM(2022) 684 final v. 02.12.2022.

719 Siehe hierzu unten Anhang B. Zum Bereich des illegalen Waffenhandels plant die Kommission eine Konsultation, ob eine Harmonisierungsmaßnahme zu ergreifen ist, COM(2020) 608 final v. 24.07.2020, S. 12.

720 Dies sind RL (EU) 2017/1371 (Schutz der finanziellen Interessen der EU) und RL 2014/57/EU (Marktmanipulation) sowie die in der vormaligen »ersten Säule« erlassenen RL 2008/99/EG (Schutz der Umwelt), RL 2005/35/EG i.d.F. RL 2009/123/EG (Meeresverschmutzung durch Schiffe) und RL 2009/52/EG (illegale Beschäftigung).

721 Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rates im Bereich des Strafrechts (Ratsdok. 16798/09, Ratsdok. 16542/2/09 REV 2).

722 KOM(2011) 573 endg. v. 20.09.2011.

723 Europäisches Parlament, Initiativbericht 2010/2310(INI).

724 Siehe auch die vergleichende Darstellung in Ratsdok. 10137/15.

725 Vgl. *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (112). Zum Aspekt des Schuldprinzips in diesen Versuchen einer Selbstbindung siehe bereits oben § 1 II. 2. a) cc).

726 Die nachfolgende Darstellung bezieht sich auf die neueren, auf Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV gestützten Richtlinien. Die vorhergehenden Richtlinien und Rahmenbeschlüsse folgten im Wesentlichen demselben Muster, wenngleich in letzteren auf die einleitende Bestimmung des »Gegenstand[s]« in Art. 1 des jeweiligen Rechtsakts noch verzichtet worden war.

727 Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.05.1997 – C-355/95 P (TWD ./ Kommission), Rn. 21: »[D]er verfügende Teil eines Rechtsakts [kann] nicht von seiner Begründung getrennt

floskel folgt der *operative Teil* der Richtlinie, sprich dessen einzelne Artikel. Hierbei wird zunächst deren »Gegenstand« und damit deren (für die teleologische Interpretation bedeutsamer) Zweck definiert und dabei in nur teilweiser Wiederholung der Worte aus Art. 83 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AEUV der nachfolgende Inhalt der Richtlinie benannt, namentlich dass diese »Mindestvorschriften« für die »Definition«⁷²⁸ von »Straftatbeständen«⁷²⁹ und die »Festlegung«⁷³⁰ von – nur teilweise ausdrücklich als »strafrechtlich« bezeichneten⁷³¹ – »Sanktionen«⁷³² für den entsprechenden Kriminalitätsbereich enthält.⁷³³ Es folgen typischerweise⁷³⁴ zunächst isolierte Begriffsdefinitionen, die z.T. auf andere EU-Rechtsakte Bezug nehmen. Anschließend finden sich die eigentlichen Pönalisierungsverpflichtungen,⁷³⁵ die explizit die Mitgliedstaaten als Adressaten benennen. Diese haben »die erforderlichen Maßnahmen« zu »treffen«, um »sicherzustellen, dass folgende vorsätzlich begangene Handlungen«⁷³⁶ »als Straftat geahndet werden«, ⁷³⁷ »eine strafbare Handlung darstell[en]«⁷³⁸ oder »unter Strafe gestellt werden.«⁷³⁹ Die neueren Formulierungen bringen dabei besonders deutlich zum Ausdruck, dass entscheidend eine bestimmte Rechtslage (Strafbarkeit) ist und dass nur, soweit diese Rechtslage noch nicht gegeben ist, die Legislative tätig werden muss. Die unter Strafe zu stellenden Verhaltensweisen sind dann in unterschiedli-

werden [...], so daß er, wenn dies erforderlich ist, unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen ist, die zu seinem Erlaß geführt haben.« Umfassend zur Bedeutung der Erwägungsgründe für die Auslegung von Richtlinien *Baratta*, *Complexity of EU law in the domestic implementing process*, S. 8 ff. m.w.N.

728 Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV: »Festlegung«. In der englischen Sprachfassung ist jeweils von »definition« die Rede.

729 Nicht in Art. 1 Abs. 1 RL 2014/57/EU; Art. 1 RL 2011/92/EU und Art. 1 RL 2011/36/EU sprechen stattdessen von »Straftaten«.

730 Nur in Art. 1 RL (EU) 2019/713, Art. 1 RL (EU) 2017/541 und Art. 1 RL 2014/62/EU.

731 Art. 1 RL (EU) 2019/713, Art. 1 RL 2014/62/EU, Art. 1 Abs. 1 RL 2014/57/EU.

732 Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV: »Strafen«.

733 Anders im querschnittsbezogenen Art. 1 Abs. 1 RL 2014/42/EU: »Mindestvorschriften für die Einziehung von Vermögensgegenständen in Strafsachen«.

734 Ausnahme: RL 2011/36/EU (Menschenhandel).

735 Anders in der querschnittsbezogenen RL 2014/42/EU.

736 Alternativ »vorsätzliche Begehungsweise folgender Handlungen« (Art. 3 RL [EU] 2018/1673) bzw. »folgenden Handlungen [...], wenn sie vorsätzlich begangen werden« (Art. 3 Abs. 1 RL 2014/62/EU). Teils ist die Verhaltensweise in diesen Wortlaut integriert, so in Art. 6 RL (EU) 2019/713.

737 So exemplarisch Art. 3 RL (EU) 2019/713.

738 So exemplarisch Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2017/1371; ähnlich z.B. Art. 3 Abs. 1 RL 2014/57/EU (»Straftat darstellt«). Wieder anders Art. 3 RL (EU) 2017/541: »als terroristische Straftaten eingestuft werden«.

739 Art. 3 Abs. 1 RL 2014/62/EU.

chem Abstraktionsgrad formuliert,⁷⁴⁰ teils mit expliziten Ermunterungen zu weiterreichender Inkriminierung,⁷⁴¹ teils mit Öffnungsklauseln versehen.⁷⁴² Diese Flexibilität ist jeweils als Ausdruck politischer Kompromissfindung und damit bewusster Ambiguität zu verstehen, unterwirft aber auch eine über das Mindestmaß hinausgehende Pönalisierung dem Anwendungsbereich der Richtlinie und hieran anknüpfender Regelungen.⁷⁴³

Neben Regelungen zur Vermögensabschöpfung folgen sodann vor allem Regelungen über die Pönalisierung der Anstiftung, der Beihilfe und des Versuchs der vorgenannten Verhaltensweisen,⁷⁴⁴ sowie – indes nicht durchgängig – die Spezifizierung von Mindesthöchststrafen.⁷⁴⁵ Weitere flankierende Vorschriften betreffen beispielsweise die – hier ausgeklammerte – Sanktionierung juristischer Personen sowie das Strafanwendungs-⁷⁴⁶ und bislang nur einmal das Verjährungsrecht.⁷⁴⁷ Im Schlussteil einer Richtlinie findet sich zunächst eine Bestimmung einer – bis zu zweijährigen – Frist zur Umsetzung der vorgenannten Maßgaben. Der Europäischen Kommission wird sodann typischerweise sowohl eine Berichtspflicht auferlegt, »inwieweit die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen getroffen haben, um dieser Richtlinie nachzukommen«,⁷⁴⁸ als auch eine Evaluierungspflicht

740 So setzt Art. 4 lit. a RL (EU) 2019/713 ein Begriffsverständnis des »Diebstahl[s]« voraus, während Art. 6 lit. b RL (EU) 2019/713 es als (Zwischen-)Erfolg konkretisiert, dass »Computerdaten unrechtmäßig eingegeben, verändert, gelöscht, übertragen oder unterdrückt werden.«

741 So exemplarisch Art. 5 lit. c RL (EU) 2019/713: Inkriminierung »zumindest« (!) bei Kenntnis der deliktischen Herkunft.

742 So z.B. Art. 3 Abs. 2 RL (EU) 2018/1673 (»Die Mitgliedstaaten können [...]«), Art. 3 Abs. 1 RL 2014/57/EU (Inkriminierung »zumindest in schwerwiegenden Fällen«) und Art. 5 Abs. 7, Abs. 8 RL 2011/92/EU (»Es liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten zu entscheiden, [...]«).

743 Neben der Konkretisierung, bei welchen Delikten die Prüfung beiderseitiger Strafbarkeit gemäß den Instrumenten gegenseitiger Anerkennung jedenfalls entfällt, betrifft dies maßgeblich die sachliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft nach Art. 22 VO (EU) 2017/1939; hierzu *Brodowski*, in: Herrmfeld/Brodowski/Burchard, Art. 22 EUStA-VO Rn. 92.

744 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (2), § 1 II. 1. d) bb) (3) sowie die Übersicht unten Anhang B V. 3.

745 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (5). In RL 2011/92/EU ist dies – wegen einer atypischen Vielzahl an Sanktionierungsstufen – bereits in den Regelungen über die einzelnen Pönalisierungspflichten integriert.

746 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (1) sowie die Übersicht unten Anhang B V. 2.

747 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (4).

748 So z.B. Art. 21 Abs. 1 RL (EU) 2019/1371. Allgemein hierzu unten § 5 II. 1. d) bb).

über die »Auswirkungen«⁷⁴⁹ bzw. den »Mehrwert«⁷⁵⁰ der Richtlinie samt der »Auswirkungen auf die Grundrechte und -freiheiten«.⁷⁵¹ Abschließend wird das alsbaldige Inkrafttreten der Richtlinie angeordnet.⁷⁵²

cc) Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben

Um jeglichen Missverständnissen entgegenzutreten, ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei den vorgenannten sekundärrechtlichen Pönalisierungsvorgaben nicht um Straftatbestände handelt, sondern um an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtungen.⁷⁵³ Dies verbietet jegliche unmittelbare Anwendung der Richtlinien zum Nachteil der Betroffenen; entscheidend ist die Wortlautgrenze der in den Mitgliedstaaten jeweils bestehenden Strafvorschriften.⁷⁵⁴ Zudem folgt aus dem bei Art. 83 AEUV einzig zur Verfügung stehenden Instrument der Richtlinie – wie im Kontext von den Allgemeinen Teil betreffenden Maßgaben schon ausgeführt⁷⁵⁵ –, dass entscheidend die Verfolgung des Ziels ist, während den Mitgliedstaaten die »Wahl der Form und der Mittel« (Art. 288 AEUV) verbleibt. Doch diese Formulierung ist höchst missverständlich: Verfolgt eine auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützte Richtlinie ausweislich ihres Titels die Korruptionsbekämpfung, so ist nicht dies das Ziel i.S.d. Art. 288 AEUV, sondern die im operativen Teil der Richtlinie, d.h. deren Art. 1 ff., näher ausgeführten Zielvorstellungen, welche Verhaltensweisen in den Mitgliedstaaten unter Kriminalstrafe zu stellen (und teils mit welcher Mindesthöchststrafe zu belegen) sind.⁷⁵⁶ Nur innerhalb dieses, teils sehr konkret determinierten Rahmens⁷⁵⁷ verbleibt den Mitgliedstaaten die »Wahl der Form und der Mittel«. Der den Mit-

749 So z.B. Art. 21 Abs. 2 RL (EU) 2019/1371.

750 So z.B. Art. 14 UAbs. 2 RL (EU) 2018/1673. Allgemein hierzu unten § 5 II. 1. d) cc).

751 So die Formulierung in Art. 14 UAbs. 2 RL (EU) 2018/1673.

752 Zum Begriff des Inkrafttretens und der Geltung aus unionsrechtlicher Sicht siehe zusammenfassend *M. Jahn/Brodowski*, in: FS Neumann, S. 883 (891 ff.) m.w.N.

753 Siehe nur *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 8 Rn. 41; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 47.

754 Siehe nur *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 28 sowie EuGH [GK], Urt. v. 03.05.2005 – C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (Berlusconi u.a.), Rn. 73 f.; hierzu und zur *Taricco*-Rechtsprechung des EuGH siehe soeben Fn. 648.

755 Siehe oben § 1 II. 1. d) bb) (2) sowie ergänzend § 1 II. 1. d) bb) (3) m.N.

756 *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 8 Rn. 41; *Walther*, NZWiSt 2015, 255 (256); vgl. auch *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 7; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 48.

757 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 112 f.

gliedstaaten verbleibende Spielraum betrifft daher – in der *Binding*'schen Terminologie – grundsätzlich nicht die *Verhaltensnorm* als solche und auch die *Sanktionsnorm* nur zum Teil.

Stattdessen besteht der den Mitgliedstaaten verbleibende Spielraum erstens darin, die europäisch determinierte Verhaltensnorm mit anderen, rein national determinierten Verhaltensnormen zu vermengen und einen dergestalt »kombinierten« Straftatbestand zu schaffen. Als Beispiel hierfür möge der Straftatbestand des Betruges (§ 263 Abs. 1 StGB) stehen, der in weitem Umfang eine rein national determinierte Verhaltensnorm enthält, in gewissen Bereichen aber auch der Umsetzung der PIF-Richtlinie dient.⁷⁵⁸ Damit geht auch die grundsätzliche⁷⁵⁹ Befugnis der Mitgliedstaaten einher – wie auch aus der Natur der »Mindestvorgaben« folgt –, die Kriminalisierung über das europäisch determinierte Maß hinaus auszuweiten.⁷⁶⁰ Zweitens ist an die in manchen Richtlinien explizit den Mitgliedstaaten eingeräumten Handlungsoptionen zu erinnern.⁷⁶¹ Drittens enthalten Richtlinien nicht stets eine klar umgrenzte Vorgabe, welche Verhaltensweise unter Strafe zu stellen ist.⁷⁶² Während manche hierin einen Verstoß gegen Art. 49 Abs. 1 GRCh (*nulla poena sine lege*) sehen,⁷⁶³ stellt dies keinen Grundrechtsverstoß dar, weil es sich bei der europäischen Vorgabe gerade nicht um einen Straftatbestand handelt, der dem Bürger gegenüber unmittelbare Wirkungen entfalten könnte.⁷⁶⁴ Vielmehr kann dies Ausdruck politisch gewollter Ambiguität sein. Allerdings sind die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung verpflichtet, ihrerseits dem (jedenfalls europäischen⁷⁶⁵) Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen und nötigenfalls die Verhaltensnorm näher zu konturieren.⁷⁶⁶ Solche Formu-

758 Vgl. nur BRAK-Stellungnahme Nr. 39/2018, S. 4 f.

759 Zu Begrenzungen siehe unten § 1 IV.

760 *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 7; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 8 Rn. 41; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 48 ff., auch zur Ausnahme.

761 Hierzu soeben bei und mit Fn. 743.

762 Hierzu soeben bei und mit Fn. 740.

763 In diese Richtung *J. Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 83 AEUV Rn. 35 sowie Ratsdok. 16542/REV 2/09; hiergegen die Kommission, KOM(2011) 573 endgültig v. 20.09.2011, S. 8.

764 Zutr. hierauf hinweisend KOM(2011) 573 endgültig v. 20.09.2011, S. 8.

765 Die Anwendbarkeit des Art. 49 Abs. 1 GRCh ergibt sich hier zwanglos aus der Durchführung des Unionsrechts durch Umsetzung der Richtlinie; hierzu nur *Jarass*, GRCh⁴, Art. 51 GRCh Rn. 29; *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 51 GRCh Rn. 10; *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179 (181 in Fn. 21).

766 Missachtete der nationale Strafgesetzgeber dies, drohte die Nichtigkeit der Strafvorschriften und daher eine Nichtumsetzung, die ihrerseits einen Verstoß gegen das Primärrecht darstellt.

lierungen (z.B. »Diebstahl« in Art. 4 lit. a RL (EU) 2019/713) können somit – je nach Einzelfall – als Verweis auf die möglicherweise divergierenden, vorfindlichen mitgliedstaatlichen Konzeptionen zu verstehen sein,⁷⁶⁷ alternativ als implizite Befugnis zur Konkretisierung und Ausgestaltung der Verhaltensnorm durch die Mitgliedstaaten, oder auch als Begriff, der europäisch-autonomer Auslegung bedarf.⁷⁶⁸ Ein weiterer, weniger normativ denn kriminalpolitisch sublim wahrnehmbarer Faktor ist es, dass die Fehlerfolgen einer unzureichenden Umsetzung begrenzt sind: Die Europäische Kommission hat ein Ermessen, ob sie ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) wegen unzureichender Umsetzung einleitet,⁷⁶⁹ andere Mitgliedstaaten nur eine Befugnis und keine Pflicht nach Art. 259 AEUV, da sie nicht die »Hüter der Verträge« sind.⁷⁷⁰ Leitende Kriterien sind für die Kommission die Evidenz des Umsetzungsverstoßes und dessen Gewicht,⁷⁷¹ was im Umkehrschluss bedeutet, dass geringfügige Unterschreitungen der Umsetzungsverpflichtung – selbst wenn sie in Evaluationsberichten der Kommission Erwähnung finden – folgenlos bleiben können. Weil die äußere Grenze der Strafbarkeit durch den nationalen Straftatbestand determiniert ist, kann diese Frage zudem selten in einem konkreten Strafverfahren entscheidungserheblich sein und daher Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) werden.⁷⁷² Die vorgenannten Faktoren bieten zugleich Möglichkeiten, notwendige Änderungen der Strafrechtsordnung so »schonend« vorzunehmen, dass die nationale Strafrechtsordnung kohärent bleibt.⁷⁷³ Bezogen auf die

767 So die zu Begriffen des Allgemeinen Teils und zur Konstruktion juristischer Personen teils vertretene Auffassung, siehe hierzu oben § 1 II. 1. d) bb) (2) m.w.N.

768 Zur europäisch-autonomen Auslegung von Begriffen des Unionsrechts siehe *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*⁴, § 10 Rn. 4 m.w.N.

769 Siehe nur EuGH, Urt. v. 17.05.1990 – C-87/89 (Sonito u.a.), Rn. 6 sowie *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 258 AEUV Rn. 43 f.; *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 258 AEUV Rn. 14 ff.; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 258 AEUV Rn. 17.

770 Vgl. *Ehricke*, in: *Streinz*³, Art. 259 AEUV Rn. 1; *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 259 AEUV Rn. 1; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 259 AEUV Rn. 1.

771 In diesem Sinne eine Mitteilung der Kommission: »EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung«, ABIEU Nr. C 18 v. 19.01.2017, S. 10 (14). Diese Ermessenskriterien normativ untermauernd *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 258 AEUV Rn. 43 f.; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 258 AEUV Rn. 17.

772 *Brodowski*, in: *Herrnfeld/Brodowski/Burchard*, Art. 22 EUStA-VO Rn. 7.

773 Ob darüber hinausgehend ein »strafrechtsspezifisches Schonungsgebot« (*Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, S. 166 ff.; *Satzger*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 9 Rn. 9 m.w.N.) auch die Wirkung hat, primärrechtskonforme

hiesige Fragestellung unterstreichen sie eine gewisse Diffusität des *qua* Sekundärrechts statisch vorgegeben Rahmens.

dd) Zur Umsetzung von kriminalstrafrechtlichen Vorgaben durch das bzw. im StGB

Es obliegt, wie soeben dargelegt, jedenfalls den Gesetzgebern in den Mitgliedstaaten, in welchen Gesetzen und Paragrafen die unionsrechtlich geforderten Pönalisierungen loziert werden; der deutsche Strafgesetzgeber wählt – ohne dass ein klares Muster erkennbar wäre – zum Teil das StGB, zum Teil nebenstrafrechtliche Kodifikationen. Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand (hier: der BT des StGB) ergibt sich holzschnittartig folgendes Bild hinsichtlich dessen Konstitutionalisierung durch Vorgaben des Unionsrechts:⁷⁷⁴ Im *Staatsschutzstrafrecht* i.w.S. (§§ 80 ff. StGB) sowie bei manchen Amtsdelikten lassen sich Schutzerstreckungen auf die EU (explizit in §§ 108d, 108e Abs. 3 Nr. 4 StGB) auf die allgemeine Loyalitätsverpflichtung (Art. 4 Abs. 3 AEUV) zurückführen, bei den Rechtspflegedelikten (§§ 146 ff. StGB, dort explizit in § 162 Abs. 1 StGB) sowie bei Geheimschutzvorschriften auf deren Konkretisierungen. Der Straftatbestand der *Bildung krimineller Vereinigungen* (§ 129 StGB) ist – zumindest teils – in einem Rahmenbeschluss fundiert (RB 2008/841/JI [Organisierte Kriminalität]), ebenso Teile des § 130 StGB und weniger flankierender Tatbestände in Bezug auf den RB 2008/913/JI (Rassismus und Fremdenfeindlichkeit); das *Terrorismusstrafrecht* der §§ 89a–89c, 129a–129b StGB ist inzwischen maßgeblich durch europäisches Sekundärrecht determiniert (RL [EU] 2017/541 [Terrorismusbekämpfung]) und daher versteinert.⁷⁷⁵ In Bezug auf den Achten Abschnitt (*Geld- und Wertzeichenfälschung*, §§ 146 ff. StGB) ist neben der offensichtlichen Fundierung in RL 2014/62/EU (Geldfälschung) auch an die RL (EU) 2019/713 (unbare Zahlungsmittel) zu denken. Das *Sexualstrafrecht* (§§ 174 ff. StGB) unterliegt nur in Bezug auf die »sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern« der Unionskompetenz und ist insoweit, wie auch die Strafvorschriften des *Menschenhandels* und der *Zwangsprostitution* (§§ 232, 232a

(1) Umsetzungsverpflichtungen aushebeln zu können, erscheint – auch angesichts der prozeduralen Option des Notbremsemechanismus (Art. 83 Abs. 3 AEUV) – zweifelhaft.

774 Siehe ergänzend die Übersichten unten Anhang A; Anhang B V. 5. sowie Hecker, *Europäisches Strafrecht*⁶, § 8 Rn. 45 ff.; Ambos, *Internationales Strafrecht*⁵, § 11 Rn. 12 ff.

775 Dies gilt unbeschadet ihres historischen Ursprungs, der (zumindest teils) in Vereinbarungen auf völkerrechtlicher Ebene zu finden ist.

StGB, flankierend auch §§ 234 und 236 StGB), durch die RL 2011/36/EU (Menschenhandel) und 2011/93/EU (sexueller Missbrauch von Kindern) europäischen Rahmenvorgaben unterworfen. Noch weiter fragmentiert ist dies im *Eigentums- und Vermögensstrafrecht* (§§ 242 ff. StGB) nebst *Urkundenstrafrecht* (§§ 267 ff. StGB): Während die bereits erwähnte RL (EU) 2019/713 (unbare Zahlungsmittel) sowie die RL [EU] 2017/1371 (Schutz der finanziellen Interessen der EU) zumeist nur zu einer teilweisen Konstitutionalisierung einzelner Tatbestände führen, bewirkt die RL (EU) 2018/1673 (Geldwäsche) trotz überschießender Umsetzung eine weitreichende Konstitutionalisierung des § 261 StGB. Eine deutliche europastrafrechtliche Fundierung durch RL 2013/40/EU (Angriffe auf Informationssysteme) ist im gesamten *IT-Strafrecht* (§§ 202a ff., 303a f. StGB) zu verzeichnen.⁷⁷⁶ Das *Wettbewerbs-* (§§ 298 ff. StGB) und *Korruptionsstrafrecht* (§§ 331 ff. StGB) ist in Bezug auf den Schutz der finanziellen Interessen der Union durch die RL (EU) 2017/1371 und den RB 2003/568/JI (Bestechung im privaten Sektor) markant, im Übrigen aber deutlich schwächer durch Rahmenvorgaben der EU denn durch andere Erscheinungsformen der Europäisierung und Internationalisierung determiniert. Hinsichtlich des *Umweltstrafrechts* (§§ 324 ff. StGB) gelten schließlich, mit indes nur begrenzten Vorgaben, die RL 2008/99/EG (Strafrechtlicher Schutz der Umwelt) und die RL 2005/35/EG i.d.F. RL 2009/123/EG (Meeresverschmutzung durch Schiffe) fort.

Diese holzschnittartige Betrachtung zeigt, dass eine aus Unionsrecht folgende Konstitutionalisierung des Besonderen Teils höchst fragmentarisch wirkt, nicht selten nur Teile der Tatbestände betrifft,⁷⁷⁷ und sich vor allem nicht auf diejenigen Bereiche des Besonderen Teils bezieht, die man (wie Tötungs-, Körperverletzungs- und auch Eigentumsdelikte)⁷⁷⁸ auf den ersten Blick für einen unverzichtbaren Kernbestand des Strafrechts halten würde. Die Ursachen dafür sind maßgeblich in den primärrechtlich begrenzten Kompetenzen der EU zu suchen. Allerdings dürfte dazu auch beitragen, dass derartige Straftatbestände bereits im Kanon der Mitgliedstaaten vorgefunden werden, also sich ohnehin parallel – teils voneinander wechselseitig beeinflusst – herausgebildet haben. Daher kann deren Bestand von der EU implizit

776 Erneut unbeschadet der historischen Entwicklung mit dem Meilenstein des Europarat-Übereinkommens über Computerkriminalität, ETS Nr. 185.

777 Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit siehe soeben bei und mit Fn. 758. Eine »normspaltende« Auslegung muss damit nicht notwendigerweise einhergehen.

778 Siehe aber Art. 3 Abs. 1 RL (EU) 2017/541 zu Fällen solcher Straftaten mit überschießender (terroristischer) Innentendenz.

vorausgesetzt werden, wie sich an den sogenannten »Listendelikten« in den rechtshilferechtlichen Instrumenten⁷⁷⁹ auch eindrücklich zeigt.⁷⁸⁰

c) *Vorgaben des Völkerrechts*

Bei den aus dem Völkerrecht folgenden Rahmenvorgaben an den deutschen Strafgesetzgeber ist zwischen den Rechtsquellen des Völkerrechts zu differenzieren:

aa) Völkergewohnheitsrecht einschließlich des *ius cogens*

Relevant für den hiesigen Untersuchungsgegenstand ist zunächst das Völkergewohnheitsrecht⁷⁸¹ einschließlich dessen zwingender Bestandteile (*ius cogens*)⁷⁸², aus dem auch legislative Handlungspflichten in Gestalt einer Pönalisierungspflicht folgen können: Das Völkergewohnheitsrecht kann nämlich ohne Weiteres einen Rechtssatz enthalten, dass die Staaten dazu verpflichtet sind, Verstöße gegen eine bestimmte Verhaltensnorm mit einer Kriminalstrafe zu belegen, um derartiges individuelles Fehlverhalten zu unterbinden.⁷⁸³ Soweit die Strafrechtsordnung dieser Maßgabe nicht entsprechen sollte, sind Staaten verpflichtet, diese hieran anzupassen; des Weiteren folgt aus der völkergewohnheitsrechtlichen Bindung die Verpflichtung, eine Entkriminalisierung in diesem Bereich zu unterlassen.⁷⁸⁴ Unbescha-

779 *Pars pro toto* Art. 2 Abs. 2 RB 2002/584/JI (Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten i.d.F. CONSLEG 2002F0584 v. 27.03.2009); darunter sind u.a. »Korruption«, »vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung«, »Betrug«, »Vergewaltigung« und »Brandstiftung«.

780 Bei Vorliegen eines dieser Listendelikte wird, nach Maßgabe des jeweiligen Rechtsinstruments, auf eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet; man könnte auch (in Anbetracht der konkreten Ausgestaltung indes etwas schief) davon sprechen, dass die Existenz einer beiderseitigen Strafbarkeit in diesem Kontext unwiderleglich vermutet wird.

781 Zum Begriff, zur Herausbildung und zu den Voraussetzungen von Völkergewohnheitsrecht siehe nur *Herdegen*, Völkerrecht²¹, § 16 Rn. 1 ff.; *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), Völkerrecht⁸, 1. Abschn. Rn. 131 ff.

782 Siehe hierzu, statt vieler, *Herdegen*, Völkerrecht²¹, § 16 Rn. 25.

783 Vgl. – am Beispiel des § 102 StGB – nur *Kreß*, in: *MK-StGB*⁴, Vor § 102 StGB Rn. 2 m.w.N.

784 Vgl. – am Beispiel des § 103 StGB a.F. (und dessen völkergewohnheitsrechtliche Fundierung entgegen BVerwGE 64, 55 [59] verneinend) – *A. Zimmermann*, Kurz-

det des Streits, ob »allgemeines«⁷⁸⁵ Völkergewohnheitsrecht durch Art. 25 GG zu Bundesrecht transformiert oder bloß dessen Anwendung angeordnet wird,⁷⁸⁶ und unbeschadet der Diskussion, ob Völkerrechtsverbrechen bereits unmittelbar als Völkergewohnheitsrecht gelten können,⁷⁸⁷ bedürfen völkergewohnheitsrechtliche Normen vorgenannten Typus in jedem Fall einer Umsetzung in den (nationalen) Strafgesetzen.⁷⁸⁸ Trotz der begrenzten Durchsetzungsmechanismen des allgemeinen Völkerrechts ist eine – auch kriminalpolitisch wirksame⁷⁸⁹ – Bindungswirkung derartiger Vorgaben zu verzeichnen, die *nota bene* auch ohne den Willen Deutschlands ent-⁷⁹⁰ und gegen den Willen Deutschlands fortbestehen⁷⁹¹ können.

(1) Völkerstrafrecht

Lehnt man unmittelbar aus dem Völkergewohnheitsrecht folgende, die innerstaatliche Strafverfolgung legitimierende Straftatbestände des Völkerstrafrechts ab,⁷⁹² lässt sich – abseits der allenfalls als Obliegenheit klassifizierbaren Regelungen des IstGH-Statuts⁷⁹³ – vertreten, dass (trotz aller Schwierigkeiten insbesondere bei Anwendung des Weltrechtsprinzips)⁷⁹⁴ eine entsprechende Pflicht zur Bereithaltung nationaler Strafvorschriften gegen

stellungnahme § 103 StGB, S. 7; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG Rn. 66.

785 Siehe hierzu nur BVerfGE 118, 124 (134); zur Streitfrage, ob auch regionales Völkergewohnheitsrecht allgemein sein kann, siehe nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG Rn. 38; *R. Hofmann*, in: Umbach/Clemens, Art. 25 GG Rn. 15.

786 Zu diesem Meinungsstreit siehe nur, statt vieler, *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG Rn. 81.

787 Hiervon geht zumindest Art. 7 Abs. 2 EMRK aus; hierzu und zum wechsellvollen Umgangs Deutschlands mit dieser Bestimmung exemplarisch *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 16.

788 Vgl. *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 17.

789 Vgl. erneut *A. Zimmermann*, Kurzstellungnahme § 103 StGB, S. 7 f.

790 *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG Rn. 36; *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 25 GG Rn. 19.

791 *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 25 GG Rn. 19.

792 Zu den historischen Vorbehalten Deutschlands im Lichte des Art. 7 Abs. 2 EMRK siehe soeben in Fn. 787.

793 Ebenso *Weigend*, in: GS Vogler, S. 197 (201) (»Anreiz«); *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 3; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 2 Rn. 88. *Ambos* bezeichnet dies als »Verpflichtung [...] faktischer Art«, *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 6 Rn. 36. Siehe ferner *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht⁵, Rn. 89 ff.

794 Vgl. nur *Bruer-Schäfer*, Der Internationale Strafgerichtshof, S. 225 ff. zu den Vorteilen einer Strafverfolgung auf internationaler Ebene.

Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Aggression besteht.⁷⁹⁵ In diesem Sinne orientierte sich die Ursprungsfassung des VStGB namentlich nicht nur an den vom IStGH-Statut vorausgesetzten Straftatbeständen, sondern darüber hinausgehend am Völkergewohnheitsrecht.⁷⁹⁶ Eine weitere Befassung mit dem Völkerstrafrecht (und auch mit der VN-Völkermordkonvention⁷⁹⁷) kann indes an dieser Stelle unterbleiben, da sich der deutsche Strafgesetzgeber für eine Kodifikation in einem Spezialgesetz und nicht im StGB entschieden hat.⁷⁹⁸

(2) Folterverbot

Das allgemeine Folterverbot zählt nach allgemeiner Auffassung zum *ius cogens*⁷⁹⁹ und hat in der völkervertraglichen VN-Antifolterkonvention⁸⁰⁰ eine Kodifizierung erfahren. Als wesentliche Komponente der Absicherung, dass das Folterverbot eingehalten wird, dürfte die Pönalisierung von Verstößen gelten, wie sie von Art. 4 VN-Antifolterkonvention vorgesehen ist. Unbeschadet der Bindung Deutschlands an diese Konvention⁸⁰¹ ist es daher dem deutschen Strafgesetzgeber kraft (nach hiesiger Interpretation: zwingenden) Völkergewohnheitsrechts verwehrt, auf die zur Absicherung des Folterverbots notwendigen Straftatbestände zu verzichten. Dies betrifft vor allem den

795 Siehe zu dieser Frage *Duffy/Huston*, in: Krenzler/Lattanzi (Hrsg.), *Rome Statute I*, S. 29 (31 f.). Ob dieser Verpflichtung vor Erlass des VStGB durch Heranziehung der allgemeinen Strafgesetze hinreichend nachgekommen war, steht auf einem anderen Blatt. Zur wechselvollen Rolle Deutschlands bezogen auf das Völkerstrafrecht siehe nur *Werle/Jeßberger*, in: MK-StGB⁴, Einleitung VStGB Rn. 19 ff.

796 *Werle/Jeßberger*, in: MK-StGB⁴, Einleitung VStGB Rn. 3 m.w.N.

797 Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, BGBl. 1954 II, S. 729 (730 ff.).

798 Hierzu *Werle*, JZ 2001, 885 (886 ff.); *Satzger*, NStZ 2002, 125 (126); *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730).

799 EGMR [GK], Urt. v. 21.11.2001 – Nr. 35763/97 (Al Adsani ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 61; ferner exemplarisch *Bungenberg*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, *Anti-Folter-VO* vor Art. 1 Rn. 9; *Fischer-Lescano*, ZaöRV 63 (2003), 717 (745); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG Rn. 32; *Wittreck*, DÖV 2003, 873 (875) sowie *M. Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, S. 516 ff.

800 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, BGBl. 1990 II, S. 246 (247 ff.).

801 BGBl. 1990 II, S. 246.

Straftatbestand der Aussageerpressung (§ 343 StGB),⁸⁰² in Teilbereichen aber auch § 340 StGB (Körperverletzung im Amt) und – ausweislich des *Daschner-Falls*⁸⁰³ – § 240 StGB.⁸⁰⁴

(3) Straftaten gegen ausländische Staaten und deren Repräsentanten

Völkergewohnheitsrechtlicher Natur⁸⁰⁵ ist des Weiteren eine alle Staaten betreffende Pflicht, Angriffe gegen Leib und Leben auf Repräsentanten ausländischer Staaten zu unterbinden und sich hierfür erforderlichenfalls auch des Strafrechts zu bedienen,⁸⁰⁶ während eine solche Rechtspflicht hinsichtlich individueller (vgl. § 103 StGB a.F.) und kollektiver Ehre (vgl. § 104 StGB) überwiegend verneint wird.⁸⁰⁷ Hiervon zu trennen ist die – nach allgemeiner Auffassung zu verneinende – Frage, ob es hierfür Spezialstrafatbestände bedarf (so die §§ 102, 104 StGB und zuvor § 103 StGB a.F.⁸⁰⁸) oder ob eine Pönalisierung durch allgemeine Strafgesetze genügt.⁸⁰⁹

bb) Völkervertragsrecht

Deutlich differenzierter zu betrachten ist die Konstitutionalisierung durch bzw. die Versteinerungswirkung von völkervertraglichen Rahmenvorgaben

802 Vgl. *Voßen-MacCormaic*, in: MK-StGB⁴, § 343 StGB Rn. 4 ff.; *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 513.

803 Siehe hierzu oben § 1 II. 1. a) bb).

804 Siehe ferner die Aufarbeitung bei *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 513 f.

805 Nur spezifisch für Diplomaten (Botschafter und Mitglieder der Botschaft) greift zudem Art. 29 des Wiener Übereinkommens vom 18. April 1961 über diplomatische Beziehungen, BGBl. 1964 II, S. 959.

806 *Kreß*, in: MK-StGB⁴, Vor § 102 StGB Rn. 2 m.w.N.; siehe ferner *Kargl*, in: NK⁵, Vor § 102 StGB Rn. 1; *Wolter*, in: SK-StGB⁹, Vor § 102 StGB Rn. 1 sowie *Lohse*, in: SSW-StGB⁵, § 102 StGB Rn. 1.

807 Vgl. *Kreß*, in: MK-StGB⁴, Vor § 102 StGB Rn. 2 m.w.N. sowie *A. Zimmermann*, Kurzstellungnahme § 103 StGB, S. 7; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 25 GG Rn. 66; sehr krit. *Wolter*, in: SK-StGB⁹, Vor § 102 StGB Rn. 1; a.A. noch BVerwGE 64, 55 (59).

808 Zu dessen Abschaffung siehe unten Anhang A VI. 27.

809 *Kreß*, in: MK-StGB⁴, Vor § 102 StGB Rn. 2 m.w.N.; siehe ferner *Wolter*, in: SK-StGB⁹, Vor § 102 StGB Rn. 1.

an das materielle Strafrecht (*treaty-based crimes*).⁸¹⁰ Zunächst zu deren Typologie: Im Kontext der Vereinten Nationen⁸¹¹ und vor allem des Europarats,⁸¹² aber auch auf multinationaler Ebene⁸¹³ hat sich ein umfangreicher Bestand an völkerrechtlichen Verträgen (auch Übereinkommen oder Konventionen) nebst Zusatzprotokollen herausgebildet, in denen sich die Vertragsstaaten (u.a.) verpflichten, bestimmtes Verhalten innerstaatlich mit Kriminalstrafe zu belegen.⁸¹⁴

(1) Ausgangspunkt: freiwillige Bindung ohne normative Konstitutionalisierung

Im Ausgangspunkt handelt es sich dabei – wie oben im Kontext des Allgemeinen Teils bereits ausgeführt⁸¹⁵ – um eine *freiwillige* Bindung der Vertragsstaaten, ein derartiges Abkommen abzuschließen und ggf. auch die Vertragsbindung wieder zu lösen. Zudem ist daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber die grundsätzliche Befugnis hat, »vom völkerrechtlich Vereinbarten abweichende Gesetze zu erlassen«.⁸¹⁶ Verbunden mit der oftmals gegebenen Möglichkeit, Vorbehalte und Erklärungen zu derartigen Ver-

810 Zu den Regelungsinhalten siehe etwa den Überblick bei Böse, ZJS 2019, 1 ff.; Böse, ZJS 2019, 85 ff.; siehe zudem Stuckenberg, in: Weigend-Symposium, S. 223 (229 f., 232 ff.).

811 Verwiesen sei exemplarisch auf die vorgenannte VN-Völkermordkonvention (soeben in Fn. 797) sowie die VN-Folterkonvention (soeben in Fn. 800); grundlegend die Aufarbeitung bei F. Meyer, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 91 ff.; siehe auch F. Meyer, ZStW 123 (2011), 1 (15 ff.).

812 Verwiesen sei exemplarisch auf die sog. »Istanbul«-Konvention (ETS Nr. 210), hierzu oben bei und mit Fn. 266, sowie das Übereinkommen über Computerkriminalität (ETS Nr. 185); grundlegend erneut F. Meyer, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 254 ff.

813 Verwiesen sei exemplarisch auf das (OECD-)Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BGBl. 1997 II, S. 2327 (2329 ff.). Zur Strafrechtsgenese bei der OECD siehe F. Meyer, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 85 ff.

814 Zur Tätigkeit des Europarats siehe – neben F. Meyer, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 273 ff. – den Überblick bei Schomburg, in: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht/U. Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht², § 4 Rn. 1 ff., 11 f.; Hecker, Europäisches Strafrecht⁶, § 3 Rn. 11, 16; Ambos, Internationales Strafrecht⁵, § 9 Rn. 24, § 10 Rn. 2 ff. sowie ferner Haase, Computerkriminalität, S. 22 f.

815 Siehe oben § 1 II. 1. d) cc).

816 BVerfGE 141, 1 (Rn. 55).

trägen anzubringen,⁸¹⁷ und unterstrichen durch die im Vergleich zu EU-Sekundärrecht deutlich größere (und politisch wohl gewollte) Ambiguität der Vorgaben⁸¹⁸ spricht dies für eine eng begrenzte *normative* Konstitutionalisierungswirkung derartiger Verträge auch für den Besonderen Teil. Bezeichnend ist auch, dass das Ratifikationsgesetz zumeist erst mit oder nach der innerstaatlichen Umsetzung beschlossen wird.⁸¹⁹

(2) Ausnahme: Resolutionen des VN-Sicherheitsrats (insbesondere S/RES/1373 [2001])

Vom vorgenannten Grundsatz ist indes eine Ausnahme anzuerkennen in Bezug auf die spezifische Pönalisierungspflicht, die der VN-Sicherheitsrat – als Organ einer durch völkerrechtlichen Vertrag geschlossenen Internationalen Organisation – vorgegeben hat.⁸²⁰ In dieselbe Richtung weist auch dessen Aufforderung, das Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus abzuschließen.⁸²¹ Aufgrund der Bindungswirkung dieser Resolution (Art. 25 VN-Charta), verknüpft mit der staatsfundamentalen Einbindung Deutschlands in die Vereinten Nationen, liegt hierdurch eine spezifische, auf das Strafrecht der Terrorismusfinanzierung bezogene Pönalisierungsverpflichtung vor. Infolge dieser ist in Deutschland ein »Zurück« dieses Strafrechtsbereichs zum *status quo ante 2001* nahezu undenkbar geworden. In diesem (Sonder-)Bereich ist daher zwar eine markante Versteinerungswirkung zu verzeichnen. Es ist indes nicht zu erwarten, dass der VN-Sicherheitsrat in anderen Bereichen derart einschneidende Pönalisierungspflichten aussprechen wird.⁸²²

817 Siehe nur *Haase*, Computerkriminalität, S. 23.

818 Siehe auch *Haase*, Computerkriminalität, S. 22: »niederschwellige[...] Ebene« und »geringere Verbindlichkeit«; ferner *Stuckenberg*, in: Weigend-Symposium, S. 223 (240): »punktuell und lose«.

819 Siehe hierzu noch unten § 2 III. 2. b) cc).

820 Resolution S/RES/1373 (2001), Nr. 1 lit. b.

821 Resolution S/RES/1373 (2001), Nr. 3 lit. d. Zu beidem aus strafrechtlicher Sicht umfassend *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 229 ff.; *Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht; ferner *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1 (20 ff., 24 f., 28 ff.).

822 Siehe hierzu erneut *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 229 ff.

(3) Kriminalpolitische Konstitutionalisierung

Nicht zu unterschätzen ist jedoch die kriminalpolitische Bedeutung völkerrechtlicher Verträge: Je stärker diese ein universales oder auch nur europäisch geeintes Verständnis von gebotenen strafrechtlichen Maßnahmen ausdrücken,⁸²³ desto stärker ist der auf den einzelnen Staaten lastende Druck, einen entsprechenden Vertrag abzuschließen⁸²⁴ und zukünftig eine bereits eingegangene Bindung aufrechtzuerhalten. Akteure, die einen entsprechenden sozialen Druck ausüben, sind dabei einerseits die »peer group«, d.h. andere Staaten, nebst den Internationalen Organisationen selbst, andererseits (nicht abschließend) Nichtregierungsorganisationen, Journalisten und die – an den Aushandlungsprozessen teils selbst beteiligte – Wissenschaft. Als Mechanismen der politischen Einflussnahme können dabei, neben Überzeugungsarbeit und klassischem »Lobbying«, zudem die öffentliche Bloßstellung von »Nachzüglern« und die Verknüpfung mit wirtschaftlichen und anderen politischen Interessen fungieren, so wenn für den Fall der Nichtratifikation eine Beschränkung der wirtschaftlichen Zusammenarbeit angedroht wird.

Exemplarisch für die kriminalpolitische Wirkmacht völkerrechtlicher Verträge mit materiell-strafrechtlichem Gehalt möge stehen, dass Deutschland sich mit seinem Zögern bei der Ratifikation des Europarat-Strafrechtsübereinkommens über Korruption⁸²⁵ auf internationalem Parkett zwar (noch) nicht vollends ins Abseits manövriert hatte, aber doch immer stärkerem »peer pressure« seitens anderer Staaten, hier vor allem der Evaluationsgruppe GRECO⁸²⁶, und zusätzlich Druck aus der Wirtschaft ausgesetzt war.⁸²⁷ Dies dürfte entscheidend dazu beigetragen haben, dass die politischen Widerstände gegen die zur Umsetzung dieses Übereinkommens notwendige Ausweitung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)⁸²⁸ letztlich überwunden werden konnten.⁸²⁹ Ähnlich nahm der öffentliche Druck bis zur Ratifikation der »Istanbul«-Konvention⁸³⁰ deutlich und stetig zu.

823 Vgl. hierzu auch *J. Vogel*, JZ 2004, 487 (488 f.).

824 Vgl. *Walther*, NZWiSt 2015, 255 (255 f.).

825 ETS Nr. 173.

826 Hierzu *Eser/Kubicjel*, Institutions against Corruption, S. 13 ff. Krit. *Rosenau*, in: SSW-StGB⁵, § 108e StGB Rn. 4; *Hauck*, wistra 2010, 255 ff.

827 Vgl. *Haase*, Computerkriminalität, S. 23.

828 Hierzu *Möhrenschlager*, in: FS Weber, S. 217 (229 f.); siehe ferner *Kempf*, in: FS Schiller, S. 359 (360 ff.).

829 Siehe hierzu nur *H. E. Müller*, in: MK-StGB⁴, § 108e StGB Rn. 9 f.; krit. *Rosenau*, in: SSW-StGB⁵, § 108e StGB Rn. 1, 4; vgl. zudem *Sinn*, in: SK-StGB⁹, § 108e StGB Rn. 1 ff.

830 ETS Nr. 210.

Gleichwohl verbleibt – auch im Vergleich zum teils diffusen EU-Sekundärrecht⁸³¹ – ein deutlicher Umsetzungsspielraum, der nicht nur aus offenen Formulierungen in den Übereinkommen selbst,⁸³² sondern auch aus einer größeren (und nur kaum verhohlenen) Bereitschaft zu (mehr oder weniger deutlichen) Abweichungen vom völkervertraglich eigentlich Gebotenen resultiert. Denn die Sanktionsmechanismen des Völkervertragsrechts sind – auch und gerade in diesem Bereich – vergleichsweise gering, können aber insbesondere durch wechselseitige Evaluierungsmechanismen⁸³³ und kontinuierliche Begleitung durch Nichtregierungsorganisationen sowie durch die Wissenschaft erneut deutliche Wirkmacht entfalten.

Es bleibt somit festzuhalten, dass völkerrechtliche Verträge aus Sicht der Kriminalpolitikwissenschaft nicht *per se* als konstitutionalisierendes Element im Sinne einer »polity« einzuordnen sind. Vielmehr handelt es sich bei dem Aushandlungs- und ggf. Ratifikationsprozess zunächst nur um eine Verhaltensweise (»politics«) zur Durchsetzung einer bestimmten kriminalpolitischen Zielsetzung (»policy«). Eine Verdichtung hin zu einem kriminalpolitisch (wenngleich nicht normativ) bindenden Rahmen findet nur im Zusammenspiel mit anderen Faktoren statt. Nur wenn der Druck der Öffentlichkeit und vor allem der politische Druck anderer Staaten ein solches Maß erreicht hat, dass eine Zustimmung politisch (im Wortsinne) alternativlos erscheint und ein Abrücken von einer bestehenden völkervertraglichen Bindung undenkbar erscheint, lässt sich von einer kriminalpolitischen Konstitutionalisierung des völkervertraglichen Rahmens sprechen. Dieser Stand einer kriminalpolitischen Bindungswirkung dürfte zwar in Teilbereichen des Terrorismus-, Korruptions- und des Sexualstrafrechts erreicht sein. Zweifelhafte erscheint dies jedoch hinsichtlich anderer völkervertraglicher Bindungen, z.B. in Bezug auf das IT-Strafrecht⁸³⁴, Sportwettmanipulation⁸³⁵ oder das Umweltstrafrecht⁸³⁶.

831 Siehe hierzu oben § 1 III. 1. b) cc).

832 Hierauf abstellend BGH, Beschl. v. 05.07.2022 – StB 7–9/22 Rn. 57 ff., bezogen auf das Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption (ETS Nr. 173) und das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption: Die »Bundesrepublik Deutschland war als Vertragsstaat frei, die wenig präzisen Vorgaben der Übereinkommen zu den Tathandlungen selbst zu konkretisieren«.

833 Grundlegend *J. Vogel*, JZ 2004, 487 ff.

834 ETS Nr. 185.

835 ETS Nr. 215.

836 ETS Nr. 172, von Deutschland 1998 unterzeichnet, aber – wie von etlichen anderen Staaten auch – bislang nicht ratifiziert.

cc) Empfehlungen (»soft law«)

Weiteren Instrumenten der internationalen Zusammenarbeit wie Empfehlungen, Monitoring-Berichten spezieller gubernativ geprägter Evaluationskommissionen wie der Financial Action Task Force (FATF),⁸³⁷ und auch Resolutionen der VN-Generalversammlung wird häufig eine *rechtliche* Bindungswirkung abgesprochen; stattdessen handele es sich bloß um eine *politische* (und daher auch leichter wieder zu lösende) Bindung.⁸³⁸ Da die Grenzziehung zwischen fehlender und bestehender rechtlicher Bindungswirkung indes nicht so leicht vornehmbar ist, hat sich der Begriff des »soft law« herausgebildet,⁸³⁹ der dessen »insgesamt reduzierte«, aber doch bestehende »Geltungskraft«⁸⁴⁰ verdeutlicht. Im Sinne der hier vorgenommenen Differenzierung zwischen strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen Konstitutionalisierungsmechanismen ist »soft law« deutlich stärker der zweiten Domäne zuzuweisen und zusätzlich zu hinterfragen, ob aus der »insgesamt reduzierte[n]« Geltungskraft überhaupt eine den Strafgesetzgeber begrenzende Konstitutionalisierung folgen kann.

Es zeigt sich aber, dass (nicht nur) in Deutschland von politischen Akteuren eine *Verpflichtung* Deutschlands entweder wahrgenommen oder jedenfalls als Argumentationsmuster verwendet wird, wenn es darum geht, auf Forderungen insbesondere der transnationalen Evaluierungsgremien GRECO⁸⁴¹ und FATF zu reagieren.⁸⁴² Auch im Übrigen sind etliche Wirkmechanismen

837 Grundlegend *J. Vogel*, JZ 2004, 487 (489 f.) sowie *Nieto Martín*, Global Criminal Law, S. 17 ff. Zu FATF siehe ferner *F. Herzog/Achtelik*, in: Herzog⁴, Einleitung Rn. 63 ff.; *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 495 (497 f.) sowie umfassend *Weißer*, ZStW 129 (2017), 961 (965 ff.); zu GRECO siehe bereits soeben in Fn. 826.

838 Exemplarisch *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 25 GG Rn. 12; zurückhaltend auch *Herdegen*, Völkerrecht²¹, § 20 Rn. 4 f.

839 *Herdegen*, Völkerrecht²¹, § 20 Rn. 4 f.; *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht⁸, 1. Abschn. Rn. 14, 68 f., 152. Zur Begriffsgeschichte *Schwarze*, EuR 2011, 3 (3 in Fn. 1).

840 *Schwarze*, EuR 2011, 3 (3).

841 Krit. hierzu exemplarisch *Rosenau*, in: SSW-StGB⁵, § 108e StGB Rn. 4; *Hauck*, wistra 2010, 255 ff.

842 Eindrucklich z.B. BT-Drs. 17/10745, S. 1 (»Deutschland hat sich verpflichtet, diese Standards [der FATF] in nationales Recht umzusetzen«); zuvor BT-Drs. 17/6804, S. 1 sowie gleichlautend BT-Drs. 17/4182, S. 4, BT-Drs. 17/3023, S. 1 (»Deutschland [...] hat sich stets zur nationalen Umsetzung der FATF-Empfehlungen bekannt.«); *Wiese*, BT-Prot. 18/130, S. 12699 (»Zusätzlich haben wir [...] die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche entsprechend den Vorgaben der Financial Action Task Force erweitert.«); moderater BT-Drs. 18/4087, S. 7 (»Darüber hinaus sind wir bestrebt,

mit denjenigen des Völkervertragsrechts vergleichbar,⁸⁴³ namentlich öffentlicher, politischer und wirtschaftlicher Druck. So kann die schwerwiegende Missachtung von Vorgaben der FATF schlussendlich dazu führen, dass Staaten auf sogenannten »schwarzen Listen« geführt werden, mit gravierendsten Konsequenzen für die wirtschaftliche Zusammenarbeit⁸⁴⁴ – und deshalb erscheint es im Ergebnis (und trotz aller vielschichtigen Bedenken⁸⁴⁵) als politisch schlicht undenkbar, dass sich Deutschland auf längere Sicht gänzlich gegen Maßgaben derartiger wirtschaftlich wirkmächtiger Gremien sträubt⁸⁴⁶ oder sogar (im Hinblick auf die hier diskutierte Statik) bereits umgesetzte Maßgaben wieder in maßgeblichem Umfang zurücknimmt. Wo es aber vergleichbar effektiver wirtschaftlicher oder politischer Ächtungsmechanismen ermangelt, kann aus »soft law« noch weniger eine Konstitutionalisierung folgen als aus dem Völkervertragsrecht. Infolgedessen dürfte sich die Konstitutionalisierungswirkung von strafrechtsbezogenem »soft law« derzeit auf das Terrorismus-, Korruptions- und Geldwäschestrafrecht⁸⁴⁷ begrenzen, mit-

den als internationale Standards geltenden Empfehlungen der [...] Financial Action Task Force (FATF) nachzukommen«. Siehe auch *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Financial Action Task Force – FATF (»Obwohl die Standards als nicht unmittelbar bindendes Recht (»soft law«) keine unmittelbare Wirkung entfalten, haben sie bislang mehr als 170 Länder für sich als verbindlich und bindend anerkannt.«); *U. Sieber*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 351 (356) (»internationale[...] Vorgaben« der FATF). Zusammenfassend zur faktischen Bindungswirkung bereits *J. Vogel*, *JZ* 2004, 487 (491): »Dass es sich selbst ein so gewichtiger Staat wie die Bundesrepublik Deutschland nicht leisten kann, derartigem Anpassungsdruck zu widerstehen, zeigt die Gesetzgebungsgeschichte der Geldwäsche«. Umfassend zu den Wirkmechanismen *F. Meyer*, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen*, S. 485 ff. und nunmehr *Weißer*, *ZStW* 129 (2017), 961 (973 ff.) sowie *Nieto Martín*, *Global Criminal Law*, S. 88 f.

843 Siehe hierzu soeben § 1 III. 1. c) bb) (3); deutlich *J. Vogel*, *JZ* 2004, 487 (491): »Funktional [...] können Evaluationsmechanismen [...] Strafrechts- und Strafprozessharmonisierung bewirken. Sie treten damit in funktionale Konkurrenz zu den klassischen rechtsverbindlichen Harmonisierungsinstrumenten des Völkervertragsrechts [...]«.

844 Vgl. *F. Herzog/Achtelik*, in: Herzog⁴, *Einleitung* Rn. 72, 74; *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 495 (499); siehe ferner *Ullrich*, *BT-Prot.* 18/130, S. 12702 (»Wir schließen [die Strafbarkeitslücke] heute und unternehmen damit einen weiteren Schritt, der uns davor bewahrt, in ein Überwachungsverfahren der OECD zu geraten oder international auf den Finanzmärkten Reputation zu verlieren«).

845 Vgl. *J. Vogel*, *JZ* 2004, 487 (491 f.).

846 *M. Korte*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 495 (499).

847 Siehe hierzu bereits *J. Vogel*, *GA* 2002, 517 (521 mit Fn. 14); *Ambos*, *ZStW* 114 (2002), 236 ff. sowie umfassend *Nieto Martín*, *Global Criminal Law*, S. 17 ff.

hin auf Bereiche, die (jedenfalls zwischenzeitlich) auch durch supranationale und völkervertragliche Fundierungen eine Konstitutionalisierung erfahren haben.

2. Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 2 GG)

Das Grundgesetz enthält nur eine einzige explizite, für sich stehende⁸⁴⁸ Pönalisierungspflicht, der zufolge »Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten,« (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG) »unter Strafe zu stellen«⁸⁴⁹ sind (Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG). Diese Verpflichtung ist zudem in staatsprägender Weise völkerrechtlich abgesichert.⁸⁵⁰ Art. 26 GG wirkt zwar hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit des Verhaltens konstitutiv (verfassungsunmittelbare Verhaltensnorm), ist aber keine verfassungsunmittelbare Strafvorschrift.⁸⁵¹ Stattdessen handelt es sich zum einen um einen (kaum justiziablen)⁸⁵² Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, entsprechende Strafvorschriften einzuführen.⁸⁵³ Zum anderen ist dieser Verfassungsbestimmung eine (eher justiziable⁸⁵⁴) Verpflichtung zu entnehmen, Aufhebungen einer bestehenden Pönalisierung

848 Zum in der Aggression der nationalsozialistischen Gewalt- und Unrechtsherrschaft liegenden Hintergrund siehe nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 53 m.w.N. Eine grundrechtsbezogene Schutzpflicht enthält diese Verfassungsnorm nicht und steht zu dieser auch nicht in Bezug, missverständlich *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 60.

849 Ohne dass dies detailliert thematisiert werden würde: mit Kriminalstrafe.

850 Art. 2 Satz 2 Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland (»2+4-Vertrag«), BGBl. 1990 II, S. 1317 (1318 ff., 1320). Wenngleich der Wortlaut dieser Bestimmung – und auch deren Satz 1 – deklaratorisch formuliert ist, ist er Bestandteil der Vertragsgrundlage geworden, weswegen hieraus eine völkerrechtliche Pflicht zur Beibehaltung des Pönisierungsauftrags entnommen werden kann; zutr. *Classen*, in: MK-StGB³, § 80 StGB Rn. 4.

851 BVerwGE 127, 302 (315) m.w.N. Neben dem klaren Wortlaut streitet auch ein historisch-systematischer Vergleich mit Art. 143 GG a.F. (verfassungsunmittelbare Strafvorschrift des Hoch- und Landesverrats) für diese Differenzierung.

852 Vgl. *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 26 GG Rn. 19.

853 Vgl. nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 53; *Classen*, in: MK-StGB³, § 80 StGB Rn. 4. Dass der Gesetzgeber dem zentralen Kern dieser verfassungsrechtlichen Pflicht erst mit nahezu 20-jähriger Verspätung nachgekommen war, spricht Bände.

854 Wenngleich nicht mit einer Individualverfassungsbeschwerde.

zu unterlassen. Die Vorschrift verbietet jedoch nicht Umgestaltungen der einfachgesetzlichen Rechtslage.⁸⁵⁵

Hinsichtlich des Umfangs dieser Pönalisierungspflicht ist zu differenzieren: Ihr Kernbereich ist durch ihren Einschub konturiert; neben die Vorbereitung der Führung eines Angriffskrieges tritt indes auch das Führen eines solchen.⁸⁵⁶ Innerhalb dieses Kernbereichs ist – samt aller verbleibender Auslegungsschwierigkeiten, etwa zu sogenannten »humanitären Interventionen«⁸⁵⁷ – auf die Strafvorschriften in § 13 VStGB und § 80a StGB zu verweisen, zuvor auf die (engeren) Vorläufervorschriften in §§ 80, 80a StGB a.F.⁸⁵⁸ Schwieriger zu beurteilen ist eine Pönalisierungspflicht bzw. eine Versteinerungswirkung des Art. 26 GG bezogen auf weitere Tatbestände, die sonstige Friedensstörungen betreffen.⁸⁵⁹ Eine an Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG unmittelbar angelehnte Generalklausel dürfte sich dabei angesichts des – verfassungsrechtlich gleichrangigen – Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) verbieten,⁸⁶⁰ bei dem Verweis auf einzelne Strafvorschriften stellen sich sogleich die Fragen einer nur fragmentarischen Umsetzung⁸⁶¹ und der hinreichenden Spezifität.⁸⁶² Bezogen auf die Strafvorschrift des Völkermordes (§ 6 VStGB; zuvor § 220a StGB) ergibt sich – so auch die ganz vorherrschende

855 Zu einer solchen Umgestaltung des einfachen Rechts siehe sogleich bei und mit Fn. 858. Auf weitere Norminhalte des Art. 26 GG, etwa zum Strafanwendungsrecht und zur Strafverfolgung, sei an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Hierzu exemplarisch *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 54 ff.

856 *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 38 (mit Erst-recht-Schluss); in diese Richtung auch BVerwGE 127, 302 (314 f.).

857 Exemplarisch für eine restriktive Sicht *Deiseroth*, NJW 1999, 3084 ff., für eine permissive Sicht *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 33, und für eine die fehlende Evidenz der Völkerrechtswidrigkeit in den Vordergrund rückende Sicht *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 26 GG Rn. 25, 25.1.

858 Zur Änderung siehe unten Anhang A VI. 19. m.w.N.

859 Unklar die Formulierung von *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 60, der Gesetzgeber sei seiner Verpflichtung durch die vorgenannten Strafbestimmungen »nachgekommen«.

860 Ähnlich *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 59. Es ergibt sich die (hier nicht klärungsbedürftige, aber durchaus kritisch zu sehende) Folgefrage, ob wegen der Gleichrangigkeit beider Verfassungsbestimmungen im Wege praktischer Konkordanz größere Abstriche bei der Normenbestimmtheit hinzunehmen wären. Zur ähnlichen Frage bezogen auf grundrechtliche Schutzpflichten einerseits und Rückwirkungsverbot andererseits siehe sogleich § 1 III. 3. a) aa) (5) bei und mit Fn. 964.

861 So *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 59.

862 So scheint *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 26 GG Rn. 21 zwischen (explizit) »in Ausführung des Verfassungsauftrags« erlassenen Strafnormen und weiteren, diesem bloß »Rechnung [tragenden]« Strafbestimmungen zu differenzieren.

Ansicht⁸⁶³ – ausweislich der Teleologie und Historie des Art. 26 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtliches Pönalisierungsgebot bzw. eine Versteinigungswirkung.⁸⁶⁴ Gleiches lässt sich für Verstöße gegen friedenssichernde Gewährleistungen des Kriegswaffenkontrollrecht (§§ 19 ff. KrWaffG⁸⁶⁵) und der strafrechtlichen Absicherung von Sanktionen des VN-Sicherheitsrates (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 AWG) bejahen,⁸⁶⁶ da sich diese evident gegen Handlungen richten, die »das friedliche Zusammenleben der Völker« zu stören geeignet sind. Da und soweit internationaler Terrorismus aus Sicht des Völkerrechts zu einer quasi-äquivalenten Bedrohung des Friedens geworden ist, schließt dies inzwischen auch die strafrechtliche Absicherung terrorismusbezogener (Individual-)Sanktionen (»targeted sanctions«) mit ein. Gleiches gilt jedenfalls für diejenigen absichtlich begangenen Tathandlungen des Terrorismusstrafrechts der §§ 89a–89c und §§ 129a, 129b StGB, welche die von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG geforderte Eignung zur Friedensstörung und damit auch eine hinreichende Schwere aufweisen.⁸⁶⁷ Diffizil ist schließlich die Beurteilung in Bezug auf § 130 StGB.⁸⁶⁸ So klar der historische Bezug sowohl des Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG als auch des § 130 StGB zur nationalsozialistischen Gewalt- und Unrechtsherrschaft ist, reicht diese gemeinsame Wurzel jedoch nicht aus. Denn unmittelbare Schutzrichtung des § 130 StGB ist nach vorherrschender Ansicht der inländische öffentliche Friede,⁸⁶⁹ diejenige des

863 *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 59; *Heitschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 26 GG Rn. 28.

864 Zur völker(straf)rechtlichen Dimension siehe bereits oben § 1 III. 1. c) aa) (1).

865 Eigentlich: »Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen)« (BGBl. 1990 I, S. 2506). Dass dieses Gesetz der Ausführung von Art. 26 Abs. 2 GG (und nicht dessen Abs. 1) dient, streitet auch aus systematischer Sicht nicht *gegen*, sondern *für* die gemeinsame Zielrichtung der Friedenssicherung.

866 So auch *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 59; *Heitschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 26 GG Rn. 28.

867 Vgl. *Wollenschläger*, in: Dreier³, Art. 26 GG Rn. 42; nicht auf das Terrorismusstrafrecht eingehend indes *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 59; *Heitschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 26 GG Rn. 28.

868 Eine (jedenfalls teilweise) Fundierung in Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG bejahend *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 59; *Heitschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 26 GG Rn. 28; *Wollenschläger*, in: Dreier³, Art. 26 GG Rn. 42.

869 Siehe nur *Schäfer/Anstötz*, in: MK-StGB⁴, § 130 StGB Rn. 2; *Lohse*, in: SSW-StGB⁵, § 130 StGB Rn. 2; jeweils m.w.N.; mit anderer Pointierung zwar z.B. *Ostendorf*, in: NK⁵, § 130 StGB Rn. 4, trotz seiner Charakterisierung als »Delikt gegen die Menschlichkeit« folgt hieraus nicht immanent eine den völkerrechtlichen Frieden störende Komponente. Gleiches gilt für die Auffassung von *Stein*, in: SK-StGB⁹, § 130 StGB Rn. 7, § 130 StGB schütze auch den ausländischen öffentlichen Frieden.

Art. 26 GG hingegen der äußere Friede.⁸⁷⁰ Eine Fundierung in bzw. eine Versteinerung durch Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG lässt sich daher allenfalls in Bezug auf solches Verhalten bejahen, bei dem mit einer Gefährdung des inneren öffentlichen Friedens eine Gefährdung des äußeren Friedens einhergeht.

3. Verfassungsrechtliche Schutzpflichten und -obliegenheiten

Nunmehr zur Frage, ob und inwieweit sich aus deutschem und/oder europäischem Verfassungsrecht Schutzpflichten mit Konsequenzen für das Strafrecht herleiten lassen. Unter einer *Schutzpflicht* ist dabei eine Verpflichtung des Staates (Legislative, Exekutive und Judikative)⁸⁷¹ zu verstehen, Beeinträchtigungen bzw. Verletzungen⁸⁷² individueller Positionen⁸⁷³ durch *Private*⁸⁷⁴ zu unterbinden,⁸⁷⁵ von einer *strafrechtlichen Schutzpflicht* lässt

870 Siehe nur *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu¹⁵, Art. 26 GG Rn. 3; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 26 GG Rn. 2; *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 26 GG Rn. 7.

871 Siehe nur BVerfGE 88, 203 (252); *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 70 ff.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 20 f.; *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 44 Rn. 6; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191 Rn. 3; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 66.

872 Es ist an dieser Stelle zumindest verfrüht, von einem »Eingriff« zu sprechen, denn dieser suggeriert eine zu Grundrechten als Abwehrrechten kongruente Konstruktion. Ähnlich *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 44, 51; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 256; *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 307; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191 Rn. 3 (jeweils »Übergriff«).

873 Ob diese Positionen zu einem »Recht« oder einem »Grundrecht« verdichtet sein müssen, ist von der dogmatischen Herleitung der Schutzpflicht und dann von ihrem Umfang abhängig.

874 Gegen Eingriffe *des Staates* greifen die Grundrechte in ihrer zentralen abwehrrechtlichen Funktion; dass nicht gerechtfertigte Eingriffe des Staates durch diesen zu unterlassen und nachdrücklich zu unterbinden sind, bedarf daher nicht eines dogmatischen Kunstgriffs staatlicher Schutzpflichten. Vgl. auch BVerfGE 88, 203 (252): Schutzpflicht gegen »Gefahren, die von anderen Menschen ausgehen«. Von anderen Staaten drohende Gefahren sowie Naturgefahren seien an dieser Stelle ausgeblendet; vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 59 mit Fn. 221.

875 Vergleichbar *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 17; *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 307; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191 Rn. 3; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 59; *L. Wörner*, Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?, § 8 B.I.1.; enger (eingriffsbezogen)

sich sprechen, wenn diese Schutzpflicht den Gesetzgeber dazu verpflichtet, zur Prävention des zu unterbindenden Verhaltens das Strafrecht einzusetzen.⁸⁷⁶ Herkömmlich wird diese strafrechtliche Verpflichtung zweiseitig interpretiert,⁸⁷⁷ d.h. sie verpflichtet den Gesetzgeber erforderlichenfalls zur Schaffung einer (neuen) Strafvorschrift und hindert ihn zugleich an einer Entkriminalisierung, d.h. begründet eine Entkriminalisierungssperre und führt damit zu einer Statik des Strafrechts. Es wird aber auch eine bloß einseitige strafrechtliche Schutzpflicht, sprich ein »Normbestandsschutz [...] für grundrechtsfördernde[s] und grundrechtsschützende[s] einfache[s] Recht[...]«⁸⁷⁸ diskutiert, die ausschließlich den Fortbestand einer bereits bestehenden Pönalisierung verfassungsrechtlich dadurch abzusichern sucht, dass sie den Wechsel zu einem nichtstrafrechtlichen Regelungsmodell erschwert.⁸⁷⁹ Zur genaueren Präzisierung des für die hiesige Untersuchung bedeutsamen Umfangs dieser Schutzpflichten ist es unerlässlich, die zentralen Theorien zu deren Fundierung im nationalen und europäischen Verfassungsrecht voneinander zu trennen.

a) Grundrechtliche Konstruktion

aa) Schutzfunktion der Grundrechte

Die wohl vorherrschende Ansicht leitet Schutzpflichten aus dem anerkannten Grundrechtskatalog her, sprich sie ergänzt die bestehenden Grundrechtsfunk-

Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 256; weitergehend *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 33 (bereits gegen Gefährdungen).

876 Wegen Art. 103 Abs. 2 GG verbietet es sich, aus Schutzpflichten eine verfassungsunmittelbare Strafnorm herzuleiten; statt aller *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 65. Unklar ist aber, was eine Richtervorlage bei zu mildem Strafrahmen bringen sollte (*Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 66): Wegen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots kann ein Gericht niemals einen höheren Strafrahmen anwenden als den bei der Tat geltenden. Daher kann die Frage, ob ein Strafrahmen in verfassungswidriger Weise zu niedrig angesetzt ist, niemals entscheidungserheblich und eine Richtervorlage niemals zulässig sein.

877 So die vorherrschende Diskussionslinie, hierzu an dieser Stelle exemplarisch *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 55 ff. m.w.N.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 291.

878 *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 136 ff.

879 *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 103 ff., 139 f. (hiergegen *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 53); siehe zudem *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 72.

tionen und insbesondere die abwehrrechtliche Perspektive (*status negativus*) um eine Schutzpflicht als *status positivus*.⁸⁸⁰

(1) BVerfGE 39, 1 (»Schwangerschaftsabbruch I«)

Gewissermaßen als Initialzündung für die Diskussion grundrechtlicher Schutzpflichten in Deutschland hatte das BVerfG im ersten Schwangerschaftsabbruchsurteil ausgehend von dem in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG statuierten Lebensschutz⁸⁸¹ dem Staat auferlegt, »sich schützend und fördernd vor dieses [sich entwickelnde, *d. Verf.*] Leben zu stellen«.⁸⁸² Zur Konstruktion und zum Gewicht der Schutzpflicht führte es näher aus:

»Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren. [...] Die Schutzverpflichtung des Staates muß um so ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist.«⁸⁸³

Das »Wie« des effektiven Schutzes überantwortete das BVerfG grundsätzlich dem Gesetzgeber.⁸⁸⁴ Insbesondere verwahrte sich das BVerfG zunächst gegen eine simplifizierende Sicht, »ob der Staat bestimmte Handlungen bestrafen muß«.⁸⁸⁵ Stattdessen brachte es deutlich zum Ausdruck, dass sich das Strafrecht in einem Wettstreit mit anderen Regulierungsansätzen befindet

880 Differenzierung nach *Jellinek*, S. 94 ff., 114 ff.; zum hiesigen Kontext nur *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 2 f. m.w.N. Ein anderer Ansatz sucht die Schutzpflichten (jedenfalls in einseitiger Wirkung als Entkriminalisierungssperre, *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 103 in Fn. 246) aus der Abwehrfunktion der Grundrechte herzuleiten, exemplarisch *Murswiek*, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, S. 91; *Lübbe-Wolff*, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, S. 69 ff. Hierzu und zu weiteren in der Literatur vertretenen Konstruktionsansätzen *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.I.1. m.w.N.

881 BVerfGE 39, 1 (36 ff.); nur ergänzend wurde auch die Menschenwürde schutzverstärkend in Bezug genommen, BVerfGE 39, 1 (41).

882 BVerfGE 39, 1 (Ls. 1).

883 BVerfGE 39, 1 (42).

884 BVerfGE 39, 1 (44).

885 BVerfGE 39, 1 (45). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG eine äquivalente Inkriminierung wie bei Straftaten gegen bereits geborenes Leben gerade nicht forderte, BVerfGE 39, 1 (45 f.).

und es mitnichten der effektivste Ansatz einer Prävention sein muss.⁸⁸⁶ Eine strafrechtliche Schutzpflicht bejahte das BVerfG demnach zunächst keineswegs absolut, sondern nur als relative »ultima ratio« im Verhältnis zu anderen Regulierungsansätzen:

»Im äußersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, kann der Gesetzgeber verpflichtet sein, zum Schutze des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen. Die Strafnorm stellt gewissermaßen die »ultima ratio« im Instrumentarium des Gesetzgebers dar. Nach dem das ganze öffentliche Recht einschließlich des Verfassungsrechts beherrschenden rechtsstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit darf er von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Jedoch muß auch dieses letzte Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist. Dies fordern der Wert und die Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes. Es handelt sich dann nicht um eine »absolute« Pflicht zu strafen, sondern um die aus der Einsicht in die Unzulänglichkeit aller anderen Mittel erwachsende »relative« Verpflichtung zur Benutzung der Strafdrohung.«⁸⁸⁷

Gleichwohl kehrte das BVerfG dieses normative Argumentationsmuster in derselben Entscheidung auch in ihr faktisches Gegenteil:⁸⁸⁸ Da es ja »ultima ratio« sei, implizierte das BVerfG für das Strafrecht eine Vermutung der hinreichend effektiven präventiven Wirkungen. Daher unterwirft es den Gesetzgeber im Hinblick auf eine potentielle Entkriminalisierung strengen Anforderungen:

»Wollte der Gesetzgeber [...] auf die strafrechtliche Ahndung verzichten, so wäre das nur unter der Voraussetzung mit dem Schutzgebot des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar, daß ihm eine andere gleich wirksame rechtliche Sanktion zu Gebote stände, die den Unrechtscharakter der Handlung (die Mißbilligung durch die Rechtsordnung) deutlich erkennen läßt und Schwangerschaftsabbrüche ebenso wirksam verhindert wie eine Strafvorschrift.«⁸⁸⁹

Angesichts der evidenten (und andernorts vom BVerfG auch anerkannten) Schwierigkeit, die präventive Wirksamkeit verschiedener Regulierungsmo-

886 BVerfGE 39, 1 (45): »Notwendig ist eine Gesamtbetrachtung, die [...] die praktische Wirksamkeit von Strafdrohungen und die Möglichkeit ihres Ersatzes durch andere rechtliche Sanktionen nicht außer acht läßt.«; ferner BVerfGE 39, 1 (46): Der Gesetzgeber »ist nicht gehindert, [...] die grundgesetzlich gebotene rechtliche Mißbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auch auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen als mit dem Mittel der Strafdrohung.«

887 BVerfGE 39, 1 (46 f.).

888 Hierzu grundlegend *Burchard*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, S. 23 (28 ff.); siehe zuvor insbes. *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 72.

889 BVerfGE 39, 1 (51).

delle zu belegen, bewirkte dies bezogen auf den Entscheidungsgegenstand eine einseitige Entkriminalisierungssperre.

(2) BVerfGE 88, 203 (»Schwangerschaftsabbruch II«)

Im zweiten Schwangerschaftsabbruchsurteil akzentuierte das BVerfG einen in der Menschenwürdegarantie liegenden »Grund« der Schutzpflicht von ihrem in Art. 2 Abs. 2 GG näher ausgestalteten »Gegenstand« und »Maß«, ⁸⁹⁰ und interpretierte die Schutzpflicht strenger ⁸⁹¹ als *Untermaßverbot*: Der Staat müsse »ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird«. ⁸⁹² In erneuter faktischer Umkehrung des Argumentationsmusters, Strafrecht sei »ultima ratio«, ⁸⁹³ erinnerte das BVerfG daran, dass strafrechtlicher Schutz eingesetzt werde, um »die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens zu schützen«, namentlich »wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.« ⁸⁹⁴ Daher – und damit wieder von einer implizierten präventiven Wirksamkeitsvermutung ⁸⁹⁵ ausgehend – sei »das Strafrecht regelmäßig der Ort, das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die darin enthaltene grundsätzliche Rechtspflicht der Frau zum Austragen des Kindes gesetzlich zu verankern«. ⁸⁹⁶ Daher öffnet die Senatsmehrheit auch nur »in begrenztem Umfang« die Türe zu alternativen nicht-strafrechtlichen »Schutzmaßnahmen anderer Art«, ⁸⁹⁷ was strenger ist als die im Leit- und Obersatz noch angedeutete Relativität, dass der Staat lediglich nicht »frei« (d.h. ohne anderweitige Gewährleistung effektiven Schutzes) »auf den

890 BVerfGE 88, 203 (Ls. 1, 251 f.).

891 Vgl. nur *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 44 Rn. 6.

892 BVerfGE 88, 203 (Ls. 6, 261).

893 Hierzu erneut *Burchard*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, S. 23 (28 ff.) sowie zuvor *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 72.

894 BVerfGE 88, 203 (258).

895 Vgl. auch BVerfGE 88, 203 (257): »Einsatz [...] des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung«.

896 BVerfGE 88, 203 (258).

897 BVerfGE 88, 203 (258); daher liegt hierin – entgegen *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 79 – auch keine Abkehr von der Figur einer »Ermessensreduktion auf Null«.

Einsatz auch des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung für das menschliche Leben [...] verzichten« dürfe.⁸⁹⁸

(3) Weitere Rechtsprechung des BVerfG

In weiterer und neuerer Rechtsprechung hat das BVerfG auf Senatsebene staatliche Schutzpflichten – über den vorgenannten Lebensschutz hinausgehend – in Bezug auf die körperliche Unversehrtheit,⁸⁹⁹ die Freiheit der Person⁹⁰⁰ und auch die Berufsfreiheit⁹⁰¹ anerkannt und die Konstruktion explizit als Untermaßverbot geschärft, aber dabei konstatiert, dass der Gehalt staatlicher Schutzpflichten »grundsätzlich unbestimmt ist.«⁹⁰² Daher sei »[d]ie Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts [...] Sache des Gesetzgebers, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen.«⁹⁰³ Bezogen auf Kollisionsfälle⁹⁰⁴ – die bei einer Strafbewehrung stets zu verzeichnen sind, da diese ihrerseits in Grundrechte eingreift⁹⁰⁵ –, inzwischen generell⁹⁰⁶ betont das BVerfG eine begrenzte Justiziabilität der Schutzpflicht; nach neuester Rechtsprechung beider Senate liegt »[e]ine Verletzung von Schutzpflichten [...] erst dann vor, wenn überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen werden, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.«⁹⁰⁷

Zu materiell-strafrechtlichen Fragen verhielt sich das BVerfG in weiteren Entscheidungen nicht. Allerdings wurde unter Inbezugnahme der Senatsrechtsprechung zu Schutzpflichten sowie von Rechtsprechung des EGMR⁹⁰⁸

898 BVerfGE 88, 203 (Ls. 8, 257). Diese Inkonsistenz und damit die Schärfe der verfassungsgerichtlichen Maßgabe ersichtlich übersehend *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 67 ff.

899 Exemplarisch BVerfGE 120, 274 (319); BVerfGE 157, 30 (Rn. 145).

900 Exemplarisch BVerfGE 120, 274 (319).

901 BVerfGE 92, 26 (46).

902 BVerfGE 142, 313 (Rn. 70); aufgegriffen u.a. in BVerfGE 156, 224 (Rn. 42).

903 BVerfGE 142, 313 (Rn. 70) m.w.N.

904 BVerfGE 92, 26 (46 f.).

905 Hierzu unten § 1 IV. 1. a).

906 BVerfGE 142, 313 (Rn. 70) bezog sich auf keine Grundrechtskollision in einem Dreiecksverhältnis, sondern auf eine Zwangsbehandlung.

907 BVerfGE 151, 202 (Rn. 148); ebenso BVerfGE 157, 30 (Rn. 152).

908 BVerfGK 17, 1 (6) mit umfangr. Nachweisen.

auf Kammerebene ein »Anspruch auf effektive Untersuchung von verdächtigen Todesfällen« entwickelt, »wobei die wirksame Ahndung von Gewaltverbrechen Teil dieser Schutzpflicht« sein soll.⁹⁰⁹ Nachfolgende Entscheidungen konkretisierten dies dahingehend, dass ein »Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung dort« bestehe, »wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter – Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person – abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann«.⁹¹⁰ Wenngleich nur auf Kammerebene entschieden, tragen diese zur weiteren Konturierung des Anwendungsbereichs strafrechtlicher Schutzpflichten auf den genannten Katalog höchstpersönlicher Schutzgüter – bzw. aus der hier maßgeblichen Perspektive: Grundrechte – bei.

(4) Positive Verpflichtungen (»positive obligations«) des europäischen Menschenrechtsschutzes

Weitreichende, sogenannte positive Verpflichtungen (»positive obligations«) leitet der EGMR in seiner Rechtsprechung zur EMRK aus den einzelnen Menschenrechten⁹¹¹ her.⁹¹² Diese wirken jedenfalls teilweise funktional-äquivalent zum Konzept der Schutzpflichten in der deutschen Grundrechts-

909 BVerfGK 17, 1 (6). Zur Frage eines »Recht[s] des Opfers auf Bestrafung« siehe *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 84 ff. m.w.N.

910 BVerfG, Nichtannahmebesch. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 10; BVerfG, Nichtannahmebesch. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 –, Rn. 11; VerfG, Nichtannahmebesch. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 –, Rn. 14; BVerfG, Nichtannahmebesch. v. 19.05.2015 – 2 BvR 987/11, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 38 = JZ 2020, 358 m. krit. Anm. *Gärditz*, JZ 2020, 362 ff.; siehe hierzu zudem die Aufarbeitung bei *Pollähne*, medstra 2021, 22 (24 ff.) sowie *Ambos*, in: FS Merkel, S. 565 (573 f.).

911 Zum »Grundrecht auf Freiheit und Sicherheit« (Art. 5 EMRK, Art. 6 GRCh) siehe noch unten § 1 III. 3. a) bb) (2).

912 Vgl. hierzu *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 44 Rn. 16; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 712 ff.; *Krieger*, ZaöRV 74 (2014), 187 (189 ff.); *Lavrysen*, Human Rights in a Positive State; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷, § 19 m.w.N.; sowie den strafrechtsbezogenen Überblick – unter Einbeziehung der berühmten Sentenz von Menschenrechten als Schild des *und* Schwert für das Strafrecht – *Tulkens*, JICJ 9 (2011), 577 (582 ff.) (zur Genese dieses Bildes S. 578 in Fn. 5); siehe ferner *Maugeri*, NJECL 4 (2013), 374 (396 ff.) sowie zurückhaltend *Esser*, in: LR²⁶, Art. 1 EMRK

dogmatik.⁹¹³ Trotz des eher für solche positiven Verpflichtungen streitenden Wortlauts der Konvention – so in Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK – sind dogmatische Fundierung und Ausgestaltung alles andere als geklärt.⁹¹⁴ Zudem ist die Rechtsprechung mit Forderungen in Bezug auf das Strafrecht deutlich zurückhaltender, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag: So verwies der EGMR in der fundamentalen Leitentscheidung zu strafrechtlichen Schutzpflichten im Sexualstrafrecht zwar darauf, dass zivilrechtliche Restitution nicht ausreichend sei. Zur Begründung führte er aber nicht nur eine implizierte Wirksamkeit des Strafrechts an (»[e]ffective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions«), sondern betonte vor allem, dass bereits ein strafrechtliches Regelungskonzept angewendet worden war, hier aber eine Inkohärenz aufwies (»this is in fact an area in which the Netherlands has generally opted for a system of protection based on the criminal law [...] in such cases, this system meets a procedural obstacle«).⁹¹⁵ Zumindest in den meisten Entscheidungen des EGMR ist auch nicht die Frage einer spezifisch materiell-strafrechtlichen Schutzpflicht, sondern die Frage hinreichender Ermittlungen⁹¹⁶ oder sonstiger Schutzmaßnahmen entscheidungserheblich gewesen, sodass das Postulat strafrechtlicher Schutzpflichten allenfalls als außer Streit gestellte Vorfrage,⁹¹⁷ bei Lichte besehen

Rn. 51, Art. 2 EMRK Rn. 26, extensiv hingegen *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, Art. 2 EMRK Rn. 35 ff. und auch *Ambos*, in: FS Merkel, S. 565 (577).

913 Zur notwendigen begrifflichen Differenzierung, auch angesichts weiterer Fallgruppen der »positive obligations« (vor allem Schutz durch Verfahren, Informations- und Teilhaberechte), siehe *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷, § 19 Rn. 2.

914 *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 44 Rn. 16; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷, § 19 Rn. 5 ff.

915 EGMR, Urt. v. 26.03.1985 – Nr. 8978/80 (X und Y ./ Niederlande), Rn. 27.

916 Eindrücklich und sehr weitreichend EGMR, Urt. v. 28.10.2014 – Nr. 25018/10 (Demirtaş ./ Türkei) sowie nunmehr EGMR, Urt. v. 04.08.2020 – Nr. 48756/14 (Tërshana ./ Albanien), Rn. 160 ff. mit der Forderung nach besonders nachdrücklicher Strafverfolgung beim Verdacht einer *gender*-motivierten Straftat. Siehe zudem *von Ungern-Sternberg*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 83 (90).

917 So zuletzt in EGMR, Urt. v. 04.08.2020 – Nr. 48756/14 (Tërshana ./ Albanien), Rn. 147: »This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions«; sodann aber Rn. 150: »The Court is satisfied that, in the absence of any arguments by the applicant that the criminal-law provisions were ineffective, there existed an effective legislative framework in Albania at the relevant time concerning crimes against life and health.«

aber nur als *obiter dictum* geäußert oder als argumentative Verstärkung herangezogen wurde:

»It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties.«⁹¹⁸

Schließlich ist festzuhalten, dass der EGMR sehr zurückhaltend (geworden⁹¹⁹) ist, auf diesem weichen Fundament aufbauend eine Konventionsverletzung aufgrund Verstoßes gegen eine Pönalisierungspflicht zu statuieren.⁹²⁰ So verneinte er dies bei bloß fahrlässiger Tötung,⁹²¹ so war die weitreichende Maßstabbildung bezogen auf das Sexualstrafrecht nicht entscheidungser-

918 EGMR [GK], Urt. v. 28.10.1998 – Nr. 23452/94 (Osman ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 115. Dies wird aufgegriffen u.a. durch EGMR, Urt. v. 28.03.2000 – Nr. 22535/93 (Kaya ./ Türkei), Rn. 85 und EGMR, Urt. v. 28.03.2000 – Nr. 22492/93 (Kılıç ./ Türkei), Rn. 62 (jeweils: »This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions.«), ferner durch EGMR [GK], Urt. v. 24.10.2002 – Nr. 37703/97 (Mastromatteo ./ Italien), Rn. 89 (»The Court reiterates that the positive obligations laid down in the first sentence of Article 2 of the Convention also require by implication that an efficient and independent judicial system should be set in place by which the cause of a murder can be established and the guilty parties punished.«) = NJW 2003, 3259.

919 Beachtlich ist, wie im Vergleich zum vorgenannten Maßstab (EGMR [GK], Urt. v. 24.10.2002 – Nr. 37703/97 [Mastromatteo ./ Italien], Rn. 89) in EGMR, Urt. v. 19.04.2012 – Nr. 49382/06 (Sašo Gorgiev ./ Nord-Mazedonien), Rn. 43 und in EGMR [GK], Urt. v. 25.06.2019 – Nr. 41720/13 (Tănase ./ Rumänien), Rn. 137 nur mehr von »holding accountable« (statt »punish«) und von »at fault« (statt »guilty«) die Rede ist.

920 Weitreichender die Interpretation bei *Tulkens*, JICJ 9 (2011), 577 (589): Pönalisierungspflicht für (vorsätzliche) Tötung, Körperverletzung und Sexualdelikte; extensiv ebenfalls *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, Art. 2 EMRK Rn. 35 ff. (vorsätzliche und grob fahrlässige Tötungen sowie »bestimmte (erfolgs-)qualifizierte Eigentums- und Vermögensdelikte«).

921 EGMR [GK], Urt. v. 17.01.2002 – Nr. 32967/96 (Calvelli und Ciglio ./ Italien), Rn. 51 ff.

heblich (sondern nur dessen Anwendung in der Praxis),⁹²² und so hat er sich bislang nicht einheitlich zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs verhalten.⁹²³ Schließlich betont der EGMR beständig den in Bezug auf solche positiven Verpflichtungen (wohl: in besonderem Maße) bestehenden, weiten Gestaltungsspielraum (»margin of appreciation«), der auch die Frage einschließt, ob strafrechtlich oder auf anderem Wege dieser Verpflichtung nachzukommen ist.⁹²⁴

Angesichts der Fundierung der GRCh in der EMRK (siehe nur Art. 52 Abs. 3 GRCh) ist die Übertragung der Dogmatik positiver Verpflichtungen in das EU-Primärrecht möglich, mittel- bis langfristig wahrscheinlich⁹²⁵ und in Ansätzen bereits erfolgt.⁹²⁶ Zugleich ist dies aber Hindernissen vor allem kompetenzieller Natur (Art. 51 Abs. 2 GRCh) ausgesetzt,⁹²⁷ die sich maßgeblich im Bereich des materiellen Strafrechts auswirken: Strafrechtliche Schutzpflichten (hier in Gestalt »positiver Verpflichtungen«) wären auf Unionsebene bereits deswegen weit weniger wirkmächtig, weil der Erlass der eigentlichen Strafnormen grundsätzlich⁹²⁸ durch die Mitgliedstaaten zu erfolgen hat und sich dem Schutzniveau der EMRK entsprechende positive

922 EGMR, Urt. v. 04.12.2003 – Nr. 39272/98 (M.C. ./ Bulgarien), Rn. 150 und 153 (»States have a positive obligation [...] to enact criminal-law provisions effectively punishing rape«), sodann aber Rn. 170.

923 Grundlegend EGMR [GK], Urt. v. 16.12.2010 – Nr. 25579/05 (A., B. und C ./ Irland), Rn. 222.

924 Siehe nur EGMR, Urt. v. 04.12.2003 – Nr. 39272/98 (M.C. ./ Bulgarien), Rn. 150; siehe ferner *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷, § 19 Rn. 3 f., 7; *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 2 EMRK Rn. 16 ff.; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 869 ff.; *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 181 ff., 287 ff.; für einen Gleichklang des »margin of appreciation« hingegen *Klatt*, ZaöRV 71 (2011), 691 (711 ff.); auf eine Einengung hinweisend indes *Krieger*, ZaöRV 74 (2014), 187 (211 f.). *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, Art. 1 EMRK Rn. 42 hält den Maßstab für enger als das Untermaßverbot des nationalen Grundrechtsschutzes.

925 Siehe nur *Maugeri*, NJECL 4 (2013), 374 (395 f.) sowie zuvor bereits *Suerbaum*, EuR 2003, 390 ff.; *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 44 Rn. 17.

926 Vgl. nur *Beijer*, Positive obligations to protect fundamental rights – any role to be played by the European Court of Justice? mit Verweis insbes. auf EuGH [GK], Urt. v. 06.10.2015 – C-362/14 (Schrems und Digital Rights Ireland ./ Data Protection Commissioner).

927 *Beijer*, Positive obligations to protect fundamental rights – any role to be played by the European Court of Justice?

928 Ausnahmen – man denke an Art. 325 Abs. 4 AEUV – sind in diesem Kontext nicht relevant. Siehe hierzu oben § 1 III. 1. b) aa).

Verpflichtungen bereits unmittelbar an diese richteten, weil diese sämtlich (auch) Vertragsstaaten der EMRK sind. Doch selbst bei einer stärkeren Konturierung positiver Verpflichtungen in der GRCh bzw. in der Rechtsprechung des EuGH wäre zudem erst die zusätzliche Hürde des Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 AEUV zu nehmen, dass einer Schutzpflicht nur durch einen gemeineuropäischen Mindeststandard Rechnung getragen werden könnte und die Union auch die Kompetenz für den betreffenden Regelungsbereich hat. Daher sind allgemeine, grundrechtlich konstruierte strafrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des EuGH kaum zu erwarten.⁹²⁹

(5) Verbleibende Unklarheiten über Reichweite, Intensität und Durchsetzbarkeit

Die rechtswissenschaftliche Literatur teilt im Wesentlichen den vorgenannten Ansatz, Schutzpflichten als eine weitere Dimension aus den Grundrechten herzuleiten und als ein Untermaßverbot zu konstruieren.⁹³⁰ An dieser Stelle

929 Den kompetenzrechtlichen Rahmen nicht näher diskutierend, aber stattdessen die Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit als (weitere) Hindernisse hervorhebend *Maugeri*, NJECL 4 (2013), 374 (401 f.).

930 Aus der verfassungsrechtlichen Literatur exemplarisch *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 219 ff.; *Calliess*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 44 Rn. 4, 8; *Hermes*, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, S. 187 ff. (bezogen auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG); *Robbers*, *Sicherheit als Menschenrecht*, S. 187; *Unruh*, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 57, 89 f.; *Calliess*, ZRP 2002, 1 ff.; *Calliess*, JZ 2006, 321 (322 ff.); *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 1 (6); *Papier*, NJW 2017, 3025 (3026 f.); *Gärditz*, JZ 2020, 362 (363) jeweils m.w.N. Aus der strafrechtlichen Literatur vor allem *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, S. 50 ff. (und zuvor bereits *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, S. 30); *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, S. 254 ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 61; *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B. *Europastrafrechtlich Maugeri*, NJECL 4 (2013), 374 (401 f.). Siehe ferner die Nachweise bei *M. Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, S. 308. Zu teils konkurrierenden dogmatischen Konstruktionen siehe bereits oben in Fn. 880 sowie ergänzend die Nachweise bei *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.I.1. Eine rechtsphilosophische Herleitung strafrechtlicher Schutzpflichten (etwa *Kühl*, GA 1977, 353 [364 f.]; *Müller-Dietz*, in: *FS Dreher*, S. 97 [108], ebensowenig der auf die Notwendigkeit einer gesellschaftlichen Stabilisierung *durch Strafrecht* fokussierte Ansatz bei *Nettesheim*, in: *Bäcker/Burchard* [Hrsg.], *Strafverfassungsrecht*, S. 93 [124 ff.]) ist hingegen nicht notwendigerweise an die Grundrechte gekoppelt.

soll vor allem den für die Konstitutionalisierungswirkung so bedeutsamen, aber in großem Umfang ungeklärten Fragen der Reichweite, Intensität und verfassungsprozessualer Durchsetzbarkeit eines solchen Schutzanspruchs nachgegangen werden:

Streit beginnt dabei bereits bei der Frage, welche (Freiheits-)Grundrechte Schutzpflichten begründen können, namentlich ob über den anerkannten Kernbereich der Schutzpflichten (Leib, Leben, Freiheit der Person; Art. 2 Abs. 2 GG)⁹³¹ nicht nur die sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG),⁹³² sondern etwa auch das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG),⁹³³ die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁹³⁴ und sogar die individuelle Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG)⁹³⁵ Gegenstand staatlicher Schutzpflichten sein können.⁹³⁶ Die logisch nachfolgende Frage, *wovor* zu schützen ist (in abwehrrechtlicher Diktion: »Eingriff«), wird nur selten ausführlich thematisiert; wenn aber, so sollen Schutzpflichten »umfassend«⁹³⁷ wirken und sogar

931 Siehe nur *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 218, 222 ff.; *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 75 ff.; *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, S. 30; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 79; zur Reichweite des Lebensschutzes insbes. *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.I.2. Enger die Analyse von *Hermes*, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, S. 187 ff., die sich thematisch auf den Schutz aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG fokussiert.

932 So zutr. *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 79. Diese Ergänzung erscheint – nicht nur angesichts der vorgenannten (Kammer-)Rechtsprechung des BVerfG – folgerichtig.

933 *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, S. 30; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 222; zurückhaltend hingegen BVerfG, *Nichtannahmebschl. v. 26.05.1998 – 1 BvR 180/88 = NJW 1998, 3264 (3265)*; ablehnend *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 78 f.

934 Dies hervorhebend *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 63.

935 So namentlich *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, S. 30; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 222; *A. Hamann*, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, S. 30.

936 Für eine Erstreckung auf alle Freiheitsgrundrechte – wenngleich mit Unterschieden in der Intensität – insbes. *Calliess*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 44 Rn. 24; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 218, 222 ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 63; *Müller-Dietz*, in: *GS Zipf*, S. 123 (127); zweifelnd *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 81 ff.

937 *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.I.2. unter Verweis auf BVerfGE 39, 1 (42).

nicht schuldhaftes Verhalten anderer Menschen adressieren, solange von diesen gegenwärtig oder auch nur drohend eine »nicht unerhebliche Einwirkung auf das Schutzgut gegen den Willen des Berechtigten« ausgeht.⁹³⁸ Der als Begrenzung vorgeschlagene Maßstab, das Verhalten müsse bereits aus verfassungsrechtlicher Sicht als »rechtswidrig« erscheinen,⁹³⁹ stößt jedoch abseits von Evidenzfällen⁹⁴⁰ auf erhebliche Bedenken der hinreichenden Bestimmbarkeit.⁹⁴¹

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Schutzpflicht, sprich deren Umfang, wird zumeist deren praktische Relevanz – vor allem auf den hier allein interessierenden⁹⁴² Bereich des Strafrechts – für gering gehalten.⁹⁴³ Zwar wird die Bindung des Strafgesetzgebers an das Untermaßverbot allgemein anerkannt, ebenso dessen Gestaltungsspielraum.⁹⁴⁴ Auch wird nahezu gebetsmühlenartig wiederholt, dass das aus der Schutzpflicht folgende »Untermaßverbot« nicht zu einer Schwächung der grundrechtlichen Abwehrfunktionen führen dürfe, sprich nicht das für den Störer usw. greifende Übermaßverbot redu-

938 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 218, 225, 242.

939 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 226 ff.

940 Z.B. grundlose Tötung eines anderen Menschen.

941 *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 79 ff.; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 63 f. Auch die von *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 229 genannten Beispiele physischer Gewalt und vor allem der Nötigung sind höchst differenziert zu bewerten, wie sich einfachrechtlich anhand der mutmaßlichen Einwilligung bei ärztlichen Heileingriffen in Notsituationen und der Verwerflichkeitsklausel in § 240 Abs. 2 StGB zeigt.

942 Zum »praktische[n] Bedürfnis« in anderen Bereichen etwa *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 74 f.

943 Exemplarisch *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 63 ff.; siehe ferner die Skepsis bei *Dietlein*, *ZG* 1995, 131 (132 ff.). Es wird sich sogleich zeigen, dass dies nicht immer mit den normativen Maßstäben einhergeht, sondern eher aus der kriminalpolitischen Realität folgt. In diese Richtung auch *Gärditz*, *JZ* 2020, 362 (364).

944 Siehe nur *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 219; *Calliess*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 44 Rn. 26; *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 69; *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 64 f.; *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.II.; siehe ferner *Calliess*, *JZ* 2006, 321 (328): »Der spezifische Inhalt und damit die konkrete Rechtsfolge der Schutzpflicht läßt sich abstrakt-materiell freilich nur schwer bestimmen«.

zieren könne.⁹⁴⁵ Betont wird ferner die Relativität des »Schutzbedarf[s]« im Hinblick auf »Art, Reichweite und Intensität« des Eingriffs und die »Möglichkeit legitimer und zumutbarer Abhilfe durch den Grundrechtsträger selbst«,⁹⁴⁶ und – ganz im Sinne des Untermaßverbots – nur gefordert, »dem Schutzbedarf genügende[...] Regelungen zu erlassen [und] stets für einen Mindeststandard ausreichender Schutznormen zu sorgen«. ⁹⁴⁷

Jeglicher »Korridor«⁹⁴⁸ verengt sich aber nicht nur dann, wenn dem Gesetzgeber die Herstellung umfassender praktischer Konkordanz unter intensiver beiderseitiger Wirksamkeits- und Angemessenheitskontrolle auferlegt wird.⁹⁴⁹ Er verengt sich auch – mit klarem strafrechtlichem Bezug – wenn postuliert wird, der Schutzpflicht sei hinsichtlich »bekannter Gefahren« u.a. durch »die hergebrachten Normen [...] des Strafrechts [...] hinlänglich« nachgekommen⁹⁵⁰ und hieraus nicht nur eine Legitimation sondern auch eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit von Strafvorschriften geschlossen wird, die vom Lebensschutz (Schwangerschaftsabbruch) bis hin zum Schutz persönlicher Freiheit (Nötigung) reichen.⁹⁵¹ Denn Lippenbekenntnis-

945 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 5, 166, 220; *Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, S. 113 f.; *Papier*, *NJW* 2017, 3025 (3026 f.); *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 72; *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.III.5.

946 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 219; ähnlich *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 113: (nur) bei »unabgeschirmten Gefährdungslagen seitens Dritter« trotz deutlichem Missverhältnis zwischen Interesse des Handelnden und betroffenen Schutzgütern.

947 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 219.

948 *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 78.

949 So *Calliess*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 44 Rn. 31 ff. Auch *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 B.III. verneint einen »Korridor« für den spezifischen Bereich des vorgeburtlichen Lebensschutzes, sondern sieht dort eine Überschneidung des Untermaß- und des Übermaßverbots, die sie unter dem Aspekt der Zumutbarkeit auflöst.

950 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 285.

951 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 289. Ähnlich weitreichend *Stern*, *Staatsrecht III/1*, S. 952: *Strafrechtlicher Schutz von »Ehre, Wohnung und Eigentum« sei verfassungsrechtlich geboten; begrenzter hingegen Gärditz*, *JZ* 2020, 362 (363 f.). Zur »dual use«-Problematik der Grund- und Menschenrechte in diesem Kontext siehe zudem *K.*

se, Schutzpflichten enthielten nur ein Untermaßverbot⁹⁵² und führten nicht zu einer übermäßigen Konstitutionalisierung des einfachen Rechts⁹⁵³ werden gleich ins Gegenteil geführt,⁹⁵⁴ wenn dem Gesetzgeber ein Schutzerfolg und nicht nur ein Schutzbemühen auferlegt wird:⁹⁵⁵ Wegen der gemeinhin (und teils unreflektiert) angenommenen Wirksamkeit strafrechtlicher Regelungsmodelle wird dann nämlich kaum (strafverfassungsrechtlicher) Spielraum und (kriminalpolitischer) Wille bestehen, das bloße Risiko einzugehen, ein alternatives, milderes Regelungsmodell zu wählen, sofern dieses auch nur einen Hauch ineffektiver sein könnte. Ebenso untauglich ist der Versuch, die Wirkung von Schutzpflichten durch deren schlechte verfassungsprozessuale Durchsetzbarkeit kleinzureden,⁹⁵⁶ jedenfalls soweit man rechtlichen Bindungen – etwa als argumentatives Muster – eine Wirkmacht auch außerhalb judikativer Durchsetzungsmechanismen anzuerkennen bereit ist.⁹⁵⁷

Selbst wenn man das Untermaßverbot ernst nimmt und den Prüfungsmaßstab (wie das BVerfG) auf Evidenz- und Signifikanzfälle reduziert,⁹⁵⁸ klingt es auf den ersten Blick zwar nachvollziehbar, dass eine strafrechtliche Schutzpflicht (wegen der vom Schutzgut abhängigen Schutzbedürftigkeit) nur bezogen auf einen »Kernbereich« des Strafrechts (Leib, Leben, Freiheit,

Günther, in: 11. Greek-German Symposium »Reasons and limits of the necessary boundaries of criminal law«.

952 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 292, 300 ff.

953 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 168, 188; siehe ferner *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 72 f. sowie *Krieger*, *ZaöRV* 74 (2014), 187 (196 f.) für die Mehrebenenperspektive (EGMR).

954 Siehe zudem die Erwägung von *Gärditz*, *JZ* 2020, 362 (364) zu potentiellen Folgewirkungen auf das Verjährungsrecht.

955 So *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 299.

956 So maßgeblich *Calliess*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, § 44 Rn. 7, 11, 36: der gesetzgeberische Spielraum werde maßgeblich durch die geringen gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten bewirkt. Siehe ferner *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 79. Zur Frage eines subjektiven Schutzanspruchs und der verfassungsprozessualen Durchsetzbarkeit siehe ferner *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 175 ff.

957 Es drängt sich auf, an die Durchsetzungsproblematik des Völkerrechts zu erinnern.

958 Verletzung nur, »wenn überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen werden, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind« (Evidenzkriterium) »oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben« (Signifikanzkriterium). So die Formulierung in *BVerfGE* 151, 202 (Rn. 148); hierzu oben § 1 III. 3. a) aa) (3).

sexuelle Selbstbestimmung) bestehe.⁹⁵⁹ Doch wegen der keineswegs klaren Rangfolge an Schutzgütern⁹⁶⁰ ist die Abgrenzbarkeit, bei welchen Schutzgütern eine strafrechtliche Schutzpflicht besteht, keineswegs trennscharf,⁹⁶¹ wie die genannten Forderungen nach einer Konstitutionalisierung selbst des Ehrschutzstrafrechts eindrücklich belegen. Während das *Evidenzkriterium* wegen seiner Wertungsoffenheit gegenüber verschiedenen Regelungsmodellen gerade nicht spezifisch für den Einsatz des Strafrechts streitet, begegnet das *Signifikanzkriterium*, welches »erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben[de]« Regelungsmodelle dem Makel der Verfassungswidrigkeit aussetzt, ausgeprägten Bedenken. Denn bezogen auf die präventive Effektivität des Strafrechts und alternativer Regelungsmodelle besteht eine strukturelle empirische Ungewissheit, die – angesichts des verbreiteten kriminalpolitischen und verfassungsgerichtlichen Glaubens in ebendiese Effektivität des Strafrechts⁹⁶² – förmlich dazu drängt, das Strafrecht zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten einzusetzen bzw. darauf nicht zu verzichten. Aus diesem Grund droht die Anerkennung einer staatlichen Schutzpflicht *spezifisch bezogen auf das Strafrecht* nicht nur die Abwehrfunktion der Grundrechte normativ wie kriminalpolitisch strukturell zu marginalisieren.⁹⁶³ Zudem ist zu befürchten, dass die verfassungsrechtliche Fundierung von strafrechtlichen Schutzpflichten als Argument dafür herangezogen werden könnte, in Bezug auf weitere (formell gleichrangige) Verfassungsbestimmungen – etwa dem Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) – praktische Konkordanz

959 So *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 79 und auch *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 113 ff. Soweit er zugleich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schließt, Strafrecht komme trotz Anerkennung von Schutzpflichten »regelmäßig nur zur Abwehr von evidenten Übergriffen bzw. Gefahren für hoch- bzw. höchstwertige Schutzgüter wie Leben und Gesundheit überhaupt in Betracht«, so geht dies an der Realität vorbei.

960 Man denke nur daran, dass Eingriffe in das Leben zum Schutz bzw. zur Verteidigung von erheblichen Sachgütern gerechtfertigt sein sollen.

961 Auch beim Ansatz von *Hermes* stellte sich die Frage, ob nicht vergleichbare Schutzpflichten auch aus anderen Grundrechten hergeleitet werden könnten.

962 Siehe nur BVerfGE 39, 1 (51); BVerfG 88, 203 (258).

963 Zu diesem – geradezu klassischen – Einwand gegen die Schutzpflichtlehre siehe bereits das Sondervotum *Rupp-v. Brünneck/Simon* in BVerfGE 39, 1 (68, 73) sowie exemplarisch *P.-A. Albrecht*, KritV 86 (2003), 125 (128 f.); *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 309 f.; auch *Müller-Dietz*, in: FS Dreher, S. 97 (104 ff.) mit daher besonderer Betonung des Ultima Ratio-Gedankens; siehe ferner die Nachweise bei *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191 Rn. 165.

herzustellen, sprich *deren* Wirkungen zu relativieren.⁹⁶⁴ Die Anerkennung von strafrechtlichen Schutzpflichten führt schließlich strukturell zu einer Hemmnis gegenüber jeglicher Streichung oder Strafmilderung individual-schützender Strafnormen, und dies nicht nur in den von *Kaspar* erwähnten Evidenzfällen (Streichung des 16. und 17. Abschnitts des StGB oder einer »verniedlichen[den]« Strafbewehrung des § 212 StGB bloß mit Geldstrafe⁹⁶⁵).

(6) Notwendigkeit einer weiteren Eingrenzung: Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit demokratisch-politischer Mitgestaltung

Wegen dieser strafrechtsspezifischen Wirkmacht der Schutzpflichtendogmatik erscheint es geboten, nach einer weiteren Eingrenzung zu suchen. Dabei bietet sich zunächst an, an den Gedanken *Dietleins* zu erinnern, dass eine strafrechtliche Schutzpflicht nur greife, »wenn außer der Einwirkung auf den potentiellen Schadensverursacher mittels Strafandrohung eine Eindämmung der denkbaren Gefahrenkonstellation nicht möglich ist.«⁹⁶⁶ Ganz ähnlich weisen *Kaspar* und *L. Wörner* darauf hin, dass die Eignung gerade des Strafrechts zur Erfüllung der Schutzpflicht in der konkreten Situation begründungsbedürftig ist,⁹⁶⁷ *Hermes* betont, dass strafrechtlicher Schutz für ein konkretes, zu schützendes Individuum grundsätzlich zu spät komme.⁹⁶⁸ Dies lenkt erstens den Blick auf die Frage, für welches Verhalten überhaupt mit gewisser Evidenz davon gesprochen werden kann, dass die Androhung einer Kriminalstrafe im Vergleich zu anderen Ansätzen einer Verhaltensregulierung eine größere Lenkungswirkung verspricht. Dies dürfte vor allem bei planvollem Verhalten⁹⁶⁹ der Fall sein, weniger bei situativer Überforderung noch bei unbewusst-fahrlässigem oder auch bewusst riskantem

964 In diese Richtung auch *Gärditz*, JZ 2020, 362 (364). Unklar *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 292, der undifferenziert von einer Weitergeltung eines Strafgesetzes ausgeht, das unter Verletzung der Schutzpflicht aufgehoben wurde. Zur vergleichbaren Problematik bezogen auf Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG siehe oben § 1 III. 2. in Fn. 860.

965 *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 80, 83.

966 *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 114 f.

967 *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 79 f.; *L. Wörner*, *Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?*, § 8 II.

968 *Hermes*, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, S. 275.

969 Eine Parallele zum klassisch-finalen Eingriffsbegriff der abwehrrechtlichen Grundrechtsdogmatik soll dies indes gerade nicht darstellen.

Verhalten.⁹⁷⁰ Zweitens ist zu bekräftigen, dass ein Untermaßverbot weder in zwei- noch in mehrpoligen⁹⁷¹ Situationen Strafnormen legitimieren kann, die dem Übermaßverbot und sonstigen Strafrechtsbegrenzungen widersprechen; mithin ist gerade keine praktische Konkordanz zu erzielen.⁹⁷² Darüber hinausgehend ist zu ergänzen, dass das Untermaßverbot nicht zur Relativierung sonstiger strafrechtsspezifischer Verfassungsgarantien herangezogen werden darf, namentlich nicht zur Aushebelung des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Bestimmtheitsgebots und Rückwirkungsverbots.⁹⁷³ Daraus folgt auch, dass eine strafrechtliche Schutzpflicht niemals »umfassend« sein kann, sondern sich ohnehin nur auf (im Wortsinne) bestimmte Verletzungs- oder Gefährdungsmodalitäten beziehen kann, was den Gestaltungsauftrag und die Gestaltungspflicht des Strafgesetzgebers ebenso unterstreicht wie dessen deswegen bestehenden Gestaltungsspielraum. Drittens, und dies scheint mir die wichtigste Begrenzung strafrechtlicher Schutzpflichten zu sein: Bezogen auf die konkrete Gefährdungssituation ist bereits anerkannt, dass staatliche Schutzpflichten nur insoweit greifen, als dass keine »Möglichkeit legitimer und zumutbarer Abhilfe durch den Grundrechtsträger selbst« besteht.⁹⁷⁴ Bezogen auf an die Legislative gerichtete Schutzpflichten bedeutet dies aber – weil strafrechtliche Schutzpflichten ohnehin nur generell und ab ihrem Erlass wirken können –, dass eine Abhilfe in demokratisch-politischer Gestaltung liegen kann.⁹⁷⁵ Das bedeutet, dass strafrechtliche Schutzpflichten

970 Vgl. auch die Ablehnung einer strafrechtlichen Schutzpflicht bei fahrlässigem Schwangerschaftsabbruch durch *L. Wörner*, Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?, § 9 B.III.1. § 12 C.III. Weitaus strenger indes der polizeirechtliche Störermaßstab bei *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 242.

971 Auf Unzulänglichkeiten der Schutzpflichtendogmatik in mehrpoligen Verhältnissen dezidiert hinweisend *Dietlein*, ZG 1995, 131 (135).

972 So auch *L. Wörner*, Widersprüche beim strafrechtlichen Lebensschutz?, § 8 B.II. die für den Fall einer Überlappung von Übermaß- und Untermaßverbot die Zumutbarkeit zur Strafrechtsbegrenzung heranzieht.

973 Siehe hierzu bereits *soeben* in Fn. 964.

974 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 219; ähnlich *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 113.

975 Deutlich weitergehend, weil letztlich jegliche Diskursdefizite erfassend, *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 375 f., der den »berechtigte[n] Kern der [...] Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlichen Schutzpflicht des Gesetzgebers« dann als gegeben ansieht, »wenn ohne Strafrecht wirtschaftliche oder soziale Macht nicht (mehr) diszipliniert werden kann«, mithin die durch »Grundrechte gewährleistete private und öffentliche Autonomie verletzt oder gefährdet wird«.

nur in Betracht kommen, wenn ein Verweis auf die demokratisch-politische Mitgestaltung der Strafrechtsordnung unzumutbar oder unmöglich ist. Ein derart struktureller Nachteil demokratischer Teilhabe ist evident bei vorgeburtlichem Leben gegeben, was es für diese spezifische Fallgruppe begründbar werden lässt, dass über allgemeine Schutzpflichten hinaus dezierte strafrechtliche Schutzpflichten gegen vorsätzliche Beeinträchtigungen (Schwangerschaftsabbruch) bestehen. Ein ähnliches strukturelles Defizit lässt sich jedenfalls statuieren in Bezug auf strafrechtliche Schutzpflichten zugunsten Kindern und Jugendlichen, zugunsten Minderheiten⁹⁷⁶ und gegenüber nicht wahlberechtigten Ausländern. Schließlich ist ein Verweis auf demokratisch-politische Gestaltung dann unzumutbar, wenn unverzügliches Tätigwerden geboten ist, sprich demokratisch bewirkte Wahlentscheidungen zu spät griffen; das wäre insbesondere dann der Fall, wenn bereits bis zur nächsten Aktivierung des Wahlrechts unwiderrufliche Schädigungen durch Dritte zu erwarten sind. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine willkürliche Außerschutzstellung zudem – wie im Allgemeinen Teil⁹⁷⁷ – in Konsequenz des hier vertretenen prozeduralen Ansatzes verfassungswidrig wäre.⁹⁷⁸

bb) Grundrecht auf Sicherheit

Unter der Chiffre »Grundrecht auf Sicherheit«, das im politischen Kontext schon zum »Supergrundrecht« stilisiert worden ist,⁹⁷⁹ werden zwei voneinander zu trennende Konzepte diskutiert:

(1) Grundrecht auf Sicherheit (*Isensee*)

Auf *Isensee* geht der Ansatz zurück, die vorgenannten, aus den einzelnen (Freiheits-)Grundrechten hergeleiteten Schutzpflichten zu einem eigenständigen »Grundrecht auf Sicherheit« zu verselbständigen.⁹⁸⁰ Hieraus sollen sich

976 Bei Willkürfällen kann hier ohnehin auch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einen hinreichenden Schutz bewirken, ohne dass es strafrechtlicher Schutzpflichten bedürfte; siehe hierzu oben § 1 II. 2. b) bb) (2).

977 Siehe hierzu oben § 1 II. 3. e).

978 Siehe hierzu noch sogleich § 1 III. 3. b) bb).

979 Vgl. *Bewarder/Jungholt*, WELT: Friedrich erklärt Sicherheit zum »Supergrundrecht«; hierzu nur *Finke*, JUWISS v. 23.07.2013.

980 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 33 ff. sowie *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191

indes – auch nach den Proponenten dieses Konzepts – weder substantiell neue Bedeutungsgehalte gewinnen noch die Reichweite der Schutzpflichten klarer konturieren lassen als bei einer auf die Einzelgrundrechte gestützten Herleitung.⁹⁸¹ Da sich zudem dieses Konzept jedenfalls im nationalen Diskurs – zu Recht – nicht durchgesetzt hat, soll es an dieser Stelle genügen, an die oben ausgeführten Bedenken und den daraus folgenden Reduktionsbedarf zu erinnern.⁹⁸²

(2) Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK, Art. 6 GRCh)

Eine zweite Konzeption basiert auf der Überschrift des Art. 5 EMRK sowie auf dessen Abs. 1 Satz 1: Beide sprechen von einem »Recht auf [...] Sicherheit«. Normgenetisch und -systematisch ist indes zu beachten, dass sich diese Garantie auf die »Sicherheit der Person«⁹⁸³ im Sinne eines *habeas corpus* und Schutz vor staatlicher Willkür bei Freiheitsentziehungen bezieht, wie sich aus der näheren Ausführung des Bedeutungsgehalts in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 ff. EMRK ergibt. Treffender, wenn auch deutlich ausführlicher wäre es daher, Art. 5 EMRK mit »Freiheit der Person und Sicherheit während Freiheitsentziehungen« zu titulieren. Diese Lesart des Art. 5 EMRK ist in der Rechtsprechung des EGMR und in der Literatur allgemein anerkannt,⁹⁸⁴ sodass aus Art. 5 EMRK kein eigenständiges »Recht auf Sicherheit« und hierauf gestützt eine Pflicht zum Einsatz des Strafrechts hergeleitet werden kann.

Rn. 3, 185; ähnlich auch *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, S. 186 ff. sowie – mit stärkerer Fokussierung auf eine Staatszielbestimmung – *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 28.

981 Deutlich ist dies etwa bei *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191 Rn. 1 ff.: In diesem Beitrag findet der Begriff des »Grundrechts auf Sicherheit« nur in homöopathischer Dosis Verwendung.

982 Siehe soeben § 1 III. 3. a) aa) (6).

983 Siehe hierzu auch den (verbindlichen) englischen Normtext des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK, der von einer »security of person« spricht.

984 Siehe nur EGMR, Urt. v. 13.01.2009 – Nr. 37048/04 (*Nikolaishvili* /J. Georgien), Rn. 52 f. (»[S]ecurity« should be understood in the context of »liberty«. The protection of »security« is concerned with guaranteeing an individual's personal liberty against arbitrary interference by a public authority«) sowie *Esser*, in: LR²⁶, Art. 5 EMRK Rn. 11 f.; *Gaede*, in: MK-StPO, Art. 5 EMRK Rn. 3; *F. Meyer*, in: SK-StPO⁵, Art. 5 EMRK Rn. 1, 7; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/S. König*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*⁴, Art. 5 EMRK Rn. 6.

Differenzierter ist indes die Situation bezogen auf Art. 6 GRCh, dessen Überschrift mit Art. 5 EMRK und dessen einziger Satz mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK übereinstimmt. Zwar basiert dieses Grundrecht historisch-genetisch auf Art. 5 EMRK und soll dieser Bestimmung seinem Bedeutungsgehalt nach entsprechen.⁹⁸⁵ Daher wird überzeugenderweise weder Möglichkeit noch Veranlassung gesehen, aus Art. 6 GRCh ein eigenständiges Grundrecht auf Sicherheit vor allgemeinen⁹⁸⁶ Übergriffen Dritter herzuleiten.⁹⁸⁷ *Calliess* zufolge habe sich jedoch Art. 6 GRCh verselbständigt und sei im Lichte des in Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 Abs. 1 AEUV statuierten Unionsziels, »einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« zu bilden, auszulegen.⁹⁸⁸ Daher solle Art. 6 GRCh ein »allgemeines (Auffang-)Freiheitsrecht und [...] einen allgemeinen (Auffang-)Schutzanspruch gegenüber dem europäischen Staaten- und Verfassungsverbund [beinhalten ...], vor den Übergriffen Privater geschützt zu werden (grundrechtliche Schutzpflicht)«. ⁹⁸⁹ Weil dies aber gegenüber anderen (spezial-)grundrechtlichen Schutzpflichten subsidiär sei, verbleibt der konkrete Bedeutungsgehalt eines solchen Grundrechts im Dunkeln;⁹⁹⁰ es drohte jedoch als Argumentationsmuster die abwehrrechtliche Dimension der anderen Grundrechte einzuhegen und daher missbrauchs anfällig zu sein, zur Legitimation auch überschießender staatlicher Eingriffe herangezogen zu werden. Diese Sichtweise wurde gleichwohl vom EuGH

985 So eindeutig die amtlichen Erläuterungen (ABIEU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 17 [19 f.]), die gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV gebührend zu berücksichtigen sind: »Die Rechte nach Artikel 6 entsprechen den Rechten, die durch Artikel 5 EMRK garantiert sind, denen sie nach Artikel 52 Absatz 3 der Charta an Bedeutung und Tragweite gleichkommen.« Siehe auch *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 6 GRCh Rn. 1; *Jarass*, GRCh⁴, Art. 6 GRCh Rn. 1; *Streinz*, in: Streinz³, Art. 6 GRCh Rn. 1; offener *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 6 GRCh Rn. 4 ff.

986 Soweit *Jarass*, GRCh⁴, Art. 6 GRCh Rn. 11 m.w.N. eine aus Art. 6 GRCh folgende Schutzpflicht annimmt, »gegen Freiheitsentziehungen durch Private vorzugehen«, entspricht dies lediglich der allgemeinen grundrechtlichen Konstruktion von Schutzpflichten.

987 So insbes. *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje⁷, Art. 6 GRCh Rn. 1, 6; *Jarass*, GRCh⁴, Art. 6 GRCh Rn. 1, 6a; *Streinz*, in: Streinz³, Art. 6 GRCh Rn. 6.

988 Soweit *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 6 GRCh Rn. 12 zusätzlich die Klausel »ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten« in dieses Unionsziel integriert, so ist dies zumindest verkürzt, weil diese zusätzliche Formulierung nur in Art. 67 Abs. 3 AEUV in Bezug auf konkrete Maßnahmen Erwähnung findet, und missverständlich, weil sie ein Übergewicht an Sicherheitsrhetorik in der allgemeinen Unionszielbestimmung nahelegt. Dort dominieren jedoch Aspekte der Freizügigkeit (Art. 3 Abs. 2 AEUV, mitsamt Benennung legitimer Schranken) bzw. der Grundrechtssicherung (Art. 67 Abs. 1 AEUV).

989 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 6 GRCh Rn. 13.

990 Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 6 GRCh Rn. 13 f.

aufgegriffen, zunächst in der Leitentscheidung zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten: »Im Übrigen«, so der EuGH, sei »festzustellen, dass nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit« habe.⁹⁹¹ Wenn noch nicht dort, so zeigte sich spätestens im EuGH-Gutachten zum PNR-Abkommen mit Kanada⁹⁹² und in einem Urteil zur Abschiebung eines straffällig gewordenen Asylbewerbers,⁹⁹³ wie sich diese Verselbständigung argumentativ zur Legitimation von Grundrechtseingriffen heranziehen lässt.⁹⁹⁴ Beachtlicher Weise hat der EuGH in einer neueren Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung diese Argumentation aber nicht mehr aufgegriffen.⁹⁹⁵ Auch in sonstiger Rechtsprechung rekurriert der EuGH neuerdings auf Art. 6 GRCh nur in mit Art. 5 EMRK übereinstimmendem Sinne.⁹⁹⁶ Zudem widersprach der EuGH in einem weiteren, aktuellen Vorabentscheidungsersuchen der Sichtweise des Vorlagegerichts – dem französischen Staatsrat (*Conseil d'État*) –, der ein »in Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierte[s] Recht auf Sicherheit« in Stellung zu bringen versuchte, um eine anlasslose Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten zu legitimieren. In seinen Schlussanträgen hierzu wies Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona* darauf hin, dass dies »irreführend« sei und der Kommission und ihm zufolge diese »Vorschrift nicht dahin auszulegen [sei], dass sie ›der Union eine positive Verpflichtung zur Ergreifung von Maßnahmen zum Schutz des Einzelnen vor Straftaten auferlegen‹ kann.«⁹⁹⁷ Der EuGH schloss sich dieser an Art. 5 EMRK orientierten, Schutzpflichten verneinenden Auslegung an; diese könnten allenfalls aus anderen Grundrechten

991 EuGH [GK], Ur t. v. 08.04.2014 – C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland u.a.), Rn. 42; hierzu *Leuschner*, VerfBlog v. 09.04.2016.

992 EuGH [GK], Gutachten 1/15 v. 26.07.2017 (PNR-Abkommen Kanada), Rn. 148 ff.

993 EuGH [GK], Ur t. v. 15.02.2016 – C-601/15 PPU (J.N.), Rn. 53; hierzu *Buchholtz*, JUWISS v. 07.03.2016; *Leuschner*, VerfBlog v. 22.02.2016.

994 Eindrücklich die Schlussanträge des Generalanwalts *Bot*, EuGH, Schlussanträge v. 03.03.2016 – C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 135.

995 EuGH [GK], Ur t. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15 (Tele2 Sverige und Watson) bezieht sich lediglich auf Art. 7 und 8 GRCh, obschon Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* in seinen Schlussanträgen v. 19.07.2016 – C-203/15 und C-698/15 (Tele2 Sverige und Watson), Rn. 165 noch dezidiert auf Art. 6 GRCh und ein Recht auf Sicherheit verwiesen hatte.

996 Exemplarisch EuGH [GK], Ur t. v. 19.12.2019 – C-752/18 (Deutsche Umwelthilfe), Ls. und Rn. 44; EuGH, Ur t. v. 09.10.2019 – C-489/19 PPU (NJ), Rn. 35; sowie EuGH, Ur t. v. 28.07.2016 – C-294/16 PPU (JZ), Rn. 48 ff.

997 EuGH, Schlussanträge v. 15.01.2020 – C-511/18 und C-512/18 (La Quadrature du Net), Rn. 96.

folgen.⁹⁹⁸ Jedenfalls verdeutlicht dies, dass selbst bei Anerkennung eines aus Art. 6 GRCh folgenden »Rechts auf Sicherheit« dessen Bedeutungsgehalt keineswegs geklärt ist, und sich weniger in Gestalt von Pönalisierungspflichten – nicht nur wegen der begrenzten unionalen Kompetenzen⁹⁹⁹ – denn in Gestalt der argumentativen Bekräftigung von Strafnormen und begleitenden strafverfahrensrechtlichen Maßnahmen äußert.

b) *Sicherheitsverantwortung des Staates und Obliegenheiten zur Kriminalisierung*

aa) Strafverfassungsrechtliche Fundierung

Unbeschadet der auch hier vorgebrachten Kritik an der Schutzpflichtenargumentation, insbesondere soweit sie sich zu einer Pönalisierungspflicht verdichtet, ist aus dem Zweck und Selbstverständnis des Staates, aber auch aus dem Zweck und Selbstverständnis der EU als »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« (Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 67 Abs. 1 AEUV) ein Staats- bzw. Unionsziel »Sicherheit« anzuerkennen.¹⁰⁰⁰ In der Rechtsprechung des BVerfG wurde dies verfassungsrechtlich verdichtet zum – insoweit nicht kritikwürdigen – Maßstab, dass die vom Staat »zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung« einen »Verfassungswert[...]« darstelle.¹⁰⁰¹ Dieses Ziel einer Sicherheitsgewährung ist indes weder als Selbstzweck¹⁰⁰² oder höchstes Staatsziel noch als absolutes Staatsideal zu stilisieren. Insofern ist es zumindest missverständlich, wenn das BVerfG im selben *Kontaktsperren*-Beschluss den Zweck »Sicherheit« (staats- wie individuumsbezogen)

998 EuGH [GK], Urt. v. 06.10.2020 – C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (La Quadrature du Net u.a.), Rn. 125 f.: »Da diese Bestimmung [Art. 5 EMRK] einen Freiheitsentzug durch eine staatliche Stelle betrifft, kann Art. 6 der Charta jedoch nicht dahin ausgelegt werden, dass er die staatlichen Stellen verpflichtet, spezifische Maßnahmen zur Ahndung bestimmter Straftaten zu erlassen«; siehe zuvor Schlussanträge v. 15.01.2020 – C-511/18 und C-512/18 (La Quadrature du Net), Rn. 97 ff., insbes. Rn. 98 (EMRK) und Rn. 105 (Rechtfertigung statt Schutzpflicht).

999 Hierzu bereits oben § 1 III. 3. a) aa) (4) bei und mit Fn. 928.

1000 Statt vieler, auch zu den historischen Wurzeln (*Hobbes*), *Papier*, NJW 2017, 3025 (3025); *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 191 Rn. 181 ff.; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*⁶, Art. 6 GRCh Rn. 12; *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1 (4 f.) m.w.N.

1001 BVerfGE 49, 24 (57). Zur Kritikwürdigkeit der im gleichen Atemzug genannten »Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht« siehe *M. Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, S. 312.

1002 Vgl. soeben in Fn. 1001.

als »eigentliche und letzte Rechtfertigung« bezeichnet.¹⁰⁰³ Stattdessen ist zu beachten, dass das Ziel bereits in sich mehrpolig angelegt¹⁰⁰⁴ ist und im Wechselspiel, teils in Konkurrenz zu anderen Staatszwecken bzw. -zielen steht, wie das BVerfG es selbst anerkennt.¹⁰⁰⁵

An dieser Stelle soll indes weder die (staats-)theoretische Herleitung einer solchen Sicherheitsverantwortung des Staates noch eine detaillierte Untersuchung der Frage stehen, was unter dem Begriff der »Sicherheit« alles zu verstehen ist. Stattdessen sollen allein die Auswirkungen auf Pönalisierungspflichten bzw. -obliegenheiten hervorgehoben werden. Diesbezüglich ist in einem ersten Schritt zu beachten, dass aus einem Staatsziel zuallererst ein politischer und insbesondere an die Legislative gerichteter Gestaltungsauftrag folgt,¹⁰⁰⁶ nicht aber ein (individuell justizialer) Anspruch auf Vornahme einer konkreten Maßnahme zur Verwirklichung dieses Zieles.¹⁰⁰⁷ Daraus folgt zweitens, dass es grundsätzlich dem Gesetzgeber und damit der politischen Meinungsbildung, mithin auch wandelnden Mehrheiten obliegt, zu entscheiden, welche Mittel einschließlich des Strafrechts¹⁰⁰⁸ in welchem Umfang zur Verwirklichung des Staatsziels eingesetzt werden; stets eingedenk der Notwendigkeit, einen Ausgleich mit anderen – gleichrangigen – Staatszielen wie etwa einer Freiheitsgewährung herbeizuführen. Bezogen auf das Strafrecht bedeutet dies einen weiten Handlungsspielraum der Legislative in Bezug auf die eingesetzten Mittel (Strafrecht, Gefahrenabwehrrecht, usw.) und in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung (Schutzzwecke, objektive und subjektive Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolgen). Dieser Spielraum sieht sich zwar nicht in gleichem Maß einem Zangengriff ausgesetzt wie im Kontext der Schutzpflichtendogmatik, sondern ist wertungsoffener und lässt es daher auch zu, teils im Sinne einer Freiheitsgewährung auf das Strafrecht zurückzugreifen (*Tiedemann*'sches Paradoxon¹⁰⁰⁹), teils unter Inkaufnahme eines gewissen Sicherheitsverzichts zur Freiheitsgewährung

1003 BVerfGE 49, 24 (57).

1004 Ein »Mehr« an Sicherheit für den Einen, etwa durch Vermeidung von potentiell eine Infektion verbreitenden Sozialkontakten, kann ein »Weniger« an Sicherheit für den Anderen bedeuten, wenn er sich infolge der Ausgangsbeschränkung an einem Ort aufhalten muss, an dem er Gewalttätigkeiten ausgesetzt ist.

1005 BVerfGE 49, 24 (57): »[...] die mit anderen im gleichen Rang stehen«.

1006 Vgl. nur *H.-J. Peters*, NVwZ 1995, 555 (556); *R. Steinberg*, NJW 1996, 1985 (1991) m.w.N.

1007 Vgl. nur *H. Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 90 BVerfGG Rn. 9; *Schladebach*, JuS 2018, 118 (121).

1008 Dass das Strafrecht hierfür zur Verfügung steht, ist allgemein anerkannt; siehe nur *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1 (3 f.).

1009 Siehe oben § 1 II. 3. c) mit Fn. 598.

oder zur Verfolgung sonstiger verfassungsrechtlich anerkannter Ziele eine strafrechtliche »Schutzlücke« in Kauf zu nehmen. Wenngleich zwischen Staatszielen und Grundrechten grundsätzlich praktische Konkordanz herzustellen ist,¹⁰¹⁰ droht insoweit weniger eine Verschleifung grundrechtlicher und grundrechtsgleicher Garantien, und dies vor allem dann nicht, wenn diese Garantien ihrerseits mit erhöhter oder absoluter Abwägungsfestigkeit ausgestattet sind, wie dies etwa bei der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG der Fall ist. Schließlich ist trotz dieser gesteigerten Offenheit gegenüber demokratischer Gestaltung der Auftrag zur Zielverwirklichung gleichwohl nicht nur Verfassungsnorm, sondern auch – etwa im Kontext einer Normenkontrolle – justiziabel,¹⁰¹¹ ohne dabei aber – anders als die Schutzpflichtendogmatik – geeignet zu sein, den politischen Handlungsspielraum übermäßig strafrechtsstabilisierend bis -expandierend einzuzugrenzen.

Aus dieser allgemeinen Sicherheitsverantwortung des Staates folgt somit aus strafverfassungsrechtlicher Sicht, dass den Gesetzgeber allenfalls eine Beobachtungspflicht treffen kann, die sich darauf bezieht, drohende Gefährdungen für ein freiheitliches und rechtlich geordnetes Zusammenleben zu erkennen; von Ausnahmefällen abgesehen ist es jedoch treffender, von einer Pflicht des Gesetzgebers zu sprechen, »sich der Kenntnisnahme entsprechender Umstände [...] nicht bewusst [zu] verschließen«.¹⁰¹² Aus neuen Gefährdungen kann auch eine (ggf. justiziable) Handlungspflicht folgen,¹⁰¹³ das Recht – und als eine von mehreren Optionen auch das Strafrecht – expansiv dort nachzujustieren, wo infolge drohender oder aktueller tatsächlicher Gegebenheiten eine Verletzung oder auch nur eine erhebliche Gefährdung der Sicherheit erkennbar wird, namentlich dann, wenn ein Defizit an Regulierung »zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt«¹⁰¹⁴ und damit möglicherweise zu Selbstjustiz führen kann. Zugleich kann aber ein Übermaß an Pönalisierung ein beachtliches Sicherheitsdefizit darstellen, namentlich dadurch, dass es zur begründeten Sorge Anlass gibt, durch übermäßige Sanktionen adressiert zu werden. Aus diesem kann eine

1010 Siehe nur *Schladebach*, JuS 2018, 118 (121) m.w.N.

1011 Siehe nur *R. Steinberg*, NJW 1996, 1985 (1992).

1012 BVerfGE 150, 1 (Rn. 176); näher hierzu unten § 4 II. 3. b).

1013 Zur Diskussion über »Nachbesserungspflichten« des Gesetzgebers siehe noch unten § 4 II. 3. b).

1014 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 10; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 –, Rn. 11; VerfG, Nichtannahmebeschl. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 –, Rn. 14; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 19.05.2015 – 2 BvR 987/11, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16, Rn. 38 = JZ 2020, 358.

Handlungspflicht zur Deregulierung einschließlich einer Dekriminalisierung folgen.¹⁰¹⁵ Drittens besteht eine *Berücksichtigungspflicht* bei jeglichem politischen und legislativen Handeln, das in Anerkenntnis des weiten Handlungsspielraums stets (auch) der Verfolgung der verschiedenen Staatsziele und damit auch der Verfolgung des Staatsziels »Sicherheit« verpflichtet ist.

bb) Weitere Konkretisierung und Prozeduralisierung (»weiche« Konstitutionalisierung)

Eine absolut »versteinemde« Wirkung hat die Sicherheitsverantwortung des Staates aus strafverfassungsrechtlicher Sicht somit nur in sehr begrenztem Umfang: Eine Entkriminalisierung müsste, um aus diesem Grund verfassungswidrig zu sein, auch unter Berücksichtigung zugleich getroffener Maßnahmen¹⁰¹⁶ zu einem »allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und der Gewalt« führen, sodass zugleich das »Vertrauen in das Gewaltmonopol des Staates« erschüttert würde. Eine solche Befürchtung liegt zwar nahe, würden Verletzungen höchstpersönlicher Schutzgüter (Leib und Leben, Freiheit der Person, sexuelle Selbstbestimmung) oder der Missbrauch amtlicher Befugnisse¹⁰¹⁷ pauschal entkriminalisiert. Doch in Bezug auf den Eigentums- und

1015 An Beispielen: Die zunehmende Verbreitung von Informationstechnologie aktivierte die Sicherheitsverantwortung des Staates, auch in diesem Bereich die – teils divergierenden – Interessenlagen durch das Recht zu koordinieren und beispielsweise Grenzen zwischen rechtmäßigen Informationsabfragen und (straf-) rechtswidrigem Ausspähen von Daten (§ 202a Abs. 1 StGB) zu ziehen; zur Erfüllung dieser durch die technische Entwicklung aktivierten Sicherheitsverantwortung des Staates bediente er sich – als eine von mehreren zielkonformen Optionen – des Strafrechts durch die Einführung des genannten Tatbestands. Umgekehrt führte die sehr weitreichende Strafvorschrift der unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§ 106 Abs. 1 UrhG) in Verbindung mit einer einprägsamen Medienkampagne zu einer verbreiteten Befürchtung, bei tatbestandslosen, sozialadäquaten oder gerechtfertigten Vervielfältigungshandlungen mit strafrechtlichen Sanktionen überzogen werden zu können, was wiederum der Freiheitsbetätigung im Internet abträglich zu werden drohte. Dies aktivierte eine Handlungspflicht des Gesetzgebers, der indes nicht mit einer förmlichen Dekriminalisierung reagierte, aber durch eine Effektivierung der parallelen zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung (§ 101 Abs. 9 UrhG) im Bereich dieses (relativen) Antragsdelikts die anwachsende Unsicherheit ausreichend auszugleichen vermochte.

1016 Am Beispiel: Bei einer Entkriminalisierung der Beförderungser schleichung wäre beispielsweise zu berücksichtigen, wenn zugleich die bußgeld- oder auch nur zivilrechtliche Adressierung des Verhaltens effektiviert würde.

1017 Hierauf rekurrend *Nettesheim*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 93 (125).

Vermögensschutz (z.B. §§ 242 ff. StGB), aber auch den Ehrenschutz (§§ 185 ff. StGB) lässt sich dies nicht in derselben Absolutheit statuieren, wie bestehende andere Ausgleichsmechanismen (namentlich des Zivilrechts) und der Verzicht auf Strafverfolgung (vermittelt durch Strafantragserfordernisse, z.B. §§ 194, 247, 248a StGB) belegen. Zudem ist selbst im vorgenannten »Kernbereich« aus der Perspektive der Sicherheitsverantwortung des Staates ein verbleibender Gestaltungsspielraum zu verzeichnen, beispielsweise welche Tötungshandlungen mit besonders schwerer Strafe belegt werden, inwieweit (etwa im Bereich einer »*transitional justice*«) auf alternative Formen der Konfliktlösung (etwa »Wahrheitskommissionen«)¹⁰¹⁸ zurückgegriffen werden darf oder inwieweit bloße Gefährdungen des Leib oder Lebens (Straßenverkehr!) straflos bleiben können.

Bedeutsamer erscheinen – wie im Kontext des Allgemeinen Teils – die relativ-prozeduralen Bindungen und die hieraus resultierende »weiche« Konstitutionalisierung des Bestands an Strafnormen: Eine strafverfassungsrechtlich erhebliche und justiziable Verletzung läge nämlich zum einen dann vor, wenn bei einer (kriminalisierenden oder dekriminialisierenden) Gesetzesänderung die genannte Sicherheitsverantwortung des Staates gänzlich außer Acht gelassen würde. Zum anderen ist an die aus dem Rechtsstaatsgebot folgende und daher verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zu erinnern, stets einen »Willen zur Gerechtigkeit« zu verfolgen. Wie im Allgemeinen Teil sind (Änderungs-)Gesetze, »die *offensichtlich* nicht von der Suche nach einem ›Mehr‹ an Gerechtigkeit getragen sind, wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip für verfassungswidrig und nichtig zu erklären.«¹⁰¹⁹ Zu diesem »Mehr« an Gerechtigkeit zählt, als eine von mehreren Komponenten, auch die Verhinderung von Selbstjustiz und Gewalt sowie auch im Übrigen die Verfolgung des Staatsziels »Sicherheit«. Dies bedeutete beispielsweise die Verfassungswidrigkeit einer lediglich von Partikularinteressen getragenen Kriminalisierung,¹⁰²⁰ aber auch eine von entsprechenden Interessen getragene Entkriminalisierung. Im Übrigen aber verbleibt es beim Diskurs im politischen Raum und somit beim Ringen um die – auch für die jeweilige Zeit – optimale Auflösung der bestehenden Zielkonflikte und der Rolle, die das Strafrecht hierbei jeweils spielen soll.¹⁰²¹

1018 Monographisch hierzu zuletzt *Werle/M. Vormbaum*, *Transitional Justice*.

1019 Siehe oben § I II. 3. e).

1020 Am (Extrem-)Beispiel, das die Sanktionierung des Totschlags davon abhinge, ob eine Frau (dann: lebenslange Freiheitsstrafe) oder ein Mann (dann: lediglich zeitige Freiheitsstrafe) getötet wurde.

1021 Selbstredend stets unter Beachtung des aus anderen Aspekten folgenden zwingenden Rahmens.

Diese strafverfassungsrechtliche Interpretation der Sicherheitsverantwortung erscheint zudem kongruent zu sein mit dem kriminalpolitischen Rahmen der Strafgesetzgebung. Besonders deutlich wird dies bei Initiativen zur Dekriminalisierung: So sind wesentliche Argumentationslinien aktueller Initiativen zur Dekriminalisierung der Beförderungerschleichung davon getragen, auf alternative Rechtsdurchsetzungsmechanismen – ggf. einschließlich des Bußgeldrechts – zu verweisen¹⁰²² und auf eine verbleibende effektive Rechtsdurchsetzung hinzuweisen,¹⁰²³ so ist bei der Diskussion über die Dekriminalisierung des Cannabis-Konsums zu beachten, dass an einem hinreichenden Schutz der Jugend festgehalten wird¹⁰²⁴ und zugleich darauf hingewiesen wird, dass das Zurückdrängen des Schwarzmarkts ein Betätigungsfeld der organisierten Kriminalität beschneiden kann.¹⁰²⁵ Dies legt nahe, dass sich die Kriminalpolitik – sowohl was Initiativen zur Entkriminalisierung als auch solche zur Kriminalisierung betrifft – bei aller Betonung legislativer Handlungsspielräume stets der Begrenzungen bewusst zu sein scheint, die aus dieser allgemeinen Sicherheitsverantwortung folgen.

cc) Strafrechtskultur und transkulturelles Strafrecht

Der soeben skizzierte staatstheoretische Hintergrund dürfte auch als eine Begründung dafür dienen, warum sich quer über die verschiedenen Rechts- und Kulturräume hinweg ein Kanon eines typischen »Kernstrafrechts« herausgebildet hat,¹⁰²⁶ zu dem jedenfalls die Existenz von Strafvorschriften zum Lebensschutz und betreffend die körperliche Unversehrtheit zählen, jedenfalls vermehrt auch das Sexualstrafrecht bis hin zum Korruptionsstraf-

1022 Vgl. BT-Drs. 19/1115, S. 5; BT-Drs. 19/1690, S. 4 f.

1023 Explizit BT-Drs. 19/1690, S. 4: »Fehl geht auch [...] die Behauptung, dass durch die Entkriminalisierung der Beförderungerschleichung das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit negativ beeinflusst würde, geht es doch nicht um Legalisierung von Fehlverhalten, sondern um dessen adäquate und effektive Sanktionierung durch Einstufung als Ordnungswidrigkeit.«

1024 Vgl. nur BT-Drs. 18/4204, S. 1.

1025 Vgl. BT-Drs. 18/4204, S. 43.

1026 Gerade wegen dieser Betonung einer fundamentalen »horizontalen« Parallelität des Strafrechtsschutzes sollen die nachfolgenden Ausführungen nicht missverstanden werden als Plädoyer für eine integrationsfeindliche Kulturgebundenheit des Strafrechts; vgl. *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (39 f.). Außen vor bleiben muss an dieser Stelle zudem die Frage, ob und inwieweit der kulturelle Hintergrund von Straftätern zu berücksichtigen ist; hierzu *Hörnle*, Gutachten C – 70. dJt; *Valerius*, *Kultur und Strafrecht*; *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 ff.

recht.¹⁰²⁷ Nicht minder bedeutsam sind jedoch die teils evidenten, teils subtilen Differenzen in Schutzzumfang und Schutztiefe,¹⁰²⁸ exemplarisch sei auf hochumstrittene und divergente Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe sowie die zeitliche Reichweite des Lebensschutzstrafrechts verwiesen.¹⁰²⁹ Gleichwohl ist aus der universellen Anerkennung, dass Leib und Leben sowie zumindest einige weitere (höchst-)persönliche Schutzgüter zwar dem Grunde nach eines strafrechtlichen Schutzes bedürfen, sowie aus den transkulturellen Unterschieden der konkreten Kriminalisierung¹⁰³⁰ eine für die hiesige Untersuchung wesentliche Erkenntnis zu ziehen: Im Bereich universell- oder auch nur regional-transkulturellen Strafrechts dürfte die Frage des »Ob« einer Kriminalisierung strafverfassungsrechtlich wie kriminalpolitisch angesichts der Sicherheitsverantwortung des Staates außerhalb des grundsätzlich anerkannten Diskussionsspektrums stehen. Insoweit steht etwa das allgemeine Tötungs- (§ 212 Abs. 1 StGB) und das allgemeine Körperverletzungsverbot (§ 223 Abs. 1 StGB) nicht zur (strafverfassungsrechtlich-normativen und kriminalpolitisch-faktischen) Disposition des Strafgesetzgebers. Anderes gilt indes für die Ausgestaltung im Detail, was (bezogen auf die Rechtslage in Deutschland) beispielsweise die Frage der Strafbarkeit etwa des Versuchs der (einfachen) Körperverletzung und der bloßen Lebensgefährdung betrifft.¹⁰³¹

4. Zusammenführung

In Bezug auf die strafverfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen Wirkmechanismen, die zu Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten führen, zeigte sich erneut ein ausgesprochen differenziertes Bild, das zusätzlich dadurch überlagert wird, dass innerhalb eines an sich bestehenden Handlungsspielraums weitere Mechanismen – neben der bereits genannten Rechtsförmlichkeit nebst Dauerhaftigkeit von Gesetzen¹⁰³² namentlich die Verfüg-

1027 *J. Vogel*, GA 2010, 1 (5 ff.); siehe auch *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1 (7) zu einem »katalogisierbaren engen Kern[...] eines quasi naturrechtlich geltenden bzw. zwingenden Strafrechts« sowie ferner *Höffe*, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, S. 67 ff.; *Kühl*, Freiheitliche Rechtsphilosophie, S. 379.

1028 Dies hervorhebend *J. Vogel*, GA 2010, 1 (5).

1029 *J. Vogel*, GA 2010, 1 (6).

1030 Zu deren partiellen Überbetonung *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 689 ff.

1031 Siehe auch *F. Meyer*, ZStW 123 (2011), 1 (7).

1032 Siehe oben § 1 I.

barkeit von Ausweichmechanismen¹⁰³³ und eine kriminalpolitisch fundierte Strafrechtskontinuität¹⁰³⁴ – hemmend bzw. staisierend wirken.

Höchstpersönliche Schutzgüter betreffende Straftatbestände lassen sich – auch in ihrer detaillierten Ausgestaltung – zwar bei einer weitgehenden Interpretation strafrechtlicher Schutzpflichten bzw. positiver Verpflichtungen des europäischen Menschenrechtsschutzes als konstitutionalisiert und daher dem Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers entzogen interpretieren.¹⁰³⁵ Überzeugender ist es jedoch, dort¹⁰³⁶ – wie in Bezug auf die allgemeine Sicherheitsverantwortung des Staates¹⁰³⁷ – einen breiteren politischen Gestaltungsspielraum anzuerkennen, der gleichwohl die grundsätzliche Verpflichtung des Staates anerkennt, für ein rechtlich geordnetes und freiheitliches Zusammenleben der Bürger zu sorgen. Eine strafverfassungsrechtlich wirksame Begrenzung ist vor allem dort anzuerkennen, wo Veränderungen der Rechtslage sich bewusst von einem »Mehr« an Gerechtigkeit (und damit positiver wie negativer Strafgerechtigkeit) entfernen¹⁰³⁸ oder ein Verweis auf die demokratische Entscheidungsfindung höchst ausnahmsweise unzumutbar ist.¹⁰³⁹ Dieser Rekurs auf die allgemeine Sicherheitsverantwortung des Staates mit Anerkennung eines breiten politischen Handlungsspielraums ist auch im Einklang mit dem Phänomen des transkulturellen Strafrechts.¹⁰⁴⁰

Pönalisierungspflichten des Unionsrechts,¹⁰⁴¹ des Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrechts¹⁰⁴² sowie kriminalpolitisch wirksame supra- und multinationale Mechanismen wirken ab ihrer Umsetzung im StGB versteinern. Sie sind allerdings in hohem Maße fragmentarisch und betreffen, bedingt durch die Primärrechtslage (EU) einerseits, die vorrangig völkervertragliche Genese andererseits vor allem modernere, in Entwicklung befindliche Straftatbestände, etwa des Umweltstrafrechts, des IT-Strafrechts und vor allem des Korruptions- und Terrorismusstrafrechts. Trotz dieser Versteinierungswirkung *ab* ihrer Umsetzung ist indes zu beachten, dass diese Mechanismen *bis zu* und *durch* ihre Umsetzung zugleich eine wesentliche Dynamik freisetzen¹⁰⁴³ und dass eine wesentliche Einflussnahmemöglichkeit

1033 Siehe unten § 1 V.

1034 Siehe unten § 1 VI.

1035 Hierzu oben § 1 III. 3. a) aa) (5).

1036 Hierzu oben § 1 III. 3. a) aa) (6).

1037 Hierzu soeben § 1 III. 3. b).

1038 Oben § 1 III. 3. b) bb).

1039 Siehe hierzu erneut oben § 1 III. 3. a) aa) (6).

1040 Hierzu soeben § 1 III. 3. b) cc).

1041 Oben § 1 III. 1.

1042 Oben § 1 III. 1. c).

1043 Hierzu unten § 2 III. 2. b) bb) und § 2 III. 2. b) cc).

– auch der nationalen Parlamente – auf die Genese dieser Pönalisierungspflichten und -obliegenheiten besteht.¹⁰⁴⁴

IV. Pönalisierungsgrenzen und -hemmnisse

Inwieweit der Gesetzgeber *von Verfassungs wegen*¹⁰⁴⁵ gehindert ist, bestimmte Strafvorschriften zu erlassen, ist eine der beliebtesten Streitfragen im Grenzbereich zwischen Straf- und Verfassungsrecht. Derartige harte Begrenzungen, aber auch bloße Hemmnisse begrenzen den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, Strafvorschriften zu erlassen. Auf diesem Weg tragen solche Begrenzungen und Hemmnisse, spiegelbildlich zu den Pönalisierungsgeboten und -obliegenheiten,¹⁰⁴⁶ zur Statik des Besonderen Teils bei.

Die zu diesem Themenbereich bereits vorliegenden, umfangreichen Untersuchungen machen es im Rahmen der hiesigen Aufarbeitung notwendig, aber auch möglich, sich zumindest teilweise auf eine Meta-Perspektive zurückzuziehen und lediglich die groben und vor allem verfassungsrechtlich (und nicht rechtsphilosophisch oder strafrechtstheoretisch¹⁰⁴⁷) fundierten Argumentationslinien zu skizzieren. Hinzu tritt, dass diese Begrenzungen – jedenfalls bislang – allenfalls in begrenztem Umfang operativ geworden sind. Schließlich habe ich mich zur aus meiner Sicht entscheidenden strafrechtsspezifischen Begrenzungslinie bereits andernorts positioniert.¹⁰⁴⁸

1. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Verhaltensnorm

Bei aller Kritik an der strafverfassungsrechtlichen Leistungsfähigkeit der *Binding*'schen Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm¹⁰⁴⁹ ist – jedenfalls inzwischen – allgemein anerkannt, dass bei isolierter Betrachtung

1044 Hierzu unten § 5 II. 3.

1045 Bisweilen indes auch: kraft einer angenommenen Natur der Sache oder einer fehlenden »Strafrechtswürdigkeit«. Doch die Frage, ob etwas »würdig« sei, mit Strafe bewehrt zu werden, ist eine Kategorie, die das Verfassungsrecht nicht kennt, und ist daher nachfolgend nicht näher zu betrachten.

1046 Siehe soeben § 1 III.

1047 Exemplarisch der vom *harm principle* ausgehende Ansatz bei von Hirsch/Seelmann/Wohlers, *Mediating Principles*; strafverfassungsrechtliche Argumentationen in diesem Sammelband bleiben selbstredend *nicht* unberücksichtigt.

1048 M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 ff.; M. Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 ff.

1049 Siehe hierzu oben § 1 II. in Fn. 125 sowie nachfolgend noch § 1 IV. 2. c) bb).

tung der Verhaltensnorm¹⁰⁵⁰ diese mit höherrangigem Recht in Einklang stehen muss, will sie nicht wegen Verfassungswidrigkeit nichtig bzw. wegen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar sein. Aus der Bewehrung mit Kriminalstrafe können allein zusätzliche Begrenzungen folgen, nicht aber eine Erweiterung dessen, was einem Verbot unterworfen werden kann.¹⁰⁵¹

a) *Verhaltensnorm als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff*

Wenngleich sämtliche Verfassungsbestimmungen Auswirkungen auf die Verfassungskonformität einer strafrechtlichen Verhaltensnorm haben können, so folgen deren wesentliche materielle Begrenzungen aus den Grundrechten. Diese sollen daher hier im Vordergrund stehen:

aa) Eröffnung jedenfalls des Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Bezogen auf die national-verfassungsrechtliche Perspektive ist die vorgenannte Bindung der Verhaltensnorm an die Verfassung einschließlich der Grundrechte allerdings – durchaus erstaunlicherweise – keine Selbstverständlichkeit, denn bis in die heutige Zeit halten sich Stimmen in der Literatur, die (jedenfalls manches) strafbares Verhalten (Tun und auch Unterlassen) aus

1050 Zur Verdeutlichung: »Es ist untersagt, einen anderen Menschen zu beleidigen« (§ 185 StGB), »zu töten« (§ 212 Abs. 1 StGB)« bzw. »in rechtswidriger Zueignungsabsicht eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen« (§ 242 Abs. 1 StGB).

1051 Weder die weitreichende These von *Paulduro*, Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, S. 55, erst die Kombination mit der Vollstreckung einer Strafe begründe einen Eingriff (hiergegen zutr., aber noch zu milde, *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 365 in Fn. 91), noch die These von *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 224 ff., 367, der »Eingriff [entstehe] erst aus der untrennbaren Einheit aus Verhaltensnorm und den vom Grundrechtsträger antizipierten Folgen einer Zuwiderhandlung [...], die im Fall eines Strafgesetzes in einer strafrechtlichen Sanktion liegen« (ähnlich auch *Kudlich*, ZStW 127 [2015], 635 [647 f.]), stellen dies in Abrede, weil sie jeweils aus der Verknüpfung mit der Sanktionsnorm eine zusätzliche Eingriffstiefe herleiten und daher zusätzlichen, erhöhten Legitimationsbedarf im Vergleich zu einer anderweitigen Verbotsnorm annehmen. Am Rande sei gegen die Kritik einer isolierten Verbotsnorm (anklingend bei *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 225) auf die Rechtsqualität des ebenfalls ohne klare Zwangsmittel auskommenden Völkerrechts verwiesen.

dem Schutzbereich sämtlicher Grundrechte, mithin auch des Auffanggrundrechts der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG; eigentlich: allgemeine Verhaltensfreiheit¹⁰⁵²) ausschließen wollen.¹⁰⁵³ Offensichtlich sozialschädliche Verhaltensweisen, so diese Argumentationslinie, liegen *a priori* außerhalb legitimer Freiheit,¹⁰⁵⁴ bzw. die grundrechtlichen Schutzbereiche enthielten eine immanente Grenze dort, wo andere geschädigt werden (*neminem laedere*),¹⁰⁵⁵ insbesondere durch zielgerichteten Zugriff auf ihre Statusrechte Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person.¹⁰⁵⁶ Jedenfalls aber dürfte derartiges Verhalten durch die Rechtsordnung keine Anerkennung – nicht einmal durch Aufnahme in grundrechtliche Schutzbereiche, was mit einem Rechtfertigungszwang staatlicher Eingriffe einhergehe – verdienen,¹⁰⁵⁷ ja eine solche Figur führe zu einem »Grundrecht auf Totschlag oder Freiheitsentziehung oder Körperverletzung« und »höhe die Bedingungen der Rechtllichkeit auf«.¹⁰⁵⁸

Bei aller Polemik, der man sich bei solcher Argumentation aussetzen kann,¹⁰⁵⁹ und in Anerkenntnis, dass es sich dabei um eine »Gretchenfrage«¹⁰⁶⁰ handelt: Aus der Einbeziehung in den Schutzbereich folgt mitnichten die Rechtswidrigkeit eines staatlichen Eingriffs oder einer Strafbewehrung; in den genannten Evidenzfällen liegt die Verfassungskonformität des straf-

1052 Denn dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG unterliegt – lässt man die nachfolgend skizzierte Streitfrage zunächst außer Acht – nicht nur die *positive* Handlungsfreiheit, sondern auch die *negative* Handlungsfreiheit des Untätigbleibens, *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 270; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 359; *Lang*, in: BeckOK-GG⁵³, Art. 2 GG Rn. 16.

1053 *Duttge*, NJW 1997, 3353 (3355); *Hillgruber*, in: FS Isensee, S. 561 (570 ff.); *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 191 Rn. 88, 96; *G. Jakobs*, ZStW 110 (1998), 716 (718 f.); begrenzt auf spezifisch gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit der Person gerichtete Eingriffe *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 214 ff.; siehe ferner die Nachweise bei *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 359 ff.

1054 In diese Richtung *Zaczyk*, GA 2014, 73 (81 ff.).

1055 *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 45.

1056 *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 214 ff.

1057 *Hillgruber*, in: FS Isensee, S. 561 (570 ff.); *Duttge*, NJW 1997, 3353 (3355).

1058 *G. Jakobs*, ZStW 110 (1998), 716 (718).

1059 Vgl. nur das Beispiel des »kaltblütigen Killer[s]«, *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 92; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 104; ergänzen ließen sich noch der »Kinderschänder« (vgl. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 363 in Fn. 85) und der »Völkermörder«.

1060 *Kahl*, AöR 131 (2006), 579 (612); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 361.

rechtlichen (grundsätzlichen¹⁰⁶¹) Verbots auf der Hand und steht völlig außer Streit.¹⁰⁶² Entscheidend ist aber, dass das rechtliche Verbotensein und im hier relevanten Bereich auch die Strafbewehrung¹⁰⁶³ erst durch die Rechtsordnung vorgegeben, diese durch den seinerseits verfassungsrechtlich gebundenen¹⁰⁶⁴ Gesetzgeber erst zu definieren und ein jeglicher staatlicher Eingriff rechtfertigungsbedürftig ist.¹⁰⁶⁵ Die Gegenposition hält hingegen ein »Kernstrafrecht«¹⁰⁶⁶ für naturrechtlich, vor- oder überrechtlich vorgegeben, der Disposition des Strafgesetzgebers entzogen und sieht sich damit, nicht zu Unrecht, dem *Donini*'schen Vorwurf einer »*aristocrazia penale*« ausgesetzt.¹⁰⁶⁷ Mit der diesem Argumentationsmuster inhärenten Strafrechtsfundierung geht zugleich eine Strafrechtsapologie einher: Wegen der Prämisse eines solchen natur-, über- oder vorrechtlichen Kernstrafrechts verschließen sie die Türe zu denkbaren Alternativen des jeweiligen Verbots und einer Rechtsdurchsetzung¹⁰⁶⁸ und verschieben den Argumentationsdruck weg vom Staat, der mit dem einschneidenden Mittel des Strafrechts agiert, hin zu den Bürgern, die

1061 Zutr. auf mögliche Rechtfertigungsgründe hinweisend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 363; *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 199.

1062 Siehe nur *Alexy*, Theorie der Grundrechte⁹, S. 297; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, 363 mit Fn. 85; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 104 ff.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 26.

1063 Die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit von Verbots- und Sanktionsnorm trennend *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 217.

1064 Zu strafrechtlichen Schutzpflichten siehe oben § 1 III. 3.

1065 Siehe nur *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 53 (70); *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 (51); *Gärditz*, JZ 2016, 641 (642); *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (970); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 361 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 93; *Prittowitz*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, S. 53 (53); *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 196 ff.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 23 ff.; bezogen auf die Sanktionierung auch *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 217; weniger deutlich *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 82 f., 163 f.; *Frisch*, NSTZ 2016, 16 (16 f.). Auch das BVerfG neigt dieser Sichtweise zu, wie sich zuletzt in BVerfGE 153, 182 – daran zeigte, dass es im Hinblick auf die Strafvorschrift des § 217 StGB ausgehend von einem »Recht auf selbstbestimmtes Sterben« (Rn. 202 ff.) einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit bejahte (Rn. 214 ff.) und sich sodann auf die Rechtfertigung dieses Eingriffs konzentrierte (Rn. 219 ff.); ebenso BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19 –, Rn. 33 f.

1066 Z.B. *G. Jakobs*, ZStW 110 (1998), 716 (719).

1067 Vgl. *Donini*, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform, S. 9 f.

1068 Etwa im Kontext einer »transitional justice«, hierzu *Werle/M. Vormbaum*, Transitional Justice.

sich teils völlig zu Recht gegen jahrhundertlang als zum »Kernstrafrecht« gehörende Strafvorschriften zur Wehr gesetzt haben.¹⁰⁶⁹ Zudem unterschätzt diese Auffassung die Notwendigkeit, Zweifelsfälle¹⁰⁷⁰ wie widerstreitende Interessen erst innerhalb¹⁰⁷¹ der verfassungsrechtlichen Ordnung zum Ausgleich bringen zu müssen.¹⁰⁷²

bb) Eingriffsqualität von Strafgesetzgebung

Ausgehend von dieser Position ergibt sich zunächst ohne Weiteres,¹⁰⁷³ dass jede neu erlassene oder in ihrem Anwendungsbereich erweiterte Verhaltensnorm¹⁰⁷⁴ einen Grundrechtseingriff darstellt: Ein Eingriff liegt nämlich jedenfalls vor bei jedem »rechtsförmige[n] Vorgang [...], der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt«. ¹⁰⁷⁵ Während die Rechtsförmigkeit, die Unmittelbarkeit und die Finalität der Verhaltensnormen außer Zweifel stehen,

1069 Man denke insbes. an die Pönalisierung einvernehmlich homosexueller Handlungen, die sich national in der wechselvollen Geschichte des § 175 StGB a.F. zeigte (mitsamt des Schandmals BVerfGE 6, 389), und denen europäisch (erst) mit EGMR [Plenum], Urt. v. 22.10.1981 – Nr. 7525/76 (Dudgeon ./ Vereinigtes Königreich); EGMR [Plenum], Urt. v. 26.10.1988 – Nr. 10581/83 (Norris ./ Irland) eine Absage erteilt wurde.

1070 Zutr. *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 26.

1071 Wenn das Verbot einer vorsätzlichen Tötung verfassungsrechtlich nicht rechtfertigungsbedürftig wäre, sondern durch ein natur-, über-, vorrechtliches »Kernstrafrecht« zwingend mit Strafe zu belegen wäre, so müssten auch jegliche Einschränkungen dieses Verbots (Notwehr, Dilemma-Situationen, ...) auf dieser natur-, außer-, vorrechtlichen Ebene diskutiert werden. Dies hätte überdies zur Konsequenz, dass – je nach natur-, außer-, vorrechtlicher Sichtweise – zugleich Verfassungsgarantien wie der Schutz der Menschenwürde relativiert und entkernt werden könnten.

1072 Man denke nur an die Notwendigkeit, das Maß akzeptierter Lebensgefährdungen durch Freiheiten des Straßenverkehrs, der wirtschaftlichen Betätigung (Umweltschutz) und der Versammlungsfreiheit (Infektionsschutz) zu bestimmen.

1073 So auch *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 111 f. sowie (implizit) *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 19 ff.; enger (nur wegen Verbindung mit Sanktionsnorm) *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 366 f. sowie (bei bestimmten Strafvorschriften nur Sanktionsnorm) *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 217.

1074 Sei es durch Ausweitung auf Tatbestandsebene, sei es durch Reduktion auf Rechtfertigungsebene.

1075 Siehe nur BVerfGE 105, 279 (300); st. Rspr.

wird bisweilen an deren Imperativität gezweifelt, weil erst aus der Sanktionsnorm die (nachfolgende wie vorwirkende) Zwangswirkung folge.¹⁰⁷⁶ Verhaltensnormen¹⁰⁷⁷ sind aber, ohne dass es auf die Sanktionsnorm ankäme, Teil der polizeirechtlich zu schützenden objektiven Rechtsordnung.¹⁰⁷⁸ Zur Unterbindung des verbotenen Verhaltens sind daher polizeirechtliche Maßnahmen möglich. Dies vermittelt eine hinreichende Imperativität, sodass der geschilderte Einwand nicht durchdringt.¹⁰⁷⁹

Neben den bereits auf dem vorgenannten Weg in ihren Grundrechten betroffenen Personen – plakativ gesprochen: den potentiellen Straftäter*innen – sind noch weitere Personen in den Blick zu nehmen. Denn nach dem anerkannten »modernen« Eingriffsbegriff genügen faktische Wirkungen, »soweit sie dem Einzelnen ein in den Schutzbereich eines Grundrechts fallendes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich machen oder erschweren.«¹⁰⁸⁰ Am Beispiel des (strafrechtlichen) Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB a.F.): Diese Strafvorschrift, die sich gegen Suizidhelfer richtete (klassischer Eingriff), machte es Suizidwilligen »faktisch unmöglich, [...] geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen«, und griff, weil dies »nicht nur reflexartig als Folge eines anderen Zielen dienenden Gesetzes ein[tritt]«, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Suizidwilligen ein, »auch wenn sie nicht unmittelbare Adressaten des § 217 StGB« waren.¹⁰⁸¹

Keine Veränderung der Verhaltensnormen beinhalten indes bloße Strafschärfungen oder auch Kriminalisierungen von bereits zuvor verbotenem (und z.B. mit einer Geldbuße belegtem) Verhalten.¹⁰⁸² Ebenfalls ohne Auswirkung auf das Verbotensein sind Veränderungen der Bewertung von Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründen sowie der Verfolgbarkeit. In gleicher Hinsicht ist bei einer Entkriminalisierung zu differenzieren.¹⁰⁸³

1076 In diese Richtung *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 366.

1077 Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur Regelung einer Richtgeschwindigkeit o.Ä., a.A. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 366.

1078 Näher *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 258 ff.

1079 Siehe auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 85. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 336 legt nicht näher dar, warum die hierdurch vermittelte Imperativität außer Acht zu lassen wäre.

1080 *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 61; *H. Dreier*, in: *Dreier*³, Vorb. Rn. 125; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*¹⁶, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 28; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 365 f.; jew. m.w.N.

1081 BVerfGE 153, 182 (Rn. 214 ff.); ergänzend hierzu *Brunhöber*, NStZ 2020, 538 (539 f.) sowie unten § 2 III. 3. a) bb) (3).

1082 Zu verfassungsprozessualen Folgeproblemen einer hiergegen gerichteten Rechtsatzverfassungsbeschwerde siehe unten § 4 III. 2. e).

1083 Zutr. *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 111 mit Fn. 50.

Die Umgestaltung zu einer Ordnungswidrigkeit lässt beispielsweise das Verbotensein unberührt. Ein verhaltensnormbezogener Eingriff durch eine entkriminalisierende Strafgesetzgebung ließe sich somit nur in denjenigen Ausnahmefällen diskutieren, in denen der Strafgesetzgeber trotz Bestehen einer strafrechtlichen Schutzpflicht¹⁰⁸⁴ das maßgebliche Verhalten straffrei und auch sonst unverboden stellt.

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Betrachtet man – wie hier – die in einem Straftatbestand enthaltene Verhaltensnorm isoliert von ihrer strafrechtlichen Sanktionierung,¹⁰⁸⁵ so ergeben sich für die Frage allein¹⁰⁸⁶ deren verfassungsrechtlicher Rechtfertigung grundsätzlich¹⁰⁸⁷ keine strafrechtsspezifischen Besonderheiten zum sonstigen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab,¹⁰⁸⁸ gleich ob im konkreten Fall ein spezielles (Freiheits-)Grundrecht wie die Meinungsfreiheit¹⁰⁸⁹, die Wirtschaftsverfassung¹⁰⁹⁰ oder das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen ist,¹⁰⁹¹ und gleich ob es sich um ein Erfolgs-, Ge-

1084 Hierzu oben § 1 III. 3.

1085 Ob eine Verletzung der Verhaltensnorm formell oder materiell zu bestimmen ist, liegt – entgegen *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 82 ff. – quer zur hier betrachteten Frage.

1086 Zur Klarstellung: Aus der Sanktionsnorm und aus der Verknüpfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm können mithin weitere Einschränkungen folgen.

1087 Besonderheiten können sich bei Art. 5 GG daraus ergeben, dass Strafgesetze durch die Schrankenbestimmung des Abs. 2 erfasst werden, sowie hinsichtlich des Art. 11 GG, der in seinem Abs. 2 auf strafrechtliche (Vereins-)Verbote verweist. Zudem gilt nur im Bereich strafrechtlicher Verhaltensnormen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, hierauf spezifisch hinweisend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 367 ff.

1088 Zu eng daher *Bülte/Krell*, GA 2022, 601 (605), welche die Prüfung von Strafgesetzen am Maßstab »spezifischer Grundrechte« allein als Frage der Verhältnismäßigkeit sehen.

1089 Hierzu etwa BVerfGE 124, 300.

1090 Zu deren Auswirkungen auf das Wirtschaftsstrafrecht siehe *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, S. 120 ff.

1091 *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 79 ff., 173; *Gärditz*, JZ 2016, 641 (642); *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (970); *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 93; *J. Vogel*, Legitimationsprobleme im Betrugsstrafrecht, S. 196 ff.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 24. Dies gilt unbeschadet der Frage, ob die Schrankentrias bei Art. 2 Abs. 1 GG weit oder – wie z.B. von *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 41 ff. und *Bittmann*, NSTZ 2016, 249 (254 f.) vertreten – eng auszulegen ist.

fahrerfolgs-, abstraktes Gefährdungs- oder bloßes Risikodelikt handelt.¹⁰⁹² Wie bei allen Verhaltensnormen, deren primäre Durchsetzung erst nachgelagert erfolgt – man denke neben dem Ordnungswidrigkeitenrecht auch an Vertragsstrafen oder an Schadensersatz – ist allerdings (und insoweit ist den Kritikern einer getrennten Prüfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm Recht zu geben) im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Eignung eines *strafrechtlichen* Verbots zur Verhaltenssteuerung und konkret zur Generalprävention zunächst zu unterstellen.¹⁰⁹³

Dass eine Verhaltensnorm verfassungsrechtlich nicht strafrechtsspezifisch zu prüfen ist, zeigte sich kürzlich im Urteil des BVerfG zum Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe (§ 217 StGB a.F.): Zwar stellte der *Zweite Senat* in den Urteilsgründen gelegentlich auf ein »strafbewehrte[s] Verbot«¹⁰⁹⁴ ab. Doch bezogen sich sämtliche tragenden Ausführungen, dass der aus der Verhaltensnorm folgende Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht gerechtfertigt ist, auf allgemeine grundrechtliche Erwägungen und nicht auf strafrechtliche Spezifika.¹⁰⁹⁵ Gleiches zeigte sich zuvor bereits im *Cannabis-Beschluss*¹⁰⁹⁶ und besonders deutlich im Beschluss zur Verfas-

1092 Vgl. *Brunhöber*, in: Asholt u.a. (Hrsg.), *Grundlagen und Grenzen des Strafens*, S. 13 (32) mit der Forderung, grundrechts- und damit freiheitsbasiert gegen »präventive Strafvorschriften« zu argumentieren.

1093 Vgl. BVerfGE 153, 182 (Rn. 260).

1094 So in BVerfGE 153, 182 (Ls. 2, Rn. 216, 260). Dass die Bewehrung mit Kriminalstrafe nicht entscheidend war, ergibt sich eindrücklich aus Rn. 223: »Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit zu messen [...]. Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz genügt diesem Grundsatz nur, wenn es geeignet und erforderlich ist, um die von ihm verfolgten legitimen Zwecke zu erreichen, und die Einschränkungen des jeweiligen grundrechtlichen Freiheitsraums hierzu in angemessenem Verhältnis stehen«.

1095 BVerfGE 153, 182 (Rn. 219 ff.) m. Anm. *Brunhöber*, *NStZ* 2020, 538. Der Hinweis, dass »der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein« kann (Rn. 234; hierzu unten § 1 IV. 2. a) bb) (3)), ist nicht tragend geworden und lässt offen, ob dies Ziel sonstiger (nicht-strafrechtlicher) Gesetzgebung sein dürfe. Soweit auf die Straffreiheit mancher Formen der Suizidhilfe abgestellt wird (Rn. 262, 282 ff.), lässt sich dies lediglich als Verweis auf eine fehlende Verhaltensnorm verstehen; auch Formulierungen einer »verfassungsrechtlich geforderte[n] Strafflosigkeit« (Rn. 278) sind nicht strafrechtsspezifisch zu verstehen, weil noch im selben Kontext entscheidungserheblich auf das bloße Verbotensein abgestellt wird (ebenso in Rn. 284). Gleiches gilt zu den Ausführungen zur grundsätzlichen Legitimerbarkeit von [strafrechtlichen] Verboten bloßer Gefährdungen (Rn. 267 ff.).

1096 BVerfGE 90, 145 (171 ff.); zurückhaltender die Interpretation bei *Gärditz*, *JZ* 2016, 641 (642).

sungswidrigkeit des (strafbewehrten) Verbots von Mitfahrzentralen,¹⁰⁹⁷ aber auch im Kammerbeschluss zur Strafbarkeit des »Containerns«.¹⁰⁹⁸

Der Einfluss dieser Begrenzungslinie auf das materielle Strafrecht und somit mittelbar auf die Statik des StGB lässt sich indes nur schwer konkretisieren, da die allgemeinen abwehrrechtlichen Begrenzungen staatlichen Handelns bereits für sich Bibliotheken füllen. Allerdings lässt sich zum einen festhalten, dass in den – sehr seltenen – Fällen, in denen das BVerfG einen Straftatbestand für verfassungswidrig hielt, es dieses Verdikt (allein) auf die Verhaltensnorm stützte.¹⁰⁹⁹ Zum anderen handelt es sich bei dieser Begrenzung nicht um eine strafrechtsspezifische, sodass auch die Statik des StGB hierdurch weder stärker noch schwächer ausgeprägt sein dürfte als die sonstiger ge- oder verbietender Rechtsnormen.

dd) Relevanz der EMRK

Unbeschadet der Tatsache, dass die EMRK nach der Rechtsprechung des BVerfG aus nationaler Perspektive kein formelles Verfassungsrecht darstellt, zeigt sich ein maßgeblicher mittelbarer Einfluss der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung auch in Bezug auf Verhaltensnormen.¹¹⁰⁰ Zudem zählt die EMRK – unbestritten – zum europäischen Strafverfassungsrecht und stellt jedenfalls in der kriminalpolitischen Wirklichkeit Deutschlands eine harte Begrenzung jeglicher Strafgesetzgebung dar.¹¹⁰¹ Hinsichtlich der Prüfung von Verhaltensnormen am Maßstab der EMRK gilt indes das zuvor Gesagte entsprechend: Aus der Fundierung der Verhaltensnorm in einer Strafvorschrift folgen weder strengere noch mildere Kriterien für die Prüfung einer Konventionsverletzung; der EGMR prüft allein die Vereinbarkeit des Verbots mit den Gewährleistungen der EMRK.¹¹⁰²

1097 BVerfGE 17, 306 (313 ff.); ebenso *Gärditz*, JZ 2016, 641 (642).

1098 BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19 –, Rn. 38 ff (trotz Lippenbekenntnis in Rn. 36).

1099 BVerfGE 17, 306 (313 ff.); BVerfGE 153, 182 (Rn. 216 ff.).

1100 Exemplarisch BVerfGE 153, 182 (Rn. 302 ff.).

1101 Siehe oben § 1 II. 1. d) aa) bei und mit Fn. 252.

1102 Eindrücklich EGMR [Plenum], Urt. v. 22.10.1981 – Nr. 7525/76 (*Dudgeon* ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 40 ff.; EGMR [Plenum], Urt. v. 26.10.1988 – Nr. 10581/83 (*Norris* ./ Irland), Rn. 35 ff.; EGMR [GK], Urt. v. 19.02.1998 – Nr. 24839/94 (*Bowman* ./ Vereinigtes Königreich), Rn. 31 ff.; ferner EGMR, Urt. v. 11.06.2020 – Nr. 15271/16 (*Baldassi* u.a. ./ Frankreich), Rn. 58 m. Bspr. *Ambos*, VerfBlog v. 16.06.2020, der es (ohne weitere Begründung) für »bemerkenswert«

b) Unionsrechtskonformität der Verhaltensnorm

Im Ausgangspunkt ähnlich ist auch der Einfluss des Unionsrechts auf Verhaltensnormen, wenngleich hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit der entgegenstehenden unionsrechtlichen Bestimmung zu differenzieren ist: Fehlt es an dieser unmittelbaren Anwendbarkeit, so ist Konsequenz einer widersprechenden und auch nicht durch unionsrechtskonforme Auslegung¹¹⁰³ korrigierbaren Strafvorschrift »lediglich« deren Unionsrechtswidrigkeit. Daher bleibt eine widerstreitende nationale Strafvorschrift zunächst unberührt, doch ist der Gesetzgeber durch das Unionsrecht rechtlich gebunden, die Rechtslage anzupassen;¹¹⁰⁴ als Druckmittel kann ein Vertragsverletzungsverfahren mit entsprechenden Sanktionen eingesetzt werden. Ist eine Verhaltensnorm hingegen, gleich ob sie in Strafvorschriften oder in sonstigen nationalen Rechtsvorschriften enthalten ist, im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht (Primär- und Sekundärrecht), so ist sie nicht anwendbar (*Anwendungsvorrang des Unionsrechts*).¹¹⁰⁵ Dann entfaltet sie bereits keine Verbotswirkung und etwaige »Verstöße« sind bereits nicht tatbestandsmäßig.¹¹⁰⁶ Beispiel hierfür ist § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB, der wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 21 AEUV) auf das Vorenthalten eines Kindes im EU-Ausland,¹¹⁰⁷ sondern nur noch auf das Vorenthalten in Drittstaaten anwendbar ist.

Indes ist dieser Vorrang des Unionsrechts zunächst auf die Kompetenzen des Unionsrechts begrenzt, was, bei allem Streit im Detail, auch nationalverfassungsgerichtlicher *ultra vires*-Kontrolle unterzogen wird.¹¹⁰⁸ Hiermit

hält, dass es unstreitig gestellt worden war, dass eine strafrechtliche Verurteilung wegen eines Boykottaufrufs einen Eingriff in Art. 10 EMRK darstellt.

1103 Hierzu *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht², § 2 Rn. 64 ff.; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 102 ff. sowie monographisch *Knaupe*, Die unionsrechtskonforme Auslegung des bundesdeutschen Strafrechts.

1104 Vgl. *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 15; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 11 Rn. 26 f.

1105 Allgemein hierzu, statt vieler, BVerfGE 126, 286 (301) sowie *Jähne/Schramm*, Europäisches Strafrecht, S. 20 ff.

1106 *Ambos*, Internationales Strafrecht⁵, § 11 Rn. 44 ff.; *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht², § 2 Rn. 12 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht⁶, § 9 Rn. 8 ff.; *Satzger*, Europäisches und Internationales Strafrecht¹⁰, § 9 Rn. 93; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, S. 506 ff.; siehe auch EuGH, Urt. v. 14.07.1977 – C-8/77 (Sagulo), Rn. 6.

1107 EuGH, Urt. v. 19.11.2020 – C-454/19 (Staatsanwaltschaft Heilbronn).

1108 Siehe hierzu nur BVerfGE 89, 155 (188, 210); BVerfGE 126, 286 (Ls. 1, 302 ff.); BVerfGE 151, 202 (Rn. 140 ff.) und, mit erstmaligem Zünden der *nuclear option*, BVerfGE 154, 17; ausführlich hierzu unten § 5 II. 3. a) dd) (3).

im Einklang, aber primärrechtlich ausdrücklich klargestellt ist zudem, dass das Unionsrecht keinen Einfluss auf die irische Rechtslage des Schwangerschaftsabbruchsstrafrechts nimmt.¹¹⁰⁹ Noch nicht hinreichend geklärt ist indes, ob auch die nationale *Verfassungsidentität*¹¹¹⁰ gegen unionsrechtliche Verhaltensnorm- und damit Strafrechtsbegrenzungen in Stellung gebracht werden kann. Dies erscheint zwar konstruktiv möglich, ohne im Pathos der *Lissabon*-Entscheidung auf eine spezifische Souveränitätssensibilität des Strafrechts¹¹¹¹ rekurren zu müssen (die hier *nota bene* strafrechtsexpansiv wirken würde). Allerdings sind Anwendungsfälle kaum denkbar, da hierzu strafrechtliche Schutzpflichten¹¹¹² weiter auslegt werden müssten als im Unionsrecht, man sie zugleich als identitätsstiftend ansehen müsste und eine der Erfüllung dieser Schutzpflicht dienende Strafvorschrift mit Unionsrecht im Widerspruch stehen müsste. Doch selbst hier verbliebe es bei dem Grundsatz, dass bezogen auf die Verhaltensnorm keine Besonderheiten daraus resultieren, dass sie im Strafrecht fundiert ist.

c) Kriminalpolitische Perspektive

Der Erlass von Verhaltensnormen ist im Ausgangspunkt eine allgemeinpolitische Frage; sie wird erst durch die Verknüpfung mit einer kriminalstrafrechtlichen Sanktionsnorm kriminalpolitisch. Demzufolge sind auch die politisch wirksamen Begrenzungen der Gesetzgebung, die durch ihre Einhegung legislativer Aktion zu einer Statik des StGB beitragen, zunächst einmal identisch mit dem allgemeinen politischen Handlungsrahmen in Deutschland. Auf diesen können an dieser Stelle nur zwei Schlaglichter geworfen werden:

1109 Protokoll (Nr. 35) über Artikel 40.3.3 der Verfassung Irlands, ABIEU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 47 (321).

1110 Zur Identitätskontrolle aus deutscher und strafrechtlicher Perspektive BVerfGE 140, 317 m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Brodowski*, JR 2016, 415 ff.; *H.-H. Kühne*, StV 2016, 299 ff.; *F. Meyer*, HRRS 2016, 332 ff.; *Nettesheim*, JZ 2016, 424 ff.; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333 ff.; *Satzger*, NSTz 2016, 514 ff.; *Sauer*, NJW 2016, 1134 ff.; *Schönberger*, JZ 2016, 422 ff. sowie ausführlich unten § 5 II. 3. a) dd) (4).

1111 BVerfGE 123, 267 (359 f.).

1112 Siehe hierzu oben § 1 III. 3. a) aa) (5).

aa) Grundrechte und grundrechtsbezogene Rechtsprechung des BVerfG als »polity«

Zwischen den grundrechtlich-verfassungsrechtlichen Begrenzungen – insbesondere in ihrer konkreten Auslegung durch das BVerfG – und dem politischen Handlungsrahmen im Sinne einer »polity«¹¹¹³ ist eine große Kongruenz zu verzeichnen.¹¹¹⁴ Dies äußert sich erstens in der – bei anderen Verfassungsbereichen wie der Finanzverfassung oder der Kompetenzordnung nicht gleichermaßen gegebenen – Zurückhaltung gegenüber Verfassungsänderungen; die wenigen Verfassungsänderungen, die in den Art. 1 ff. GG erfolgten, waren zudem höchstpolitischer Gestalt,¹¹¹⁵ sprich sie waren (mit Ausnahme der Änderung des Art. 16 Abs. 2 GG) Gegenstand heftiger Diskussion in der breiten Öffentlichkeit. Die hochpolitische Natur zeigte sich auch darin, dass die politisch unterlegene Seite zumeist explizit oder jedenfalls implizit auf Korrektur oder jedenfalls Einhegung der Verfassungsänderung durch das BVerfG hoffte und daher Entscheidungen des BVerfG herbeiführte, unterstützte oder begleitete.¹¹¹⁶ Zweitens gelten Entscheidungen des BVerfG, in denen vom eigenen politischen Lager mitverantwortete Gesetze durch das BVerfG für verfassungswidrig erachtet werden, als politische Niederlage. Dies beruht – neben der Möglichkeit für den jeweiligen politischen Gegner, auf diesen Umstand hinzuweisen – vor allem auf dem hohen Ansehen des BVerfG in der breiten Öffentlichkeit.¹¹¹⁷ Drittens, und eng hiermit verbunden, erfolgt Kritik am BVerfG im politischen Raum –

1113 Siehe hierzu oben Einführung I. 2. a) bb) (3).

1114 Siehe auch *Voigt*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*², S. 69 (73 f.); *Vorländer*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*², S. 299 (302).

1115 Geändert bzw. eingefügt wurden Art. 1 Abs. 3, 12, 17a GG durch die sog. Wehrverfassung (BGBl. 1956 I, S. 111); Art. 9 Abs. 3, 10, 11 Abs. 2, 12, 12a und Art. 20 Abs. 4 GG durch die sog. Notstandsverfassung (BGBl. 1968 I, S. 709); Art. 16, 16a, 18 GG durch die Asylverfassung (BGBl. 1993 I, S. 1002); Art. 13 GG zur Einführung des sog. »großen Lauschangriffs« (BGBl. 1998 I, S. 610); Art. 16 Abs. 2 GG zur Ermöglichung der Auslieferung Deutscher (BGBl. 2000 I, S. 1633).

1116 Siehe BVerfGE 12, 45 zur Wehrverfassung; BVerfGE 30, 1 zur Notstandsverfassung in Bezug auf Art. 10 GG; BVerfGE 94, 49 zur Asylverfassung; BVerfGE 109, 279 zum »großen Lauschangriff« sowie BVerfGE 113, 273 zum Europäischen Haftbefehl.

1117 Empirisch hierzu *Lembcke*, Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts, S. 19 ff.; *Vorländer*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*², S. 299 (309 ff.); *Patzelt*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen Sys-*

und dies unterscheidet die Situation in Deutschland von etlichen anderen, auch europäischen Staaten – selten und stößt, gerade wenn sie vom BVerfG vorgegebene Grenzen auszuhebeln sucht,¹¹¹⁸ ihrerseits auf heftigen Gegenwind.¹¹¹⁹ Dies führt zu einer hohen Resilienz des Verfassungsrechts und damit auch des BVerfG selbst,¹¹²⁰ lässt aber zugleich jeden Versuch, über die grundrechtlichen Begrenzungen politisch hinauszugehen, zur politisch hochriskanten Ausnahmeerscheinung werden.

bb) Breiter politischer Handlungsspielraum

Abseits des vorgenannten verfassungs-grundrechtlichen Rahmens und – mit gewissen Abstrichen – des weiteren verfassungsrechtlichen Rahmens fällt es schwer, zusätzliche, politisch wirksame Begrenzungen im Sinne einer »polity« festzustellen, die den Erlass von Verhaltensnormen einhegen. Die im politischen Meinungsspektrum zur politischen und rechtlichen Verhaltensregulierung vertretenen Positionen sind zu divers und reichen und reichen, um nur einige Schlagwörter zu nennen, von Neoliberalismus über »Nudging« hin zu staatlicher Steuerung im Detail, mit strafrechtlichem Bezug von Legalisierung (und nicht bloßer Entkriminalisierung) »weicher« Drogen hin zum nur subjektiv-motivatorisch begrenzten pönalisierten Ausreiseverbot (§ 89a Abs. 2 StGB). Politische »Denkverbote« abseits des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens sind in Bezug auf Verhaltensvorgaben bzw. Verhaltensnormen allenfalls höchst selten anzutreffen; sie tragen zur Statik des StGB nicht bei.

tem², S. 313 (331 ff.); siehe ferner *Voigt*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System², S. 69 (77) m.w.N.

1118 Es ist namentlich eine Asymmetrie dahingehend zu vermuten, dass eine gescheiterte Normenkontrolle vor dem BVerfG weit weniger politisch nachteilig ist denn ein Obsiegen politisch vorteilhaft.

1119 Vgl. auch *Vorländer*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System², S. 299 (300 ff.) zur historischen Entwicklung m.w.N.

1120 Siehe erneut *Vorländer*, in: van Ooyen/M. H. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System², S. 299 ff.; aus der Binnenperspektive exemplarisch *P. Müller*, *VerfBlog* v.24.02.2017.

2. Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Sanktionsnorm bzw. der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm

Angesichts einer oftmals vernommenen Kritik einer Strafrechtshypertrophie verwundert es nicht, welcher Aufwand für die Suche nach strafrechtsspezifischen Begrenzungen des legislativen Handlungsspielraums betrieben wird. Allein die Darstellung, geschweige denn die Bewertung aller hierzu vertretenen Auffassungen würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Daher liegt der Fokus nachfolgend auf einer holzschnittartigen, auf die jeweilige Wirkmacht zugespitzten Analyse der drei Hauptbegrenzungsversuche mit (auch) verfassungsrechtlicher Fundierung, namentlich der Rechtsgutslehre,¹¹²¹ dem *Ultima Ratio*-Prinzip¹¹²² sowie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.¹¹²³

a) Gesetzgebungskritische Rechtsgutslehre

Noch immer dominiert in der deutschen Strafrechtswissenschaft der schillernde Begriff¹¹²⁴ des »Rechtsguts« in der Diskussion über Legitimität und Begrenzung des Strafrechts.¹¹²⁵

aa) Abschichtungen

Die vielstimmige und vielschichtige Diskussion über »die« Rechtsgutslehre erfordert im Hinblick auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand zunächst Abschichtungen. So sind angesichts der hiesigen Forschungsfrage diejenigen Argumentationslinien auszuschneiden, die zwar rechtsphilosophisch,

1121 Sogleich § 1 IV. 2. a).

1122 Nachfolgend § 1 IV. 2. b).

1123 Unten § 1 IV. 2. c).

1124 Vgl. *Müssig*, in: FS Fischer, S. 171 (177 ff.); *U. Neumann*, in: FS Fischer, S. 183 (184).

1125 Auf eine (Auswahl-)Bibliographie sei an dieser Stelle verzichtet und stattdessen auf die umfanglichen Nachweise in den beiden Referaten der 36. Strafrechtslehrer*innen-Tagung in Augsburg verwiesen, *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (616 mit Fn. 3); *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (635 mit Fn. 1); ergänzend aus neuerer Zeit *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (43 f.); *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (79 ff.); *Schick*, GA 2020, 14 ff.; *Müssig*, in: FS Fischer, S. 171 ff.; *U. Neumann*, in: FS Fischer, S. 183 ff.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 116 ff.

naturrechtlich oder strafrechtstheoretisch, aber doch verfassungsfern argumentieren, da und soweit es an solchen Ansätzen der hier allein betrachteten strafverfassungsrechtlichen oder kriminalpolitischen Wirksamkeit fehlt.

(1) Auslegungsleitende Funktion

Als *Auslegungsmaxime*¹¹²⁶ wirkt ein Rechtsgutsparadigma auf die Anwendung des Strafrechts ein. Zwar bestehen Wechselbeziehungen zwischen Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis dahingehend, dass der Gesetzgeber die Normanwendung bei der Normsetzung mitbedenken sollte und sich mit einer restriktiven Auslegung verfassungsrechtliche Schwierigkeiten auflösen lassen. Dennoch kann ein auslegungsbezogenes Verständnis der Rechtsgutslehre den Gesetzgeber nicht unmittelbar in seinem Handeln begrenzen.¹¹²⁷ Diese Funktion ist somit für die hiesige Frage nach Wirkmechanismen einer Statik des StGB vernachlässigbar.

(2) Kriminalpolitische Klugheitsregel: »policy«, echte oder scheinbare »polity«?

Nicht selten wird die Rechtsgutslehre als *kriminalpolitische Maxime* verstanden, als »Klugheitsregel«,¹¹²⁸ an die sich ein »vernünftiger« Gesetzgeber halten solle.¹¹²⁹ Verstöße seien jedoch nicht verfassungsgerichtlich rügbär

1126 Hierzu exemplarisch BVerfGE 120, 224 (241); *Wohlers*, GA 2012, 600 (605) (zu *Birnbaum*); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (24, 32); vgl. ferner *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 196 f.; *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (638 f. mit Fn. 9); *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 32 f.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 121 f.

1127 Siehe nur *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (620 ff.); zu Wechselbeziehungen *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (645 f.).

1128 Begriff nach *Landau*, NSTz 2015, 665 (668) sowie *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (365).

1129 In diesem Sinne etwa *Hefendehl*, GA 2007, 2 (5); *C. Roxin*, in: FS Hassemer, S. 573 (584 f.); *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 65 (78 ff.); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (49 bei Fn. 183); mit starkem rechtspolitischen Akzent ferner *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 63 (84) sowie *Prittitz* bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (715). Vgl. ferner *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (618 f.); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 209; *Otto*, JURA 2016, 361 (367 f.).

und führten daher nicht zur Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit von Strafnormen, sondern allenfalls zu einem Legitimationsproblem.¹¹³⁰

Angesichts des mehrschichtigen Politikbegriffs ist weiter zu differenzieren: Wird die Orientierung an »legitimen« Rechtsgütern als eines von mehreren möglichen kriminalpolitischen Zielen verstanden, so handelt es sich lediglich um eine »policy«¹¹³¹ unter mehreren, die ohne jeden Autoritäts- oder Richtigkeitsanspruch im politischen Wettstreit operiert. Wird hingegen – teils explizit, teils implizit – die Orientierung an »legitimen« Rechtsgütern als Rahmen legitimer Kriminalpolitik betrachtet und Verletzungen dieser Maxime als Grenzüberschreitungen stigmatisiert, so handelt es sich um eine »polity«,¹¹³² also um einen kriminalpolitisch wirksamen (und für die hiesige Fragestellung bedeutsamen) Rahmen strafgesetzlicher Tätigkeit.

Ob die Rechtsgutslehre von den Proponenten einer kriminalpolitischen Interpretation als »policy« oder »polity« verstanden wird, verbleibt unklar. Indes ist für die kriminalpolitikwissenschaftliche Zuordnung ohnehin nicht die subjektive Zuordnung durch einzelne Akteure, sondern die empirische Wirkmacht entscheidend: Dabei streitet zwar der Aspekt, dass in Begründungen von Gesetzentwürfen,¹¹³³ in Stellungnahmen bei Sachverständigenanhörungen¹¹³⁴ und auch im weiteren politischen Diskurs¹¹³⁵ über das zu schützende Rechtsgut und dessen Legitimität gestritten wird, für eine Einstufung als »polity«. Die Beliebigkeit in der Kreation von Rechtsgütern im politischen Raum¹¹³⁶ spricht jedoch entscheidend dagegen, ebenso die fehlende Anerkennung einer Bindung an ein Rechtsgutparadigma durch

1130 In diese Richtung auch *U. Neumann*, in: FS Fischer, S. 183 (193 f.); mit Einschränkungen ferner *C. Roxin*, in: FS Hassemer, S. 573 (584 f.): kriminalpolitische Klugheitsregel nur innerhalb des Beurteilungsspielraums.

1131 Siehe oben Einführung I. 2. a) bb) (1).

1132 Siehe oben Einführung I. 2. a) bb) (3).

1133 Exemplarisch BT-Drs. 18/4898, S. 26 (»Integrität des organisierten Sports«); siehe hierzu *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (56 mit Fn. 99).

1134 Eindrücklich *Kühl*, in: FS Stöckel, S. 117 (130 f.); ferner *Dubber*, ZStW 117 (2005), 485 (502 ff.); *M. Jahn/Ziemann*, in: FS Kargl, S. 227 (236); *Singelstein*, in: FS Kutscha, S. 325 (328 f.).

1135 Exemplarisch die Debattenbeiträge von *Grindel*, BT-Prot. 18/10255, 18/10262, 18/13446 und *Stier*, BT-Prot. 18/10266 zum Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport.

1136 Siehe, mit teils sehr kritischer Tendenz, *Frisch*, in: FS Stree/Wessels, S. 69 (72); *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (640 mit Fn. 16); *Naucke*, in: FS Wolff, S. 361 (362); *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, S. 137 f.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (656 f.).

politische Entscheidungsträger.¹¹³⁷ Es scheint sich daher um ein Zerrbild zu handeln, in dem Teile der Strafrechtswissenschaft die Rechtsgutslehre gerne als »polity« sähen, während es sich (jedenfalls inzwischen) allenfalls um eine »policy« handeln dürfte.

bb) Verfassungsrechtlicher Gehalt

(1) Ausgangspunkt: BVerfGE 120, 224

Die hier vorgenommene Suche nach Wirkmechanismen einer Strafrechtsstatik könnte sich zunächst mit der klaren Aussage im *Inzest*-Beschluss des BVerfG zufrieden geben, in welcher der traditionsreichen¹¹³⁸ Rechtsgutslehre eine verfassungsrechtliche Bedeutungslosigkeit¹¹³⁹ attestiert wird:

»Strafnormen unterliegen von Verfassungen wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten. [...] Will man [...] mit einer »naturalistischen« Rechtsgutstheorie als legitime Rechtsgüter nur bestimmte »Gegebenheiten des sozialen Lebens« anerkennen [...] oder in anderer Weise von einem überpositiven Rechtsgutsbegriff ausgehen, so gerät ein solches Konzept – verstanden und angewendet als Element des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs – in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke [...] auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Diese Befugnis kann nicht unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits des Gesetzgebers »anerkannte« Rechtsgüter eingeengt werden. Sie findet ihre Grenze vielmehr – auf dem Gebiet des Strafrechts wie anderswo – nur in der Verfassung selbst, wenn und soweit diese die Verfolgung eines bestimmten Zwecks von vornherein ausschließt. [...] [J]edenfalls stellt es keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die

1137 Eindrücklich *Maas*, NStZ 2015, 305 (309 f.); hierfür streitet auch, dass das BVerfG der Rechtsgutslehre bislang einen verfassungsrechtlichen Gehalt abgesprochen hat. Hierzu sogleich § 1 IV. 2. a) bb).

1138 Darstellungen der Entwicklungslinien u.a. bei *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 337 ff.; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs »Rechtsgut«, S. 3 ff.; *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 35 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 ff.; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 118 ff.; jeweils m.w.N. Dass die Verfassungsrechtsprechung bereits zuvor in diese Richtung deutete, zeigte eindrücklich *J. Vogel*, StV 1996, 110 ff. auf.

1139 Zur missverständlichen, nicht gesetzgebungskritischen Verwendung des Rechtsbegriffs an anderen Stellen der Entscheidung siehe *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (627 f. mit Fn. 63).

zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen«. ¹¹⁴⁰

Trotz der hiergegen – teils heftig – vorgebrachter Kritik und des Sondervotums *Hassemers*¹¹⁴¹ ist diese Maßgabe (jedenfalls bis vor Kurzem¹¹⁴²) als Stand der Verfassungsrechtsprechung¹¹⁴³ und auch von der Staatsrechtslehre geteilte Auffassung anzusehen.¹¹⁴⁴

(2) Verfassungsrechtliche Konstruktionen

Indes reißen in der Strafrechtswissenschaft die Versuche nicht ab, eine gesetzgebungskritische¹¹⁴⁵ Rechtsgutslehre verfassungsrechtlich zu fundieren. So wird insbesondere von *C. Roxin* und *Schünemann* der Ansatz¹¹⁴⁶ vertreten, dass es sich bei der Rechtsgutsbeschränkung des Strafrechts um einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz handle, der sich aus der aufklärungsbezogenen und gesellschaftsvertraglichen Ideengeschichte des Grundgesetzes her-

1140 BVerfGE 120, 224 (241 f.).

1141 BVerfGE 120, 224 (258 ff.).

1142 Siehe hierzu unten § 1 IV. 2. a) bb) (3).

1143 So auch u.a. *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (43 f.); *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (627 f. mit Fn. 63); *Gärditz*, JZ 2016, 641 (641); *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (79); *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (649 in Fn. 47); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (24); *Wilfert*, *Strafe und Strafgesetzgebung*, S. 125; a.A. *Saliger* bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (715).

1144 Bis hin zum Vorwurf einer »Rechtsgutesoterik« durch *Gärditz*, JZ 2016, 641 (649).

1145 Zur zugleich strafrechtserweiternden Argumentationsfigur des Rechtsguts siehe (krit.) *Burchard*, in: *Kuhli/Asholt* (Hrsg.), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, S. 23 ff.; *Prittwitz*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, S. 53 (55); *Stächelin*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, S. 42 ff. sowie *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (80).

1146 Dass eine »diffizile Ausarbeitung der Rechtsgutstheorie [...] zugegebenermaßen noch zu leisten« sei, gesteht auch *Schünemann* bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (711) zu.

leite.¹¹⁴⁷ Daraus folge, dass Strafrechtsschutz nur verfassungskonform¹¹⁴⁸ sei, wenn er dem Schutz solcher »Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [dient], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind«. ¹¹⁴⁹ Bei Licht besehen handelt es sich aber dabei erstens um eine Konzeption, die – mit *Engländer* – unter einem erheblichen Identifizierungs-, Beruhens- und Neutralitätsproblem leidet.¹¹⁵⁰ Zweitens öffnet die begriffliche Weite der vorgenannten Definition die Tür zur Beliebigkeit in Rechtsgutsdefinitionen¹¹⁵¹ und setzt Schranken im Wesentlichen (erst) beim Strafrechtsschutz »bloßer« Wertvorstellungen, der Moral und der Gesinnung.¹¹⁵² Drittens droht ein Zirkelschluss, wenn in die Verfassung (einschließlich deren »Werteordnung«) diejenigen expliziten oder auch nur impliziten Vorstellungen zur »richtigen« Strafrechtsordnung hineingelesen werden, die man dort vorfinden möchte.¹¹⁵³ Soweit der Kritik an der Rechtsgutslehre gegenüber antikritisch – neben einem Verweis auf eine partielle Anerkennung im Ausland¹¹⁵⁴ – vorgebracht wird, dass immerhin die »ganz schlimmen« (gesetzgeberischen) Auswüchse ausgeblieben seien«, ¹¹⁵⁵ spricht dass sie eine noch weitreichende Strafrechtsexpansion habe verhindern können, so bleibt sie hierfür angesichts der ungebrochenen Expansion des Strafrechts¹¹⁵⁶ stichhaltige, empirische Belege übrig.¹¹⁵⁷

1147 So exemplarisch *C. Roxin*, in: FS Hassemer, S. 573 (578); *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 133 (137 ff.). Siehe hierzu auch die krit. Aufarbeitung durch *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (622 ff., 628 f.) sowie zuletzt *Schick*, GA 2020, 14 (17 ff.).

1148 Teils mit Anerkennung eines Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers, *C. Roxin*, in: FS Hassemer, S. 573 (584 f.).

1149 Siehe nur *C. Roxin/Greco*, AT I⁵, § 2 Rn. 7.

1150 *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (629 ff.).

1151 Siehe soeben mit Fn. 1136; siehe auch *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 196.

1152 Ausführliche Systematisierung und Konkretisierung bei *C. Roxin/Greco*, AT I⁵, § 2 Rn. 13 ff.

1153 Krit. hierzu und zu den impliziten, so nicht hinreichend belastbaren Grundannahmen *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (35 f.); *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 368 ff.

1154 Für eine »identitätsstiftende Funktion« *Saliger* bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (714).

1155 So *Kudlich* bei *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (714).

1156 Hierzu nur *J. Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, S. 43 ff. sowie unten § 6 I. 1. a).

1157 Zur wahrgenommenen Wirkungslosigkeit siehe auch *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (35 mit Fn. 85) m.w.N.

Deutlich stärker konturiert ist zwar die monistisch-personale Rechtsgutslehre (*Hassemer/U. Neumann*), der zufolge nur »strafrechtlich schutzbedürftige menschliche Interessen« einem Strafrechtsschutz unterliegen dürfen;¹¹⁵⁸ überindividuelle Rechtsgüter, wie sie das Umweltstrafrecht schütze, seien nur rechtfertigbar, soweit sie »nicht von der Gesellschaft, sondern vom Individuum her« gedacht werden können.¹¹⁵⁹ Doch auch insoweit ist die verfassungsnormative Verankerung einer streng gedachten¹¹⁶⁰ strafrechtspezifischen Begrenzung unzureichend belegt bzw. belegbar.¹¹⁶¹ Ferner zeigt sich eine doch beachtliche Weite legitimierbarer Strafnormen, insbesondere wenn man – mit *M. Jahn* – nur bei offensichtlichem Fehlen eines »mit der Verfassung kompatiblen Rechtgut[s]« die Verfassungswidrigkeit eines Strafgesetzes statuiert.¹¹⁶² Schließlich erscheint zweifelhaft, ob sie in ihrer Schärfe mit den »dynamischen, lebendigen Strukturen der Gesellschaft« vereinbar ist und nicht (auch im Lichte der europäischen und verfassungsrechtlichen Pönalisierungspflichten¹¹⁶³) zu weitreichende »Lücken im Bereich des modernen Präventionsstrafrechts [hinterlässt], speziell bei den Umwelt- und Tierschutzdelikten und beim Schutz der sozioökonomischen Strukturen, die zu den Voraussetzungen eines funktionierenden Wirtschaftslebens zählen.«¹¹⁶⁴

Sich des Rechtsgutsbegriffs wenigstens als »Chiffre« bedienend ist schließlich der Begrenzungsansatz *Hörnles*. Verkürzt gesprochen beruht ihr Ansatz auf einer engen Auslegung der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, der zufolge nur, wer die »Rechte anderer verletzt« (oder das Men-

1158 *Hassemer*, in: Philipps/Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, S. 85 (91); *U. Neumann*, in: U. Neumann/Prittwitz (Hrsg.), »Personale Rechtsgutslehre« und »Opferorientierung im Strafrecht«, S. 85 (85); *Hassemer/U. Neumann*, in: NK⁵, Vor § 1 StGB Rn. 131 ff.; *Martins*, in: Asholt u.a. (Hrsg.), *Grundlagen und Grenzen des Strafens*, S. 79 ff.; gewisse Sympathie auch bei *J. Vogel*, StV 1996, 110 (111).

1159 *U. Neumann*, in: U. Neumann/Prittwitz (Hrsg.), »Personale Rechtsgutslehre« und »Opferorientierung im Strafrecht«, S. 85 (86).

1160 Anders *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 99 f. und auch *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 205, der aus der Betonung der personalen Grundrechte eine Verfassungsfundierung herzuleiten sucht, sie aber dann ausgesprochen weit interpretiert (S. 207).

1161 Krit. *Engländer*, in: FS Neumann, S. 547 (557 f.).

1162 *M. Jahn*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 63 (82 f.).

1163 Siehe oben § 1 III.

1164 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (34 f.).

schenwürdeprinzip als solches), mit Strafe belegt werden dürfe.¹¹⁶⁵ Dies schließe den Schutz bloßer Gefühle, moralischer Wertvorstellungen oder auch gesellschaftlicher Tabus ebenso aus¹¹⁶⁶ wie den bloßer »Leistungsinteressen«.¹¹⁶⁷ Neben der Sorge, die enge Anlehnung an die »Rechte anderer« sei nicht geeignet, den vorgenannten Pönalisierungspflichten und sämtlichen »strafwürdigen Verletzungsrisiken einer in dicht vernetzten Handlungsfeldern agierenden modernen Industriegesellschaft« gerecht zu werden,¹¹⁶⁸ lässt dieser Ansatz die Frage offen, warum (nur) im Bereich des Strafrechts eine andere, engere Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG vorzunehmen sei und warum trotz der verfassungsrechtlichen Begriffsbildung der Schutz der »verfassungsmäßige[n] Ordnung« für das Strafrecht zu offen und unbestimmt sei.¹¹⁶⁹

Schließlich sind Stimmen zu vernehmen, die in letzter Konsequenz eine Integration des Rechtsgutsparadigmas in die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung oder dessen Usurpation¹¹⁷⁰ fordern. »[S]olange [...] die tatsächliche Implementation [der Rechtsgutslehre] in die Grundrechtsdogmatik [...] nicht vollständig nachvollzogen worden ist,« so Kudlich, gibt »das Rechtsgutsdogma sozusagen dem Verfassungsrecht vor[...], wie es bei Strafnormen seine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen hat.«¹¹⁷¹ Dies lässt indes den Nachweis der Vorzugswürdigkeit des strafrechtlichen Rechtsdogmas, seine stärkere Leistungsfähigkeit und seine tatsächliche verfassungsrechtliche Fundierung außen vor – dass es sich, so Kudlich selbst,

1165 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 68 ff. Ähnlich auch Bittmann, NSTz 2016, 249 (254 f.) unter dem Stichwort »Ultima Ratio«; hierzu M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (973).

1166 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 78 ff., 108 ff., 483.

1167 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 74.

1168 So Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (41); zu weiteren Schwierigkeiten siehe bereits M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (973).

1169 So Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 47 f.

1170 In diese Richtung C. Roxin/Greco, AT I⁵, § 2 Rn. 92a; U. Neumann, in: FS Fischer, S. 183 (195 mit Fn. 65); Saliger, ZfStw 2022, 276 (281) sowie Schick, GA 2020, 14 (22 ff., 30 f.), der die »Legitimierung von Strafnormen [...] im Rechtsgrund der Freiheit« sieht und hierbei die Grundrechte als »verfassungsmäßig gesichert[...] Werte fundamentale[r] Freiheitsbestimmungen« heranzieht, die Konkretisierung dem »demokratisch legitimierten Gesetzgeber[...] überlässt, aber dann als »Maßstab für die Verhältnismäßigkeit einer Strafe [...] de[n] spezifischen Unrechtsgehalt der pönalisierten Handlung« heranzuziehen sucht, und diesen allein – eine Nähe zu Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 68 ff. liegt auf der Hand – anhand des (selbst wertungsoffenen und zu vereinfachend gedachten) Eingriffs in die Freiheit anderer (*neminem laedere*) bestimmen will.

1171 Kudlich, ZStW 127 (2015), 635 (649 f.) (Hervorhebung im Original).

um eine »strafrechtstheoretische Setzung« handelt, mag richtig sein, dass sie deswegen »als Grundannahme zu akzeptieren« ist,¹¹⁷² droht die Normenhierarchie und die Deutungshoheit des BVerfG über Verfassungsfragen auf den Kopf zu stellen. Klarer auf eine Verfassungsintegration angelegt ist die Argumentation von *Kaspar*: Eine strafrechtsspezifische Begrenzung im Sinne einer (weiten) personalen Rechtsgutslehre sei zwar nicht in der ersten Prüfungsstufe der Verhältnismäßigkeit (legitimer Zweck) vorzunehmen,¹¹⁷³ obwohl bereits hier eine rationale Beschreibbarkeit des verfolgten Zwecks zu verlangen sei.¹¹⁷⁴ Entscheidend sei die Angemessenheit: Hier sei bei der Prüfung der Angemessenheit der Verhaltensnorm deren strafrechtliche Sanktionierung zu berücksichtigen, denn sie wirke – zumindest auch – über die Bewehrung mit Kriminalstrafe auf das Verhalten der Normunterworfenen ein, was im Hinblick auf die Eingriffsintensität zu berücksichtigen sei.¹¹⁷⁵ Darauf wird im Kontext der Verhältnismäßigkeit zurückzukommen sein,¹¹⁷⁶ doch bezogen auf die Rechtsgutslehre ist an dieser Stelle nur festzuhalten, dass auf Grundlage dieser Integration – wie *Kaspar* selbst konstatiert – die Frage nach einem »legitimen Strafrechtsgut« falsch gestellt und isoliert nicht beantwortbar ist.¹¹⁷⁷ Dann aber ist die Rechtsgutslehre ohne eigenständige Wirkmacht.

(3) Wiederauferstehung in BVerfGE 153, 182?

Beachtung verdient allerdings eine Randbemerkung des BVerfG im Urteil zur Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Verbots (genauer: der Verhaltensnorm¹¹⁷⁸) geschäftsmäßiger Sterbehilfe und konkret die Frage, ob hierin eine verfassungsrechtliche Kurskorrektur *hin* zur Rechtsgutslehre zu sehen ist:

1172 *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (650).

1173 Strenger *Botke*, in: FS Lampe, S. 463 (485 f.); hiergegen überzeugend *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 216 f. Für eine Verortung an dieser Stelle, mit unterschiedlicher Reichweite, *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 199; *Martins*, in: Asholt u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafsens, S. 79 (87); *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung, S. 127. Krit. zu Gleichsetzungstendenzen *Burchard*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (42 f.).

1174 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 212 f.

1175 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 222 ff., insbes. S. 224 f.

1176 Siehe unten § 1 IV. 2. c) bb).

1177 *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 227; ähnlich auch S. 242 zur verfassungsrechtlichen Verzichtbarkeit des Begriffs.

1178 Siehe oben § 1 IV. 1. a) cc).

»Allerdings kann der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein (vgl. BVerfGE 120, 224 <264>, abw. Meinung Hassemer).«¹¹⁷⁹

Der erste Satz dieser Randnummer liest sich tatsächlich als späte Konzilianz gegenüber dem Sondervotum *Hassemers*, in dem er dafür eintrat, nur den Schutz personaler Rechtsgüter als legitimen Zweck der Strafgesetzgebung anzusehen, und scheint sich ausdrücklich als strafrechtsspezifische Maßgabe zu lesen. Doch es ist reichlich Wasser in den Wein zu gießen: Erstens bezieht sich diese, ohnehin nicht tragende, Maßgabe auch nur auf ein, gewiss gewichtiges Element der personalen Rechtsgüterlehre, namentlich, dass Strafrecht nicht dem Schutz bloßer Wert- oder Moralvorstellungen dienen dürfe.¹¹⁸⁰ Zweitens ist bereits bei *Hassemer* keine scharfe Trennung dahingehend zu finden, was generell nicht verboten werden darf, und was zwar verboten werden darf, aber nicht mittels Strafandrohung.¹¹⁸¹ Drittens relativiert das BVerfG in der neuen Entscheidung eine strafrechtsspezifische Sicht sogleich durch den nachfolgenden Satz, in dem es nur von allgemeinen »legitime[n] gesetzgeberische[n] Ziel[en]« spricht:

»Suizidhilfe ausschließlich deshalb zu verbieten, weil die Selbsttötung und die Hilfe hierzu in Widerspruch zu der Mehrheitsauffassung in der Gesellschaft stehen, wie mit dem eigenen Leben, insbesondere im Alter und bei Krankheit, umzugehen ist, ist deshalb kein legitimes gesetzgeberisches Ziel.«¹¹⁸²

Angesichts des vielgestaltigen modernen Sicherheitsrechts¹¹⁸³ scheint dieser Schritt auch entscheidend zu sein: Eine strafrechtsisolationistische Sichtweise, die nur für das Strafrecht nach Begrenzungen sucht, zu welchen (Verhaltens-)Zielen und damit zum Schutz welcher sogenannter »Rechtsgüter« das hehre Strafrecht eingesetzt werden darf, lässt außer Acht, dass strafrechtliche Rechtsfolgen zwar *ein* scharfes Schwert, aber nicht zwingend *das schärfste*

1179 BVerfGE 153, 182 (Rn. 234).

1180 Hierauf ebenfalls hinweisend *Brunhöber*, NStZ 2020, 538 (541).

1181 Für eine strafrechtsspezifische Sicht zwar BVerfGE 120, 224 (256 f.) – Sondervotum *Hassemer*, dann aber allgemein BVerfGE 120, 224 (258): »Die vom Senat als solche angeführten Rechtsgüter verfolgen entweder schon keinen legitimen Zweck beim Schutz unserer Gesellschaft«; BVerfGE 120, 224 (259): »Solche Konstruktionen sind nicht imstande, einen verfassungsrechtlich schützenswerten Zweck zu begründen«; BVerfGE 120, 224 (263 f.): »Keines der vom Senat der Vorschrift zugeschriebenen Rechtsgüter vermittelt ihr einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Schon der Gesetzgeber hat sich nicht klar und konsistent entscheiden können, welche Zwecke das Verbot des Geschwisterinzests verfolgen soll«.

1182 BVerfGE 153, 182 (Rn. 234).

1183 Zum Begriff siehe oben Einführung I. 2. a) bb) (1) mit Fn. 108.

Schwert sind: Es wäre höchst widersprüchlich, mit großer Vehemenz unter Verweis auf die Rechtsgutslehre zu postulieren, dass gewisse, kein »strafrechtswürdiges Rechtsgut« schützende Verhaltensnormen nicht im Strafrecht geregelt werden dürfen, zugleich aber die Augen zu verschließen gegenüber faktisch nicht mildernden Eingriffen, sei es die Bewehrung mit millionen- bis milliardenschweren Verwaltungssanktionen (»Mega-Ordnungswidrigkeiten«¹¹⁸⁴), sei es eine Gewerbeuntersagung, sei es die (potentiell unbefristete!) Vollstreckung polizeirechtlichen Präventivgewahrsams.¹¹⁸⁵ Der Schutz von Werte- oder Moralvorstellungen ist kein legitimes Ziel der Gesetzgebung, gleich ob sie sich des Strafrechts, des Bußgeldrechts, des Polizeirechts oder sonstiger Mechanismen des Sicherheitsrechts bedient. Gleiches gilt für den Schutz vor irrationaler Furcht¹¹⁸⁶ oder für das Verbot (ohnehin, auch mit Mitteln modernster kognitionswissenschaftlicher Forschungsmethoden, nicht hinreichend nachweisbarer) bloßer Gedanken. Für *diese* Begrenzung bedarf es indes nicht der Rechtsgutslehre.¹¹⁸⁷

Für die Frage, ob aus der Strafbewehrung *zusätzliche* verfassungsrechtliche Begrenzungen folgen,¹¹⁸⁸ hat sich hingegen die Rechtsgutslehre nicht als hinreichend fundierte und vor allem als nicht wirkmächtige Begrenzung gezeigt; sie trägt zur Statik des StGB nicht bei.

b) *Strafrecht im Vergleich zu anderen Regelungsmodellen: Strafrecht als »Ultima Ratio«*

Eine faktische Wirkungslosigkeit ließe sich zwar auch gegenüber denjenigen Forderungen einwenden, die den Einsatz des Strafrechts nur als letztes Mittel (*Ultima Ratio*) anerkennen wollen. Unterstrichen wird dies dadurch, dass das BVerfG – trotz anderslautender Überlegungen¹¹⁸⁹ – in seiner Entscheidung zur Rindfleischetikettierung mit keinem Wort auf diesen Argumentationsto-

1184 Hierzu nachdrücklich *U. Sieber*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 301 (308 f., 320 ff.).

1185 Solche Hinweise auf die Eingriffsintensität *anderer* Mechanismen dürfen nicht als eine Marginalisierung der Eingriffsintensität des Kriminalstrafrechts (miss-) verstanden werden, zutr. *Prittwitz*, in: FS Roxin-80, S. 23 (28).

1186 Ebenso *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 213.

1187 So i.E. auch *J. Vogel*, in: Assmann/Schneider⁶, Vor § 38 WpHG Rn. 18; ferner *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 390.

1188 Ebenfalls für eine weitergehende Differenzierung plädierend *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 350.

1189 Konkret enthielt der Zustellungsvermerk des Senatsvorsitzenden an sachkundige Dritte den Hinweis, dass »zu prüfen sein wird, ob das streitige Gesetz unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts als »ultima ratio« des Gesetzgebers verfassungsgemäß

pos einging.¹¹⁹⁰ Doch das erscheint zu kurz gegriffen, auch angesichts der Binnenlogik dieser Entscheidung, die sich wegen einer anderweitig ergebenden Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften nicht mehr mit der Frage der *Ultima Ratio* befassen musste.¹¹⁹¹

aa) Kriminalpolitische Klugheitsregel: »policy«, echte oder scheinbare »polity«?

So ist zunächst, trotz der *dual use*-Problematik,¹¹⁹² eine (begrenzte) kriminalpolitische Wirksamkeit im Sinne einer Akzeptanz des Argumentationsmusters auf nationaler wie europäischer Ebene zu verzeichnen. Dass gerade Strafrecht eingesetzt wird, wird auf nationaler Ebene für besonders begründungsbedürftig gehalten¹¹⁹³ – wengleich die Hürde, auch wegen der argumentativen Doppelnatur, oftmals leicht überwunden wird. Auf europäischer Ebene ist nicht nur eine entsprechende strafrechtlich-kriminalpolitische Forderung,¹¹⁹⁴ sondern sogar eine Selbstbindung der Legislativgewalten zu verzeichnen, einen (indes nicht detailliert ausbuchstabierten) *Ultima Ratio*-Grundsatz beachten zu wollen.¹¹⁹⁵

ist. Insoweit könnten sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG besondere Anforderungen an die Strafbewehrung einer Verhaltensnorm ergeben, weil Strafe den Wert- und Achtungsanspruch des Betroffenen berührt.« (zit. nach *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 [2017], 363 [372 f.]).

1190 BVerfGE 143, 38.

1191 Hierzu *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 (373 ff.).

1192 Hierzu *Burchard*, in: *Kuhli/Asholt* (Hrsg.), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, S. 23 (28 ff.) sowie zuvor *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 72; ferner *K. Günther*, in: 11. Greek-German Symposium »Reasons and limits of the necessary boundaries of criminal law«.

1193 *Landau*, *NStZ* 2015, 665 (668); *Maas*, *NStZ* 2015, 305 (307); nachdrücklich für diese Perspektive eintretend *Prittwitz*, ZStW 129 (2017), 390 (396); weitere Nachweise für eine kriminalpolitische Interpretation bei *M. Jahn/Brodowski*, *JZ* 2016, 969 (971 mit Fn. 36 ff.).

1194 *European Criminal Policy Initiative*, *ZIS* 2009, 697 (697).

1195 Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rates im Bereich des Strafrechts, *Ratsdok.* 16798/09, S. 4 (»(1) [G]rundsätzlich sollte auf [Strafrechtsbestimmungen] nur als letztes Mittel zurückgegriffen werden. (2) Strafrechtsbestimmungen sollten [...] angenommen werden, um gegen eindeutig festgelegte und abgegrenzte kriminelle Handlungen vorzugehen, denen mit weniger strengen Maßnahmen nicht wirksam begegnet werden kann.«); *KOM(2011) 573* endg. v. 20.09.2011, S. 7 f. (»Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit – Strafrecht als ›ultima ratio‹ [...] Der Gesetzgeber muss somit prüfen, ob nicht andere als strafrechtliche Maßnahmen, z.B. Sanktionsregelungen verwaltungs- oder zivil-

Diese Selbstbindung spricht jedenfalls auf europäischer Ebene dafür, dass *Ultima Ratio* dort mehr als eine bloße »policy«¹¹⁹⁶ darstellt und von den Akteuren, auch ohne klare (unions-)verfassungsrechtliche Fundierung, als Strafrechtsbegrenzung anerkannt wird. Allerdings ist zugleich festzustellen, dass infolge der begrifflichen Unschärfe und der Doppelzüngigkeit eine Begrenzungswirkung im Sinne einer »polity«¹¹⁹⁷ allenfalls in Bezug auf Extremfälle anzunehmen ist, während im weiten Feld der politisch ernsthaft diskutierten Kriminalisierungen *Ultima Ratio* nur als Argument im politischen Meinungskampf Verwendung findet.

bb) Strafverfassungsrechtliche Deutungs- und Argumentationsmuster

In Anbetracht zweier hierzu kürzlich vorgelegter Aufsätze¹¹⁹⁸ seien an dieser Stelle die wesentlichen Deutungen von *Ultima Ratio* als absoluter¹¹⁹⁹ bzw. relativ-relationaler Schranke¹²⁰⁰ und die hierzu vorgebrachten Argumentationsmuster nebst deren Kritik nur sehr grob aufgerufen: Sucht man aus dem Schuldbegriff und vor allem einer »sozial-ethischen Fundierung« des Strafrechts¹²⁰¹ dessen maximalen (und zugleich mindesten¹²⁰²) Gehalt zu schließen, so ist das eine Überhöhung eines hierfür nicht tauglichen und zu subjektiv-beliebigen Maßstabs.¹²⁰³ Historisches versteinern und das Machtgefüge zwischen den Verfassungsgewalten zu weitreichend verschiebend ist die Forderung *Frischs*, Strafvorschriften müssten »dem Kernstrafrecht

rechtlicher Art, die Durchführung der Politik in ausreichendem Maße gewährleisten könnten oder ob die Probleme mit strafrechtlichen Mitteln wirksamer angegangen werden können«); Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. Mai 2012 zum EU-Ansatz zum Strafrecht (2010/2310[INI]) (»J. in der Erwägung, dass das Strafrecht [...] als letztes Mittel (*ultima ratio*) angewendet werden muss, um gegen [...] Handlungen vorzugehen, denen mit weniger strengen Maßnahmen nicht wirksam begegnet werden kann und die der Gesellschaft oder Einzelnen einen erheblichen Schaden zufügen«); vergleichende Darstellung in Ratsdok. 10137/15, S. 4; siehe hierzu auch *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (112).

1196 Zum Begriff oben Einführung I. 2. a) bb) (1).

1197 Zum Begriff oben Einführung I. 2. a) bb) (3).

1198 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 ff.; *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 ff. (mit Kommentar *Prittwitz*, ZStW 129 (2017), 390 ff.).

1199 So *Frisch*, NSTZ 2016, 16 (24).

1200 So exemplarisch *Deckert*, ZIS 2013, 266 (275).

1201 So *Landau*, NSTZ 2015, 665 (668); *Landau*, in: FS Schlick, S. 523 (525 ff.); zum Zitat siehe – mutmaßlich aus der Feder *Landaus* – BVerfGE 140, 317 (Rn. 58).

1202 *Landau*, NSTZ 2014, 425 (428).

1203 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (972) m.w.N.

deutlich näherstehen als bloßem Ordnungsunrecht« und kämen »nur dann in Betracht [...], wenn es sich um sozialetisch verwerfliche, sozial unerträgliche und nicht nur um rechtswidrige und zu unterbindende Verhaltensweisen handel[e]«;¹²⁰⁴ das andere Extrem spannt *Gärditz* auf, wenn er die Strafbewehrung als rein »politische Gestaltungsentscheidung« interpretiert und damit ihre verfassungsrechtlichen Bindungen kleinredet.¹²⁰⁵ Verbreitet ist schließlich die Gleichsetzung mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip,¹²⁰⁶ dann aber mit der Folge einer fehlenden eigenständigen Relevanz.¹²⁰⁷

cc) Das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung und Ultima Ratio als Schranken-Schranke (*M. Jahn/Brodowski*)

Als strafverfassungsrechtliche Konstruktion mit originärem, weil über die bisherige Verhältnismäßigkeitskontrolle¹²⁰⁸ deutlich hinausgehenden Bedeutungsgehalt haben *M. Jahn* und der *Verf.* für ein relativ-relationales Verhältnis von *Ultima Ratio* geworben, das den Wettstreit verschiedener Regulierungsmodelle in den Vordergrund rückt. Die Androhung und Durchsetzung einer Sanktion, gleich ob des Kriminalstrafrechts oder des Verwaltungsstrafrechts, greife als »komplexe[r], kumulative[r] Eingriff«¹²⁰⁹ nicht nur in die allgemeine Handlungsfreiheit und spezifische Freiheitsgrundrechte ein, sondern auch in das aus dem allgemeinen Persönlichkeits(grund)recht folgende *Grundrecht*

1204 *Frisch*, NSTZ 2016, 16 (24) (mit Verweis auf »Kanon der Taten, die seit Langem und noch heute unangefochten als Straftaten gelten«); ähnlich *R. Hamm*, NJW 2016, 1537 (1540 ff.) sowie *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 320 f. und auch – stark auf ein materiell verstandenes »Kernstrafrecht« bezogen – *Schellenberg*, Recht und Politik 2016, 12; zudem *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts, S. 53 mit Bezug auf »vorstrafrechtliche Norm[en]«. Hiergegen *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (972 f.) m.w.N.

1205 *Gärditz*, JZ 2016, 641 (644 ff.); zum Hintergrund und zur Kritik siehe *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (974, insbes. in Fn. 70).

1206 Hierzu sogleich § 1 IV. 2. c).

1207 Exemplarisch *Greco*, in: Brunhöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 (23); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (49 f.), *C. Roxin/Greco*, AT I⁵, § 2 Rn. 98; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 243 ff., 865. Weitere Nachweise und Kritik an diesem Ansatz bei *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (973).

1208 Hierzu sogleich § 1 IV. 2. c).

1209 *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, S. 66.

auf Freiheit von Sanktionierung.¹²¹⁰ Da nur das Strafrecht i.e.S. *de lege lata* (auch) abstrakt-generell mit der Verhängung einer Freiheitsstrafe operiert, besteht die Notwendigkeit einer verschärften Verhältnismäßigkeitskontrolle bereits auf Stufe der Erforderlichkeit, bei der das durch eine Strafnorm in Bezug genommene Kriminalstrafrechtssystem in Vergleich zu setzen sei mit konkurrierenden Ansätzen, *de lege lata* vor allem mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht.¹²¹¹ Eine Strafvorschrift erweist sich dabei »dann [als] nicht erforderlich, wenn das verfolgte Regulierungsziel für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar durch andere, mildere Instrumente als Kriminalstrafrecht hinreichend effektiv erreichbar ist«,¹²¹² was in diesem begrenzten Offensichtlichkeitsmaßstab verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen ist.¹²¹³

Wenngleich sich diese Konstruktion – jedenfalls bislang – nicht durchgesetzt hat, ist für die hiesige Fragestellung ohnehin anzuerkennen, dass die Folgen auf eine Statik des StGB begrenzt sind. Zwar sind vereinzelte Strafvorschriften des StGB auch bei bloßer Evidenzkontrolle anhand dieses Maßstabs zweifelhaft,¹²¹⁴ doch sind Grenzüberschreitungen eher im (formellen) Nebenstrafrecht zu vermuten. Ob diese Konstruktion dort den Handlungsspielraum des Strafgesetzgebers wirksam begrenzt und damit zu einer Statik des Nebenstrafrechts beitragen kann, bleibt abzuwarten.

c) *Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm bzw. der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm*

Dass die Strafvorschrift als Ganzes und damit auch die Sanktionsnorm bei der konkreten Anwendung dem verfassungsleitenden Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen ist, steht außer Frage; sie entfaltet jedoch bereits abstrakt-

1210 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (975 f.); *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 (377 ff.).

1211 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (976 f.); *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 (379 f.).

1212 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (978); *M. Jahn/Brodowski*, ZStW 129 (2017), 363 (380). Ein solches milderes Instrument kann dabei namentlich in »leicht möglicher individueller Risikoversorge« liegen, *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, S. 92 f.

1213 Zur Berücksichtigung des Eingriffs in die Freiheit von Sanktionierung auf Ebene der Angemessenheit siehe noch unten § 1 IV. 2. c) bb).

1214 Jedenfalls § 172 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Doppelehe) und § 265a Abs. 1 StGB (Leistungerschleichung in Bezug auf schlichtes »Schwarzfahren«); hierzu *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (979).

generelle Wirkungen, die es erforderlich machen, die Norm auch abstrakt anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu überprüfen.¹²¹⁵ Hinsichtlich der Auswirkungen auf die Grenzen der (legislativen) Strafgewalt und damit auf die Statik des StGB besteht noch immer große Unsicherheit.¹²¹⁶

aa) Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm

Die Vagheit strafverfassungsrechtlicher Verhältnismäßigkeitskontrolle resultiert zunächst daraus, dass das BVerfG in seiner Rechtsprechung die Sanktionsnorm nur isoliert in den Blick nimmt,¹²¹⁷ was zur Folge hat, dass sich das Strafrecht »in nahezu genialer Weise einer verfassungsrechtlichen Kontrolle«¹²¹⁸ zu entziehen vermag.¹²¹⁹ Das BVerfG betonte zwar einerseits eine »gesteigerte Bedeutung« der Verhältnismäßigkeit bei der »Prüfung einer Strafvorschrift [...], die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein sozialetisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht«,¹²²⁰ ohne jedoch andererseits von der Position abzurücken, dass »[d]ie Prüfung, ob eine strafrechtliche Bewehrung verfassungsgemäß ist, [...] nicht an einem engen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszurichten« sei.¹²²¹ Letzteres trifft den *Maßstab* der Rechtsprechung des BVerfG besser, während ersteres im Hinblick auf die *Intensität* der Kontrolle falsche Hoffnungen zu wecken geeignet ist.¹²²²

Die Argumentation des BVerfG ist sodann nicht klar, auf welches durch die Sanktionsnorm verfolgte *legitime Ziel* es abstellt. Eine häufig anzu-

1215 Näher hierzu *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 370 ff.; siehe auch *Gärditz*, JZ 2016, 641 (642).

1216 Auf einen starken kriminalpolitischen Gehalt hinweisend *U. Neumann*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, S. 128 (129 f., 136) m.w.N.; ferner *Jung*, in: FS Wendt, S. 1207 (1212 ff.).

1217 Vgl. *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (45 f.) m.w.N.

1218 *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 536.

1219 Siehe hierzu und zum Nachfolgenden ausf. *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 173 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 275 ff.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 119 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (46 ff.); *J. Vogel*, StV 1996, 110 (113 ff.); *Weigend*, in: FS Hirsch, S. 917 ff. sowie *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (973); jeweils m.w.N.

1220 BVerfGE 90, 145 (172); zuletzt aufgegriffen in BVerfG, Beschl. v. 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19 –, Rn. 36.

1221 BVerfGE 80, 182 (186).

1222 Skeptisch ebenfalls *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 275 ff.; *J. Vogel*, StV 1996, 110 (113 f.); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (46).

treffende Interpretation sieht hier eine Gleichsetzung des legitimen Ziels bzw. jedenfalls des Mittels zu dessen Verfolgung mit den Strafzwecken.¹²²³ Angesichts der Zurückhaltung des BVerfG, sich von der Vereinigungstheorie zu lösen und für einen Strafzweck klar zu positionieren,¹²²⁴ führt dies auf den weiteren Prüfungsschritten (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) dazu, dass flexibel mit den verschiedenen Strafzwecken operiert werden kann und es genügt, »wenn dem geprüften Strafgesetz wenigstens irgendeine denkbare verhaltenssteuernde oder normstabilisierende Wirkung zugeschrieben werden kann«. ¹²²⁵ Knüpft man nicht an die Prävention eines bestimmten, zu unterbindenden Verhaltens an, sondern an den Normbruch *als solchen* an, wird auch die Prüfung der Angemessenheit der Strafandrohung abstrahiert und in ihrer Wirkung entkernt. Allerdings sind Ansätze in der Verfassungsrechtsprechung zu verzeichnen, Tatbestand (sprich: Verhaltensnorm) und Rechtsfolge (sprich: Strafandrohung) nicht isoliert, sondern gerade in ihrer Verknüpfung zu betrachten.¹²²⁶ Das ist anschlussfähig,¹²²⁷ doch zieht das BVerfG – jedenfalls bislang – hieraus keine weitreichenden Schlüsse.

Stattdessen begnügt sich das BVerfG in Bezug auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit damit, die Strafandrohung axiomatisch¹²²⁸ oder durch Verweis auf einen Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers¹²²⁹ zu akzeptieren. In Bezug auf die Angemessenheit der Strafbewehrung operierte es zwar teils mit dem Argument des Schutzes »wichtige[r] Gemeinschaftsbelange«, ¹²³⁰

1223 Gärditz, JZ 2016, 641 (644); M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (973); Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (47); Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 288.

1224 Siehe nur BVerfGE 45, 187 (253 f., 256 ff.); BVerfGE 64, 261 (271); präventiv-relative Tendenzen in BVerfGE 39, 1 (57); BVerfGE 90, 145 (184 f.); BVerfGE 120, 224 (251 f.); repressiv-absolute Tendenzen in BVerfGE 123, 267 (408); BVerfGE 140, 317 (Rn. 53 ff., insbes. Rn. 55: »In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein«).

1225 So die Interpretation von Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (47).

1226 So BVerfGE 120, 224 (241) und fast gleichlautend zuvor BVerfGE 90, 145 (173): »Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe gestellten Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein«.

1227 Siehe noch sogleich § 1 IV. 2. c) bb).

1228 So Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 51 f. in Interpretation von BVerfGE 39, 1 (57); siehe auch U. Neumann, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlens (Hrsg.), Mediating Principles, S. 128 (130 f.); Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (47).

1229 BVerfGE 120, 224 (241, 249 ff.); BVerfGE 90, 145 (173, 183); Vgl. Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 51 f.; Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (47 f.). Siehe ferner Weigend, in: FS Hirsch, S. 917 (932 ff.).

1230 So BVerfGE 90, 145 (184).

ohne diese aber weder näher zu konturieren noch belastbar von »Ungehorsam gegenüber Verwaltungsvorschriften« abzugrenzen.¹²³¹ Vielmehr betonte es die Prärogative des Gesetzgebers, die Gemeinschaftsbelange und deren Wichtigkeit zu definieren,¹²³² oder verzichtete im *Inzest*-Beschluss gänzlich auf dieses Kriterium.¹²³³ Diese Zurückhaltung gilt namentlich auch für die Kontrolle der Strafandrohung: So erachtete es die lebenslange Freiheitsstrafe unter Verweis auf die »Gestaltungsfreiheit« des Gesetzgebers für (abstrakt) verhältnismäßig;¹²³⁴ für Ausnahmefälle entwickelte der BGH eine gesetzeskorrigierende »Rechtsfolgenlösung«.¹²³⁵ Dies reduziert die Kontrolldichte dergestalt, dass allenfalls Extremfälle – wenn diese nicht ohnehin an der Verhaltensnormkontrolle scheitern – wegen Unverhältnismäßigkeit für verfassungswidrig erachtet werden können;¹²³⁶ dann aber ist der Einfluss auf eine Statik des StGB gering,¹²³⁷ wie auch der Befund bestätigt, dass bislang keine Strafvorschrift dezidiert an dieser Hürde gescheitert ist.

bb) Verhältnismäßigkeit der sanktionsbewehrten Verhaltensnorm

Im Vordringen befindlich sind Auffassungen, die gegen eine isolierte Betrachtung der Verhaltens- und der Sanktionsnorm und stattdessen für eine kombinierte Betrachtung streiten, aus der im Vergleich schärfere Anforderungen an eine Kriminalisierung folgen sollen.¹²³⁸ Zur Begründung wird

-
- 1231 Zu derartigen qualitativen Abgrenzungsversuchen und deren Kritikwürdigkeit ausf. *Brodowski*, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 141 (158 ff.); *Brodowski*, *ZStW* 128 (2016), 370 (372 ff.) m.w.N.
- 1232 BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 120, 224 (241); in diese Richtung ferner BVerfGE 123, 267 (408) sowie zuletzt BVerfG, *Beschl. v. 05.08.2020 – 2 BvR 1985/19 –*, Rn. 37. Vgl. *Swoboda*, *ZStW* 122 (2010), 24 (45) m.w.N.
- 1233 Hierauf hinweisend BVerfGE 120, 224 (256) – Sondervotum *Hassemer*.
- 1234 BVerfGE 45, 187 (259 ff.); unter dem Gesichtspunkt »sinnvollen und maßvollen Strafens« BVerfGE 45, 187 (253 ff.). Siehe hierzu bereits oben § 1 II. 1. a) cc) (2).
- 1235 BGHSt [GrS] 30, 105.
- 1236 Vgl. auch *Goeckenjan*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, S. 184 (188, 209); *Swoboda*, *ZStW* 122 (2010), 24 (49); *J. Vogel*, *StV* 1996, 110 (114); optimistischer *Weigend*, in: *FS Hirsch*, S. 917 (934 ff.).
- 1237 Ein weiteres Hindernis dürfte auch in der Vagheit liegen, entweder auf die Verhältnismäßigkeit für den konkret Normbetroffenen oder, in einer Gesamtschau, auf die Verhältnismäßigkeit für alle Betroffenen abstellen zu können; hierzu *Prittwitz*, in: *FS Roxin-80*, S. 23 (25).
- 1238 Insofern ist es gerechtfertigt, trotzdem – wie hier – zwischen den Mindestanforderungen an die Verfassungskonformität der Verhaltensnorm (oben § 1 IV. 1. a)) und etwaigen zusätzlichen, strafrechtsspezifischen Begrenzungen zu differenzieren.

teils vorgebracht, die bei einem Straftatbestand drohende Sanktion der Kriminalstrafe bewirke eine besondere psychische Zwangswirkung auf die Bevölkerung, sodass nicht nur das Verbot als solches, sondern auch dessen Art zu berücksichtigen sei.¹²³⁹ Wenngleich diese *besondere* Zwangswirkung in der Bevölkerung in dieser Allgemeinheit – und gerade bezogen auf aus Konfliktsituationen geborene Straftaten – alles andere als erwiesen ist,¹²⁴⁰ streitet jedenfalls das Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung für eine Berücksichtigung des Regulierungsziels im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹²⁴¹

Zur weiteren Zuspitzung der Verhältnismäßigkeitsprüfung fordert *Kaspar*, als Zweck der strafbewehrten Verhaltensnorm nur die Generalprävention anzuerkennen.¹²⁴² Das überzeugt in dieser Absolutheit nicht,¹²⁴³ denn dieselbe komplexe, insoweit untrennbare Norm legt zugleich die Legiti-

1239 *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, S. 184 (194); *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 224 ff.; ferner *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 53 (72 f.); zuvor bereits *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 577 ff.; *A. Hamann*, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, S. 28 f.; *Kudlich*, *JZ* 2003, 127 (129).

1240 An dieser Stelle stark auf eine bewusste Abwägung der drohenden Konsequenzen und damit auf rational entscheidende Straftäter abstellend *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, S. 184 (194); ähnlich *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 226. Dies ist jedoch im Hinblick auf das Verhalten (potentieller) Straftäter zu stark simplifizierend gedacht (umfassend *Bernasco/van Gelder/Elffers*, *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*; siehe auch *Mansdörfer*, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, S. 59 ff. mit Fokus auf das Wirtschaftsstrafrecht). Auch ist die empirische Evidenz für generalpräventive Wirkungen des Strafrechts bereits im Allgemeinen begrenzt, wie beide Proponenten an anderen Stellen konstatieren (*Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 400 f.; *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius [Hrsg.], *Verhältnismäßigkeit*, S. 184 [203]; siehe ferner *Hassemmer/Lüderssen/Naucke*, *Hauptprobleme der Generalprävention*; *M. Bock*, *Kriminologie*⁵, S. 333 f.; *Meier*, *Kriminologie*⁶, S. 294 ff.). Dies spitzt sich weiter zu bei der Frage nach der generalpräventiven Wirkung einer einzelnen, insbes. komplexen und nuancierten Strafnorm, zumal die konkrete Ausgestaltung und Reichweite der Strafnormen in der Bevölkerung größtenteils unbekannt ist (z.B. die genauen Voraussetzungen des Betrugstatbestands, § 263 Abs. 1 StGB, etwa im Falle nachträglich eintretender Zahlungsunwilligkeit nach bereits getätigter Bestellung und Entgegennahme von Speis und Trank). Daher ist es auch wenig überzeugend, die Verfassungskonformität der präventiven Wirkungen einer *einzelnen, neuen* Strafnorm mit Erkenntnissen einer *allgemeinen* Verbrechenshäufigkeit begründen zu wollen.

1241 *M. Jahn/Brodowski*, *JZ* 2016, 969 (974 ff.); hierzu bereits oben § 1 IV. 2. b) cc).

1242 *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 384 ff.

1243 Ebenso wenig der auf die Normrehabilitierung fokussierte Ansatz bei *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 577 ff.

mationsgrundlage für die Verhängung der Strafe *nach* ihrer Verletzung, und sie ist durch eine Vielzahl an Schnittstellen mit weiteren Mechanismen der Rechtsdurchsetzung verknüpft, etwa bei individualschützenden Normen mit dem zivilrechtlichen Schadensersatzrecht (§ 823 Abs. 2 StGB) nebst Unterlassungsansprüchen (§ 1004 BGB analog) und vor allem mit dem Polizeirecht samt dessen strafrechtsakzessorischen Eingriffsbefugnissen.¹²⁴⁴ Wenngleich der Erlass einer Strafnorm nicht *nur* letzteren Zwecken dienen darf, so ist in Bezug auf die Eingriffswirkung die Strafnorm in dieser (eingriffsvertiefenden) Komplexität anzuerkennen, und als deren Ziel daher – auf vielschichtigem Wege – eine Verhaltensregulierung. »Anknüpfungspunkt« der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist damit »das Regulierungsziel«, was eine »Verknüpfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm« bedingt.¹²⁴⁵

Die Konsequenzen der verknüpften Verhältnismäßigkeitsprüfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm sind auf Stufe der Geeignetheit sehr begrenzt, weil hierzu nach allgemeiner Verfassungsrechtsprechung (negativ) eine evident fehlende Eignung nachzuweisen wäre bzw. (positiv) bereits eine Teileignung ausreichend ist¹²⁴⁶ und angesichts unklarer empirischer Zusammenhänge ein weitreichender Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers besteht.¹²⁴⁷ Ähnlich wird das Bild bezogen auf die Stufe der Erforderlichkeit gezeichnet.¹²⁴⁸ Nach oben bereits referenzierter Auffassung eröffnet jedoch ein Offensichtlichkeitsmaßstab die Möglichkeit, die Erforderlich-

1244 Zur Begehung von Straftaten als polizeirechtliche Gefahr ausf. *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 257 ff.

1245 *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (978); siehe noch ausführlich unten § 2 III. 3. a). Ähnlich *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, S. 184 (196): »Herbeiführung bestimmter sozialer Folgen in der Zukunft« sowie *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 175 (»Verhaltensnorm [und hierdurch] erreichter zusätzliche[r] Rechtsgüterschutz«). krit. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 403: »Unterbleiben einer bestimmten Handlung niemals allein tragender ›Selbstzweck‹ einer Strafnorm«.

1246 Siehe nur *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 124 ff. m.w.N.; optimistischer *Hassemer*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, S. 121 (121 f.); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (48 f.).

1247 So *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, S. 184 (202 ff.); *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 579 f.; ähnlich *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 398 ff. mit detaillierter Analyse von Zweifelsfällen auf S. 403 ff., mit bindender Grenzziehung allein bei auch Art. 103 Abs. 2 GG unterfallender Unbestimmtheit (S. 404 f.) und nur kriminalpolitischer Grenzziehung bei ungewissen Kausalzusammenhängen (S. 412 f.).

1248 Sehr krit. *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, S. 184 (204 f.); *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 580 f.; ähnlich *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 414 ff. mit Betonung fehlender Empirie bezogen auf die gleiche Wirksamkeit außerstrafrechtlicher Mittel, dann aber erneut mit

keitsprüfung und damit das *Ultima Ratio*-Prinzip mit jedenfalls gewisser Wirksamkeit zu versehen.¹²⁴⁹

Doch auch auf der krönenden Stufe¹²⁵⁰ der Angemessenheit führt die kombinierte Prüfung von Verhaltens- und Sanktionsnorm nicht zu einer mächtigen Strafrechtsbegrenzung. So spricht *Goeckenjan* davon, dass es im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung »auf Ausnahmen begrenzt bleiben [muss], dass der Verfassungskontrolleur das Mittel für unangemessen erklärt und dem Gesetzgeber damit aus der Hand nimmt«, wobei eine nähere Präzisierung dieser Ausnahmen unterbleibt.¹²⁵¹ Bei Zuspitzung auf den präventiven Rechtsgüterschutz (*Kaspar*) lässt sich zwar fordern, dass der »zusätzliche Grundrechtseingriff« im Hinblick auf die empirisch kaum fassbar werdende, »nicht unerhebliche[...] Erhöhung der Präventivwirkung« gerechtfertigt sein müsse;¹²⁵² die Vagheit dieses Maßstabs liegt aber ebenfalls auf der Hand, wenngleich sich aus ihr im Kernstrafrecht die Verfassungswidrigkeit des § 173 StGB ergeben mag.¹²⁵³ Vorzugswürdig erscheint es einmal mehr, angesichts der vielschichtigen Wertungsstruktur der Angemessenheitsprüfung¹²⁵⁴ auf einen Offensichtlichkeitsmaßstab abzustellen: (Nur) wenn die Unangemessenheit zwischen dem komplexen Eingriff einerseits, der aus einer strafbewehrten Verhaltensnorm folgt, und dem ebenfalls komplexen Regulierungsziel andererseits offensichtlich ist, ist sie verfassungswidrig.¹²⁵⁵ Dies betrifft einerseits Fälle, in denen das Regulierungsziel offensichtlich nicht hinreichend gewichtig ist, namentlich wenn es dem Schutz nur unwichtiger Gemeinwohlbelange oder gar bloßer Partikularinteressen dient,¹²⁵⁶ andererseits auch Fälle, in denen die Binnenrationalität des Strafrechts offensichtlich durchbrochen wird, namentlich im Hinblick auf die »Oktave«

Überbetonung einer (ebenfalls so nicht erwiesenen) höheren Präventionswirkung von Kriminalstrafrecht im Vergleich zum Ordnungswidrigkeitenrecht (S. 421 f.).

1249 Siehe oben § 1 IV. 2. b) cc).

1250 Anders *Hassemer*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, S. 121 (123 f.), der aber von hohen Ansprüchen der Geeignetheit und Erforderlichkeit ausgeht, sowie *Appel*, *Verfassung und Strafe*, S. 582, dem zufolge sich »generelle Aussagen« über diese Stufe verbieten.

1251 *Goeckenjan*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, S. 184 (206).

1252 *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 427 ff., insbes. 433.

1253 So *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz*, S. 453 ff. Zum gleichen Verdikt gelangt *Kaspar* indes nicht bei § 228 StGB (S. 488 f.), wohl aber bezogen auf die nebenstrafrechtlichen Verbote der Lebendorganspende zugunsten fremder Personen (S. 497 f.) sowie des Besitzes (und Konsums) von Cannabis (S. 509 f.).

1254 *U. Neumann*, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, S. 128 (133 ff.).

1255 Siehe bereits *M. Jahn/Brodowski*, *JZ* 2016, 969 (978).

1256 Vgl. bereits *M. Jahn/Brodowski*, *JZ* 2016, 969 (978).

der Strafdrohung. Gleich welchem dieser oder weiterer Ansätze einer Angemessenheitsprüfung man folgt: Eine einschneidende Beschränkung des legislativen Handlungsspielraums und damit einen entscheidenden Beitrag zur Statik des StGB leistet die Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab des Grundgesetzes nicht.¹²⁵⁷

cc) Unionsrechtskonformität der Sanktionsnorm

Ein bislang unterschätztes Potential könnte sich aus dem europäischen Primärrecht ergeben,¹²⁵⁸ namentlich aus der – innerhalb des Anwendungsbereichs der GRCh geltenden – Maßgabe des Art. 49 Abs. 3 GRCh, dass »[d]as Strafmaß [...] zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein« darf.¹²⁵⁹ Dies geht über den Stand der Auslegung der EMRK durch den EGMR deutlich hinaus¹²⁶⁰ und betrifft nicht nur die Verhältnismäßigkeit der Verhaltensnorm und insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Grundfreiheiten,¹²⁶¹ sondern hat eine über Art. 52 Abs. 1 GRCh hinausgehende Bedeutung. Beachtenswerterweise handelt es sich dabei nicht nur um eine Maßgabe an den Unionsgesetzgeber, etwa beim Erlass von Richtlinien nach Art. 83 AEUV.¹²⁶² Vielmehr bindet sie auch die Strafgesetzgeber in den Mitgliedstaaten, soweit sie Maßgaben des Unionsrechts umsetzen (Art. 51 Abs. 1 GRCh).¹²⁶³

Operativ geworden ist diese Maßgabe mit strafrechtlichem Bezug zunächst in einer Handvoll, bislang in der deutschen Diskussion nicht hinreichend rezipierten Entscheidungen des EuGH, die sich zwar nicht ausdrücklich auf

1257 So auch – exemplarisch – U. Neumann, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, S. 128 (135 f.).

1258 Hinsichtlich des Nichtdiskriminierungsprinzips liefert Satzger, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 9 Rn. 19 ff. eine überzeugende Begründung, warum diese zumeist nicht die Sanktions- sondern die Verhaltensnorm betrifft.

1259 Zu zurückhaltend und national gedacht indes Eser/Kubiciel, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 49 GRCh Rn. 39; auf Art. 49 Abs. 3 GRCh nicht näher eingehend Maugeri, *NJECL* 4 (2013), 374 (387 ff.).

1260 Vgl. Eser/Kubiciel, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 49 GRCh Rn. 5, 38; Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt⁵, Art. 6 GRCh Rn. 15: Art. 5 EMRK stelle »[a]n den materiell-rechtlichen Inhalt des dem gerichtlichen Erkenntnis zugrunde liegenden Strafgesetzes [...] grundsätzlich [...] keine Anforderungen«.

1261 Hierzu Hecker, *Europäisches Strafrecht*⁶, § 7 Rn. 37 ff.; Satzger, *Europäisches und Internationales Strafrecht*¹⁰, § 9 Rn. 19 ff.

1262 Zur Strafrechtsetzungskompetenz der Union siehe oben § 1 III. 1.

1263 Zum Anwendungsbereich der GRCh siehe oben § 1 III. 1. b) cc) bei und mit Fn. 765.

Art. 49 Abs. 3 GRCh bezogen,¹²⁶⁴ sondern stattdessen – normenhierarchisch begründbar – auf eine spezifische Maßgabe, »wirksam[e], verhältnismäßig[e] und abschreckend[e]« Sanktionen vorzusehen (Art. 9 VO [EG] Nr. 1889/2005 a.F.), welche die bei Ein- und Ausreise in die bzw. aus der EU bestehende Anmeldepflicht von größeren bar mitgeführten Geldbeträgen flankiert.¹²⁶⁵ Im Juli 2015 führte der EuGH in einem ungarischen Vorabentscheidungsersuchen aus, dass Zweck der Sanktionierung »nicht mögliche betrügerische oder widerrechtliche Handlungen« seien, »sondern allein eine Verletzung der Anmeldepflicht«.¹²⁶⁶ Dann aber sei – trotz Notwendigkeit »wirklich abschreckende[r] Wirkung« – eine nationale Regelung unverhältnismäßig, »die zur Ahndung einer Verletzung der Anmeldepflicht nach Art. 3 dieser Verordnung die Zahlung einer verwaltungsrechtlichen Geldbuße in Höhe von 60 % der nicht angemeldeten Barmittel vorsieht«.¹²⁶⁷ Bereits dies legte eine engmaschige Angemessenheitskontrolle zwischen Verhaltensnorm (und deren Zweck) und Sanktionierung nahe, ohne jedoch den Maßstab für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung näher auszubuchstabieren. Im Juli 2018 konkretisierte der EuGH dies dahingehend, dass »repressive Maßnahmen die Grenzen dessen nicht überschreiten dürfen, was zur Erreichung der mit diesen Rechtsvorschriften rechtmäßig verfolgten Ziele erforderlich ist«,¹²⁶⁸

1264 Wenngleich auf die »Einhaltung der von der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Grundsätze«, EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-255/14 (Chmielewski), Rn. 32, bzw. auf die Verhältnismäßigkeit, EuGH, Beschl. v. 12.07.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu), Rn. 26; EuGH, Beschl. v. 30.01.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP), Rn. 31.

1265 Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1889/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Gemeinschaft oder aus der Gemeinschaft verbracht werden, ABIEU Nr. L 309 v. 25.11.2005, S. 9. Am 03.07.2021 traten entsprechende Regelungen in Art. 3, 40 Verordnung (EU) 2018/1672 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. Oktober 2018 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Union oder aus der Union verbracht werden, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1889/2005, ABIEU Nr. L 284 v. 12.11.2018, S. 6, in Kraft.

1266 EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-255/14 (Chmielewski). Hierzu *Brodowski*, ZIS 2019, 527 (528 f.).

1267 EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-255/14 (Chmielewski), Rn. 23, 35.

1268 EuGH, Beschl. v. 12.07.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu), Rn. 27 (nicht-amtliche Übersetzung); EuGH, Beschl. v. 30.01.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP), Rn. 32; angedeutet bereits in EuGH, Beschl. v. 31.05.2018 – C-190/17 (Zheng), Rn. 43. Vergleichbar knapp und nur auf eine sekundärrechtliche Verpflichtung zur verhältnismäßigen Sanktionierung gestützt argumentierte der EuGH zu einer österreichischen arbeitsrechtlichen Mindest(geld)strafdrohung; EuGH, Beschl. v. 19.12.2019 – C-645/18 (NE I).

und dass namentlich eine Strafdrohung von bis zu fünf bzw. sechs Jahren Freiheitsstrafe bereits abstrakt unverhältnismäßig ist.¹²⁶⁹

Explizit am Maßstab des Art. 49 Abs. 3 GRCh i.V.m. Art. 21 Abs. 1 AEUV (Personenfreizügigkeit) und Art. 4 und 36 RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) überprüfte der EuGH im Oktober 2021 die Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Pflicht, bei Einreise einen gültigen Personalausweis oder Reisepass mit sich zu führen. Obwohl die Identität des aus- und wieder eingereisten Einkommensmillionärs anhand eines mitgeführten Führerscheins festgestellt werden konnte, wäre nach finnischem Recht eine Geldstrafe von 20% des monatlichen Nettoeinkommens zu verhängen gewesen, die hier in Ermangelung einer starren Obergrenze 95.250 € betragen hätte. Da es sich jedoch um eine »Straftat [...] von minderer Schwere« handele und eine solche Sanktion nicht »in angemessenem Verhältnis zur Schwere [des] Verstoßes steh[e]«, weil sie »nämlich die Grenzen dessen [überschreite], was zur Erreichung des [...] Ziels geeignet und erforderlich ist«, hielt der EuGH diese Sanktionierung für mit Art. 49 Abs. 3 GRCh unvereinbar.¹²⁷⁰ Bezüglich der Verpflichtung, Transaktionen ab einer bestimmten Höhe unbar zu tätigen, hielt der EuGH hingegen ein abgestuftes Sanktionssystem (25% des Geldbetrags bei natürlichen Personen, 50% im Wiederholungsfall; 50% bzw. 100% bei juristischen Personen) hingegen für mit Art. 49 Abs. 3 GRCh vereinbar.¹²⁷¹

Bei aller gebotenen Zurückhaltung¹²⁷² und wenig klarer dogmatischer Fundierung und Maßstabsbildung in diesen Entscheidungen: Sie sprechen dafür, den Einsatz des Strafrechts zur Verfolgung des konkreten Regulierungsziels (hier: die Anmeldepflicht bzw. die Pflicht zum Mitsichführen eines Identitätsausweises) zwar nicht im Hinblick auf dessen Eignung im Hinblick auf eine generalpräventive Wirkung in Frage zu stellen, und im Hinblick auf die »wirklich abschreckende Wirkung« auch empfindliche Sanktionen

1269 EuGH, Beschl. v. 12.07.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu), Rn. 35; EuGH, Beschl. v. 30.01.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP), Rn. 33.

1270 EuGH, Urt. v. 06.10.2021 – C-35/20 (A), Rn. 88 ff. Zu den Fehlerfolgen instruktiv ist eine neuere Entscheidung der Großen Kammer des EuGH: Bereits generalklauselartige Verpflichtungen von Mitgliedstaaten, »wirksam[e], verhältnismäßig[e] und abschreckend[e]« Sanktionen vorzusehen, entfalten im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsgebot unmittelbare Wirkung. Daher ist der überschießende Teil der Sanktionsnorm aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar und die Sanktion durch das Gericht auf das noch verhältnismäßige Maß zu reduzieren, EuGH [GK], Urt. v. 08.03.2022 – C-205/22 (NE II) m. Bspr. *Tsolka*, EuCLR 12 (2022), 131.

1271 EuGH, Urt. v. 06.10.2021 – C-544/19 (»Ecotex Bulgaria« EOOD), Rn. 96 ff.

1272 Siehe auch *Brodowski*, ZIS 2019, 527 (529); *Brodowski*, StV 2020, 581 f.

zu akzeptieren. Der EuGH scheint – so eine vorsichtige Interpretation – jedoch eine Plausibilitätskontrolle vorzunehmen, ob die Sanktionsdrohung in ihrer Höhe¹²⁷³ und in ihrer Art¹²⁷⁴ noch im Bereich des zur Zielerreichung »[E]rforderlichen« ist, was zudem eine Gesamtbetrachtung der Erforderlichkeit (angesichts Einziehungsregelungen) und der Angemessenheit¹²⁷⁵ nahelegt.¹²⁷⁶ Dies dürfte – hier auf europäischer Ebene – dem für die nationale Ebene vorgeschlagenen Maßstab einer Evidenzkontrolle der Angemessenheit der Sanktionsnorm in Anbetracht des Regulierungsziels¹²⁷⁷ zumindest nahe kommen.

3. Prozeduralisierung

Spiegelbildlich zur Diskussion bei den Schutzpflichten und -obliegenheiten¹²⁷⁸ werden die zuvor im Kontext des Allgemeinen Teils bereits erörterten relativ-prozeduralen Bindungen und die hieraus resultierende »weiche« Konstitutionalisierung¹²⁷⁹ erneut relevant, da sie – nach hier vertretener Auffassung und entgegen *Kaspar* – nicht zwischen Kriminalisierung und Entkriminalisierung unterscheiden.¹²⁸⁰ Daneben haben sich auch Überlegungen zu einer spezifischen Begründungslast bei strafrechtsexpansiven Gesetzen als nicht hinreichend tragfähig erwiesen,¹²⁸¹ weil sie im strafrecht-

1273 EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-255/14 (Chmielewski); EuGH, Beschl. v. 31.05.2018 – C-190/17 (Zheng); EuGH, Beschl. v. 19.12.2019 – C-645/18 (NE I); EuGH, Urt. v. 06.10.2021 – C-35/20 (A); EuGH, Urt. v. 06.10.2021 – C-544/19 (»Ecotex Bulgaria« EOOD).

1274 EuGH, Beschl. v. 12.07.2018 – C-707/17 (Pinzaru und Cirstinoiu); EuGH, Beschl. v. 30.01.2019 – C-335/18 und C-336/18 (AK und EP).

1275 Die Verwendung des Wortes »erforderlich« in diesen Entscheidungen ist missverständlich, weil diese »Erforderlichkeit« in der jeweiligen Randnummer nur mit der Zielerreichung und nicht mit möglichen Alternativen verbunden wird.

1276 Zusätzlich auf die individuelle Strafhärte abstellend *Tsolka*, EuCLR 12 (2022), 131 (139).

1277 Siehe soeben § 1 IV. 2. c) bb) unter Verweis auf *M. Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 (978).

1278 Siehe oben § 1 III. 3. b) bb).

1279 Siehe oben § 1 II. 3. e).

1280 Siehe hierzu oben § 1 II. 3. c); a.A. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 719.

1281 Zum diese Fragestellung aufwerfenden Zustellungsvermerk des Senatsvorsitzenden im Rindfleischetikettierungsverfahren siehe oben § 1 II. 3. a) mit Fn. 574; zu Begründungspflichten des Gesetzgebers noch ergänzend unten § 4 II. 2.

lichen Kontext kaum operabel wären¹²⁸² und ohnehin entscheidend nicht die (vorgeschobene) Begründung, sondern die verfassungsrechtlich haltbare Begründbarkeit ist.¹²⁸³

4. Zusammenführung

Der Beitrag des Strafverfassungsrechts und kriminalpolitischer »polity«, mittels Strafrechtsbegrenzung zur Statik des StGB beizutragen, erweist sich somit als gering. Zwar unterliegt die in einer jeden Strafvorschrift enthaltene Verhaltensnorm voller verfassungsrechtlicher Kontrolle¹²⁸⁴ und hat erst kürzlich einem zu strafrechtsexpansiv agierenden Gesetzgeber wirksam Grenzen aufgezeigt,¹²⁸⁵ doch handelt es sich dabei um keine strafrechtsspezifische Begrenzung. Es besteht im Hinblick auf die Verhaltensnorm vielmehr ein weiter (kriminal-)politischer Handlungsspielraum,¹²⁸⁶ der nationale Grundrechte ebenso zu beachten hat wie aus dem Unionsrecht folgende Begrenzungen.¹²⁸⁷ Herkömmliche strafrechtliche Argumentationsmuster der gesetzgebungskritischen Rechtsgutslehre¹²⁸⁸ und von Strafrecht als *Ultima Ratio*,¹²⁸⁹ aber auch die Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm bzw. der strafbewehrten Verhaltensnorm¹²⁹⁰ erweisen sich in weiten Teilen als bloße kriminalpolitische Forderungen bzw. »Klugheitsregeln«. Allerdings sind die beiden letztgenannten Begrenzungsansätze an sich einer Evidenzkontrolle durch das BVerfG zugänglich;¹²⁹¹ der EuGH ist in neueren Entscheidungen einer entsprechenden Plausibilitätskontrolle bereits nachgekommen.¹²⁹² Abseits dessen verbleibt es jedoch bei einem weiten kriminalpolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

1282 Ausf. M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (978).

1283 M. Jahn/Brodowski, JZ 2016, 969 (977 f.) m.w.N.; Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 518; Kempny/H. Krüger, SächsVBl 2014, 153 (156); J. J. Nolte, Der Staat 52 (2013), 245 (252); zur wechselvollen Rechtsprechung des BVerfG siehe auch Kempny, JÖR 64 (2016), 477 (482 f.) m.w.N.

1284 Siehe oben § 1 IV. 1. a).

1285 BVerfGE 153, 182 zu § 217 StGB a.F.

1286 Siehe oben § 1 IV. 1. c).

1287 Siehe oben § 1 IV. 1. b).

1288 Siehe oben § 1 IV. 2. a) bb).

1289 Siehe oben § 1 IV. 2. b).

1290 Siehe soeben § 1 IV. 2. c).

1291 Siehe oben § 1 IV. 2. b) cc) sowie § 1 IV. 2. c) bb).

1292 Siehe soeben § 1 IV. 2. c) cc).

V. Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen

Eine weitere Ursache für eine geringe Änderungsrate des StGB, sprich für dessen Statik, liegt in der Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen. Darunter sind Mechanismen zu verstehen, mit denen dieselben Ziele verfolgt werden können wie mit einer Veränderung des Textkorpus des StGB. Mit anderen Worten: Ausweichmechanismen machen es entbehrlich, den Gesetzestext des StGB zu verändern, aber verändern gleichwohl die strafrechtliche Rechtslage und können hierdurch kriminalpolitische Ziele verfolgen. Eine solche Verfügbarkeit von Ausweichmechanismen senkt daher den »Leidensdruck«¹²⁹³ und damit auch die Veranlassung, das förmliche Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des StGB zu bestreiten.¹²⁹⁴ Denn dieses ist nicht nur ressourcenaufwändig, sondern auch mit höheren politischen Kosten verbunden als die Änderung anderer Gesetze.¹²⁹⁵

Anders gewendet: Während die vorherigen Abschnitte sich mit der Frage befassten, warum bzw. inwieweit der Strafgesetzgeber das StGB nicht verändern *dürfte*, selbst wenn er es *wollte*, soll nunmehr der Blick gewendet werden zur Frage, warum er es nicht verändern *will*, obwohl er es strafverfassungsrechtlich und kriminalpolitisch *dürfte*. Hierzu ist zunächst auf Ausweichmechanismen einzugehen, die dazu führen, dass der Strafgesetzgeber das StGB nicht zu verändern *braucht*.

1. Strafrechtsinterne Spielräume

Eine erste Gruppe solcher Ausweichmechanismen ist in Spielräumen zu sehen, die den Akteuren der Strafrechtspflege zur Gestaltung des materiellen Strafrechts¹²⁹⁶ zur Verfügung stehen. Infolge solcher Spielräume entfällt eine Veranlassung zu einem steuernd-korrigierenden Eingreifen der Legislative, es sei denn, die Spielräume werden derart konträr¹²⁹⁷ zur jeweils vorherrschenden kriminalpolitischen Zielvorstellung genutzt,¹²⁹⁸ dass der vorgenannte »Leidensdruck« überwunden wird.

1293 Böhme bei Peikert/Reinelt/Witt, ZStW 131 (2019), 1126 (1194).

1294 Siehe oben § 1 I. 2.

1295 Siehe unten § 1 VI. 4. b).

1296 Zu prozessualen Mechanismen der Strafrechtsrelativierung siehe noch sogleich § 1 V. 2. a).

1297 Vgl. auch Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 274.

1298 Dies ist angesichts der Strafrechtskontinuität selten, siehe noch unten § 1 VI.

a) *Gewohnheitsrecht und ständige Rechtsprechung im Allgemeinen Teil*

Bei Gewohnheitsrecht handelt es sich um Rechtssätze, die sich aus einer zeitlich längerfristigen und dabei auch allgemeinen Übung (*longa consuetudo*) und einer kongruenten Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) herausgebildet haben.¹²⁹⁹ Diese Rechtssätze können im gleichen Rang wie formelle Gesetze stehen,¹³⁰⁰ im Bereich des Strafrechts dürfte Gewohnheitsrecht – weil ihm eine Ergänzungsfunktion zum StGB zukommt – in der Regel dem Bundesrecht zuzuordnen sein.¹³⁰¹ Bereits aufgrund der Voraussetzung der *longa consuetudo* trägt das Gewohnheitsrecht zu einer erheblichen Kontinuität im Recht¹³⁰² und daher zu dessen Statik bei.

Hinsichtlich der Bedeutung und Relevanz der Rechts(erkenntnis)quelle des Gewohnheitsrechts im materiellen Strafrecht herrscht zwar Streit, jedoch eher in der Bezeichnung und Systematisierung und weniger in den Ergebnissen: So ist zweifelsohne Art. 103 Abs. 2 GG, flankiert durch Art. 104 Abs. 1 GG, zu beachten, der innerhalb seines (umstrittenen) Anwendungsbereichs jedenfalls strafbarkeitsbegründendes und -schärfendes Gewohnheitsrecht ausschließt.¹³⁰³ Ebenfalls anerkannt ist der bedeutsame Einfluss der Rechtsprechung auf die Herausbildung und Fortentwicklung von Gewohnheitsrecht;¹³⁰⁴ eine pauschale Gleichsetzung mit Richterrecht erscheint jedoch zu weitgehend.¹³⁰⁵ Denn es besitzen auch andere Akteure der Strafrechtspflege (namentlich die Polizei und die Staatsanwaltschaft, aber z.B. auch Anzeigerstatter) Möglichkeiten, durch längerfristig-allgemeine Übung und entsprechende *Rechtsüberzeugung* an der Herausbildung und Fortentwicklung von Gewohnheitsrecht mitzuwirken. Auch eignet sich der Begriff des Gewohn-

1299 Statt aller *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 100 Rn. 57 m.w.N.

1300 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 100 Rn. 93; *Krebs/Maximilian Becker*, JuS 2013, 97 (97) m.w.N.

1301 Vgl. *Broemel*, in: von Münch/Kunig⁷, Art. 70 GG Rn. 24; *Degenhart*, in: Sachs⁹, Art. 70 GG Rn. 26; *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 70 GG Rn. 47.

1302 *A. Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 126 ff.

1303 Siehe hierzu bereits oben § 1 II. 1. c) bb) sowie unten § 7 II. 3. b) aa).

1304 Allgemein *Krebs/Maximilian Becker*, JuS 2013, 97 (97); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland³, § 100 Rn. 60.

1305 In diese Richtung aber *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 1 StGB Rn. 9; *Hassemer/Kargl*, in: NK⁵, § 1 StGB Rn. 65 f. sowie für das Verwaltungsrecht *T. I. Schmidt*, NVwZ 2004, 930 ff.

heitsrechts besser als der vielschichtige Begriff des Richterrechts,¹³⁰⁶ um die unterschiedlichen Erscheinungsformen zu systematisieren und namentlich (richterliche) Rechtsfortbildung¹³⁰⁷ zu differenzieren. Schließlich ist im hiesigen Kontext das Problem der Identifikation und auch Legitimation von Gewohnheits- in Abgrenzung zu Richterrecht ohne Konsequenz. Denn für den Gesetzgeber kann eine Handlungsnotwendigkeit bereits dann entfallen, wenn es sich (bloß) um eine ständige Rechtsprechung insbesondere des BGH handelt und diese in den Instanzgerichten hinreichende Beachtung findet; das Kriterium »normativer Verbindlichkeit« spielt hierfür gegenüber faktischen rechtspraktischen Wirkungen nämlich allenfalls eine untergeordnete Rolle.¹³⁰⁸

Hierauf aufbauend lassen sich als gewohnheitsrechtliche oder jedenfalls (allein oder vorrangig) auf ständiger Rechtspraxis fußende Elemente im materiellen Strafrecht identifizieren, deren Regelung sich der Gesetzgeber – mit teils zweifelhafter Begründung¹³⁰⁹ und vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls nicht unbedenklich¹³¹⁰ – ausdrücklich oder implizit enthalten hat, so hinsichtlich der objektiven und subjektiven Zurechnung nebst *actio libera in causa*¹³¹¹ und der Tatbestandsergänzung (§ 14 StGB) bei faktischen Geschäftsführern,¹³¹² des Unterlassens einschließlich der Garantenstellung,¹³¹³ des fehlgeschlagenen Versuchs,¹³¹⁴ der Einwilligung und weiterer Rechtfertigungsgründe,¹³¹⁵ »übergesetzlicher« Entschuldigungs-

1306 Hierzu ausf. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*³, § 100 Rn. 50 ff. m.w.N.

1307 Hierzu sogleich § 1 V. 1. b) sowie § 1 V. 1. c).

1308 Zu dieser Differenzierung siehe nur *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 1 StGB Rn. 9; siehe auch *Krebs/Maximilian Becker*, *JuS* 2013, 97 (103).

1309 *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 7.

1310 Siehe noch unten § 7.

1311 Siehe nur *Hassemer/Kargl*, in: NK⁵, § 1 StGB Rn. 67 f.; *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 1 StGB Rn. 14; *Schmitz*, in: MK-StGB⁴, § 1 StGB Rn. 33; *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, Vor § 15 StGB Rn. 7; zur Ausweitung der Zurechnung im Wirtschaftsstrafrecht *pars pro toto I. Roxin*, in: FS Fischer, S. 267 ff.

1312 Siehe nur BGH NJW 2013, 1892 (1894).

1313 Hierzu BVerfGE 96, 68 (97 ff.); BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01 –; ferner exemplarisch *Hassemer/Kargl*, in: NK⁵, § 1 StGB Rn. 68; *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 1 StGB Rn. 14; *Schmitz*, in: MK-StGB⁴, § 1 StGB Rn. 32; *C. Roxin*, GA 2021, 190 m.w.N.; zum Bereich der Individualverantwortlichkeit in Unternehmen bzw. Konzernen exemplarisch *Minkoff*, in: *Minkoff/Sahan/Wittig* (Hrsg.), *Konzernstrafrecht*, § 6 Rn. 23 ff.

1314 Vgl. *L. Wörner*, *Versuch*, S. 42, 49.

1315 Vgl. nur *Burchard*, *StV* 2019, 637 (637, 639 f.); *Satzger*, *JURA* 2016, 154 (156 ff.) sowie *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 1 StGB Rn. 12 f.

gründe¹³¹⁶ und – soweit man sie denn entgegen dem BVerfG materiellrechtlich interpretieren wollte – der Wahlfeststellung.¹³¹⁷

Da und soweit strafverfassungsrechtlich¹³¹⁸ und auch kriminalpolitisch die gewohnheitsrechtliche Fundierung dieser Elemente bzw. deren Ausgestaltung (vor allem¹³¹⁹) durch die Gerichte für ausreichend erachtet wird, ist deren Ausgestaltung und auch Modifikation (etwa durch Neukonturierung der Garantenstellungen und -pflichten) ohne Textänderung des StGB möglich, was zur Statik dessen Textkorpus beiträgt.

b) Rechtsfortbildung *intra legem*

Doch auch soweit das im StGB geschriebene Recht bereits einen gewissen Rahmen vorgibt, kann eine Rechtsfortbildung gesetzgeberisches Handeln entbehrlich machen.

Dies betrifft erstens die teleologische Reduktion von Straftatbeständen, die ihrem Wortlaut nach einhellig zu weit reichen. Eindrückliche Beispiele hierfür sind bei § 239 Abs. 1 StGB Freiheitsberaubungen unterhalb der Dauer eines »Vaterunser«,¹³²⁰ bei § 284 Abs. 1 StGB das Erfordernis eines erheblichen Spieleinsatzes und eines erheblichen Gewinns¹³²¹ sowie bei § 306 Abs. 1 Nr. 6 StGB der Ausschluss fertig verarbeiteter Lebensmittel (z.B. einer Cornflakes-Packung).¹³²² Wann immer eine solche teleologische Korrektur vollzogen wird, besteht der Sache nach keine Notwendigkeit für gesetzgeberisches Handeln.¹³²³

1316 Hierzu bereits oben § 1 II. 2. c).

1317 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 05.07.2019 – 2 BvR 167/18 –, Rn. 29 »Die (richterrechtlichen) Grundsätze zur ungleichartigen Wahlfeststellung«.

1318 Siehe erneut BVerfGE 96, 68 (97 ff.) sowie BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01 – (Garantenstellung); BVerfG Nichtannahmebeschl. v. 05.07.2019 – 2 BvR 167/18 – (Wahlfeststellung).

1319 Ohne den unmittelbaren und vor allem mittelbaren Einfluss der Rechtslehre in Abrede stellen zu wollen.

1320 RGSt 7, 259 (260); ähnlich (»etwa eine Minute«) BGH NJW 1967, 941. Zu diesem Kriterium ausf. *Wieck-Noodt*, in: MK-StGB⁴, § 239 StGB Rn. 18 ff.; *Wolters*, in: SK-StGB⁹, § 239 StGB Rn. 4.

1321 BGH StV 2019, 393 (Rn. 12); *Hecker*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 1 StGB Rn. 11; *Hohmann/Schreiner*, in: MK-StGB⁴, § 284 StGB Rn. 11 ff.

1322 Siehe nur *Heine/Bosch*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 306 StGB Rn. 10; *Kargl*, in: NK⁵, § 306 StGB Rn. 15; *Wolters*, in: SK-StGB⁹, § 306 StGB Rn. 8.

1323 Insbes. droht bei einer solchen teleologischen Korrektur mangels Beschwer keine erfolgreiche Anrufung des Bundesverfassungsgerichts gegen eine unverhältnismäßig weit formulierte Verhaltensnorm.

Zweitens ist hier auf diejenigen Normen zu verweisen, bei denen durch eine Fallgruppenbildung in Rechtsprechung und Literatur die Bestimmtheit nachgeschärft oder ggf. erst erreicht wird. Neben der Herausbildung der Garantstellungen und hieraus folgenden -pflichten¹³²⁴ ist dies vor allem in der Entscheidung des BVerfG zum Untreuetatbestand (§ 266 Abs. 1 StGB) erheblich geworden:

»Auch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in fallgruppenspezifischen Obersätzen hinreichend in einer Weise konkretisiert, die die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Regelfall sichert. Voraussehbarkeit der Strafdrohung und Kohärenz der Rechtsordnung stehen in engem Zusammenhang. Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Die (Fort-)Entwicklung geeigneter dogmatischer Mittel zu diesem Ziel obliegt in erster Linie den Strafgerichten und hier vornehmlich den Revisionsgerichten. Diese müssen im Interesse der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung in wichtigen Anwendungsbereichen des Untreuetatbestands diesen durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien handhabbar machen.«¹³²⁵

Diese vom BVerfG vorgenommene Rollenzuweisung bewirkt, dass »Leidensdruck« von der Gesetzgebung genommen wird, ggf. zu unbestimmte und daher »an sich« verfassungswidrige Vorschriften nachzuschärfen, und trägt somit maßgeblich zur Statik des StGB bei. Hiervon zu trennen ist die Frage der Bedeutung dieser Rechtsprechung für Art. 103 Abs. 2 GG¹³²⁶ und die Problematik, inwieweit es dem Gesetzgeber bei Strafrechtsänderungen angesichts des strafverfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots untersagt ist, explizit oder implizit auf Fallgruppenbildungen oder teleologische Reduktionen zu verweisen.¹³²⁷

Drittens lässt sich auf teils ausdrücklich-prägnante, zumeist aber fließende Rechtsprechungsänderungen bzw. -linien verweisen, die etwa zu einer

1324 Hierzu BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01 – sowie *J. Vogel*, Unterlassungsdelikte, S. 315 ff.; *Burchard*, in: NK-WSS², § 13 StGB Rn. 3, 14.

1325 BVerfGE 126, 170 (Rn. 110).

1326 Hierzu noch unten § 7 II. 3. a).

1327 Hierzu sehr krit., statt vieler, *Greco*, ZIS 2018, 475 ff.; siehe ausführlich unten § 8 I.

Normativierung insbesondere des Betrugsstrafrechts,¹³²⁸ zu einem kontext- und zeitabhängigen Wandel im Umgang mit Regimekriminalität (und damit zusammenhängend, Fragen der Auslegung des Verbotsirrtums und der Beteiligungslehre)¹³²⁹ oder zu einer wechsellvollen Bewertung von Sitzblockaden als strafbare Nötigung (§ 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB) des in erster bzw. nunmehr in zweiter Reihe zum Halten kommenden Kraftfahrzeugführers¹³³⁰ geführt haben und hierdurch – zumindest teils – gesetzliche Klarstellungen entbehrlich machten.

c) *Rechtsfortbildung praeter und contra legem*

Eng mit dem vorgenannten Mechanismus verwandt und teils überschneidend ist es, dass eine gesetzesvertretende Rechtsfortbildung derart weit reicht, dass sie sich über den Wortlaut der Bestimmungen des StGB mehr oder weniger eindeutig hinwegsetzt. Eindrücklichster Anwendungsfall hierfür ist die sogenannte »Rechtsfolgenlösung« bei § 211 StGB, mit welcher der *Große Senat für Strafsachen* des BGH unverhältnismäßige Härten dieses Tatbestands – ausnahmslose Anordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe – zu korrigieren suchte: Er berief sich hierzu auf die Erwägung des BVerfG, dass es »Aufgabe des für die Auslegung der Strafnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs« sei, eine »dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafanordnung entsprechende Interpretation« zu finden.¹³³¹ Über die restriktive Auslegung jedenfalls mancher Mordmerkmale hinausgehend korrigierte er bei Vorliegen »außergewöhnliche[r] Umstände« die Rechtsfolge durch Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren¹³³² und legitimierte diese Rechtsfortbildung wie folgt:

»Auf Grund der Wertvorstellungen der Verfassung und des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesverfassungsgericht eine Regelungslücke festgestellt, die zwar nicht als ursprüngliche »planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes« [...] angesehen werden kann [...], die

1328 Exemplarisch *Saliger*, in: Matt/Renzikowski², § 263 StGB Rn. 190 f. *Perron*, in: GS Heine, S. 281 ff.; *M. Jahn/S. Maier*, JuS 2007, 215 ff.; *Kubiciel*, HRRS 2015, 382 ff.

1329 Exemplarisch *Wassermann*, NJW 2000, 403 ff.; *T. Vormbaum*, Juristische Zeitgeschichte, S. 332, 335; *Fahl*, HRRS 2015, 210 ff.

1330 Aus Sicht des BVerfG: BVerfGE 73, 206 (»Sitzblockaden I«); BVerfGE 92, 1 (»Sitzblockaden II«); BVerfGK 18, 365 (»Zweite-Reihe-Rechtsprechung«).

1331 BVerfGE 45, 187 (267); hierauf verweisend BGHSt [GrS] 30, 105 (111 f.).

1332 BGHSt [GrS] 30, 105 (Ls. 1).

aber einer solchen Unvollständigkeit auf Grund eines Wandels der Rechtsordnung gleichzuachten ist [...]. Die Behebung dieser Lücke hat das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgerichtshof überlassen. Dem Großen Senat ist es nicht verwehrt, sie dadurch zu schließen, daß er in Heimtückefällen auf der Rechtsfolgenrechtsseite des Mordes (§ 211 Abs. 1 StGB) an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe den Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB treten läßt, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern [...].¹³³³

Abgesehen von Zweifeln daran, ob das BVerfG dem BGH tatsächlich einen derart weitreichenden Lückenschluss »überlassen« hatte,¹³³⁴ und dem Streit über die Reichweite der Rechtsfolgenlösung¹³³⁵ liegt auf der Hand, dass dieser Lückenschluss Druck vom Gesetzgeber nahm, sich einer Reform der Tötungsdelikte anzunehmen. Eine alternativ denkbare Vorlage des *Großen Senats* an das BVerfG hätte hingegen dazu führen können, dass § 211 StGB insoweit für verfassungswidrig erklärt worden und daher ein erheblicher Handlungsdruck für den Gesetzgeber entstanden wäre; so aber verhallen Rufe nach einer Reform des § 211 StGB bislang (jedenfalls im Ergebnis¹³³⁶) ungehört.¹³³⁷

Ein weiteres Beispiel lässt sich in der Rechtsprechung des BVerfG zu § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB sehen, als es für Strafverteidiger (zumindest) sicheres Wissen von dessen deliktischer Herkunft forderte.¹³³⁸ Zwar postulierte das BVerfG, »[d]er Wortlaut der Vorschrift steh[e] einer solchen Auslegung nicht entgegen«. ¹³³⁹ Dies lässt sich jedoch mit guten Gründen als bloße Schutzbehauptung interpretieren.¹³⁴⁰ Schließlich trägt Züge einer Rechtsfort-

1333 BGHSt [GrS] 30, 105 (121).

1334 Deutlich *U. Neumann*, in: NK⁵, Vor § 211 Rn. 162: »Missachtung des Gesetzes«; »Strapazierung anderer verfassungsrechtlicher Regeln und Prinzipien (Art. 20 Abs. 3 GG)«; siehe ferner *Müller-Dietz*, in: FS Nishihara, S. 248 (254 ff.). Ausführlich zu Kritik und Antikritik *Schneider*, in: MK-StGB⁴, § 211 StGB Rn. 39 ff. sowie *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 211 StGB Rn. 10b.

1335 Siehe hierzu nur, statt mehrerer, *Müller-Dietz*, in: FS Nishihara, S. 248 (257); *H.-L. Günther*, NJW 1982, 353 (358).

1336 Ein »Referentenentwurf zur Reform der Tötungsdelikte« mit Bearbeitungsstand 21.03.2016 (verfügbar bei *FragDenStaat*, Referentenentwurf zur Reform der Tötungsdelikte) ist nicht in die Verbandsanhörung gelangt und wurde in der 19. Legislaturperiode nicht weiterverfolgt.

1337 Dies gilt sowohl für Befürworter der Rechtsfolgenlösung, z.B. *Schneider*, in: MK-StGB⁴, § 211 StGB Rn. 47, wie für deren Gegner, z.B. *U. Neumann*, in: NK⁵, Vor § 211 StGB Rn. 157, 163.

1338 Vgl. BVerfGE 110, 226 (Ls. 1, 267 f.); ergänzend zu § 261 Abs. 1 Nr. 1 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. –.

1339 BVerfGE 110, 226 (267).

1340 Siehe nur *M. Jahn*, in: SSW-StGB⁵, § 261 StGB Rn. 71 (»Konflikt mit der Wortlautgrenze«); *Klatt*, in: Kudlich/Montiel/Schuhr (Hrsg.), Gesetzlichkeit und Strafrecht,

bildung *praeter* bis *contra legem* auch die Kammerentscheidung des BVerfG zur Auslegung des § 202c Abs. 1 StGB, der zufolge der »Zweck« des inkriminierten Programms (auch) anhand der »objektiv manifestierten Absichten« zu bestimmen sei.¹³⁴¹ Diese im Wortlaut allenfalls sublim angelegte Einschränkung ermöglichte eine Korrektur eines missratenen Tatbestands, der in seiner Weite – wie der Rechtsvergleich zeigt¹³⁴² – auch europastrafrechtlich nicht erforderlich war; die Alternative¹³⁴³ – dem Gesetzgeber eine Reduktion des Tatbestands ins Stammbuch zu schreiben – konnte unterbleiben.

d) Spielräume bei der Rechtsauslegung und -anwendung

Schließlich tragen die bei der Auslegung und Anwendung des StGB bestehenden Spielräume dazu bei, nicht nur der oft betonten »Vielgestaltigkeit des Lebens«¹³⁴⁴ Herr zu werden, sondern auch um in »Modellversuchen« Veränderungen ohne oder vor ihrer gesetzlichen Verankerung zu erproben,¹³⁴⁵ und vor allem um Handlungsnotwendigkeiten weg von der Legislative hin zur Judikative zu verschieben. Dies tritt besonders eindrücklich in solchen Tatbeständen zu Tage, die bereits in ihrer Tathandlung offen formuliert sind, so besonders markant in § 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB mit dem Verweis auf »eine andere vergleichbare Handlung«¹³⁴⁶ und – wenngleich klarer konturiert¹³⁴⁷

S. 121 (135 ff.) (»Allein der Gesetzgeber ist berufen, die Norm durch Einführung eines expliziten Verteidigerprivilegs nachzubessern.«) sowie *Altenhain*, in: NK⁵, § 261 StGB Rn. 128 (BVerfG hätte »Abs. 2 Nr. 1 konsequenterweise für verfassungswidrig erklären müssen«); ferner *von Galen*, NJW 2004, 3304 (3308).

1341 BVerfGK 15, 491 (503, 505).

1342 § 126c öStGB.

1343 Diese hätte indes eine Senatsentscheidung erforderlich gemacht, was ein Ressourcenproblem bedeutet und zugleich eine Mehrheitsbildung in einem größeren Spruchkörper voraussetzt.

1344 So etwa BVerfGE 143, 38 (Rn. 64).

1345 Grundlegend hierzu *Hoffmann-Holland*, Der Modellgedanke im Strafrecht, S. 26, 47 ff.

1346 Krit. zur hinreichenden Bestimmtheit etwa *Eisele*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 238 StGB Rn. 21 ff.; *Sonnen*, in: NK⁵, § 238 StGB Rn. 40; für eine teleologische Reduktion auf strafbare oder ordnungswidrige Handlungen *Schluckebier*, in: SSW-StGB⁵, § 238 StGB Rn. 14; relativierend *Gericke*, in: MK-StGB⁴, § 238 StGB Rn. 35 ff.

1347 Wie eine Vielzahl von Straftatbeständen und namentlich die §§ 212 Abs. 1, 223 Abs. 2, 303 Abs. 1 StGB zeigen, ist der Gesetzgeber frei, als Tathandlung jedes beliebige menschliche Verhalten ausreichen zu lassen. Problematisch ist dies nur, wenn der Gesetzgeber – wie bei §§ 238 Abs. 1, 315 Abs. 1, 315b Abs. 1 StGB – den Tatbestand auf diesem Wege einzugrenzen versucht. Bei §§ 315 Abs. 1, 315b

– bei §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB.¹³⁴⁸ Weiters lässt sich auf Erheblichkeitsschwellen¹³⁴⁹ sowie (insbesondere strafbarkeitsbegründende) Wertgrenzen¹³⁵⁰ verweisen, deren Konkretisierung und Fortentwicklung der Rechtsprechung obliegen soll.¹³⁵¹ Schließlich zeigt sich auch auf der Rechtsfolgenrechtsseite und dort bereits im Hinblick auf die »klassischen« Rechtsfolgen einer Geld- oder Freiheitsstrafe – von § 211 StGB *de lege lata* abgesehen¹³⁵² – ein erheblicher, auch vor rechtsvergleichendem Hintergrund beachtlicher Spielraum in der Strafzumessung, der durch besonders schwere und minder schwere Fälle noch erweitert wird.¹³⁵³ Wird dieser in einer Art und Weise genutzt, der keinen für die Legislative hinreichenden »Leidensdruck« verursacht, kann die Statik des StGB aufrechterhalten werden.

Abs. 1 StGB wäre es daher ehrlicher, wenn der Gesetzgeber diese zu einem reinen (Gefahr-)Erfolgssdelikt umgestaltete (in diese Richtung auch *Zieschang*, in: NK⁵, § 315 StGB Rn. 17).

1348 Hierzu nur BGHSt 22, 365; *Fabricius*, GA 1994, 164 ff.; krit. *Greco*, GA 2012, 452 (463 f.).

1349 Z.B. bei § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB (hierzu krit. *Renzikowski*, in: MK-StGB⁴, § 177 StGB Rn. 76), § 184h Nr. 1 StGB (hierzu BGHSt 61, 173; *Eisele*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 184h StGB Rn. 15), § 201 Abs. 2 Satz 1 StGB (hierzu *Eisele*, in: Schönke/Schröder³⁰, § 201 StGB Rn. 27; *Graf*, in: MK-StGB⁴, § 201 StGB Rn. 38, 38a; *Kargl*, in: NK⁵, § 201 StGB Rn. 20; *Eisele/J. Sieber*, StV 2015, 312 [315 f.]; *R. Busch*, NJW 2015, 977 [978]); § 201a Abs. 2 StGB (hierzu *Kargl*, in: NK⁵, § 201a StGB Rn. 10).

1350 Auf »Sachen von bedeutendem Wert« verweisen tatbestandlich §§ 306f Abs. 2, 307 Abs. 1, Abs. 2, 308 Abs. 1, 311 Abs. 1, 312 Abs. 1, 313 Abs. 1, 315 Abs. 1, 315a Abs. 1, 315b Abs. 1, 315c Abs. 1, 315d Abs. 1, 324 Abs. 1, 325 Abs. 1 und Abs. 6 Nr. 1, 325a Abs. 2, 328 Abs. 3 StGB; die Rechtsprechung legt dies deliktsspezifisch bei den Brandstiftungssdelikten als 2.500 € aus (BGHSt 48, 14 [23]; BGH NStZ 2019, 31 [Rn. 16]; krit. *Radtke*, in: MK-StGB⁴, § 306e StGB Rn. 15), bei dem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion als 1.500 € (BGH, Urt. v. 10.02.2015 – 1 StR 488/14 –, Rn. 58 [insoweit in BGHSt 60, 198 nicht abgedruckt]; BGH NJW 2017, 743 [Rn. 40]) und bei den Straßenverkehrssdelikten als 750 € (zuletzt BGH NStZ 2019, 677 [Rn. 8]; BGH StV 2018, 429).

1351 Exemplarisch für einen ausdrücklichen Verweis des Gesetzgebers (wenngleich in einem gescheiterten Gesetzentwurf) darauf, dass »[d]ie Entwicklung von Wertgrenzen und deren Anpassung [...] der Rechtsprechung überlassen bleiben [soll]«, *Land Nordrhein-Westfalen*, VerbStrG-E, S. 54.

1352 Zur Rechtsfolgenlösung des BGH (BGHSt [GrS] 30, 105) siehe soeben § 1 V. 1. c).

1353 Hierzu zuletzt ausf. *Kaspar*, Gutachten C – 72. dtj, S. C 86 ff.

2. Strafrechtsrelativierung abseits formeller Entkriminalisierung

Eine zweite Gruppe an Ausweichmechanismen umfasst Handlungsweisen der Legislative, der Gubernative und auch der Exekutive, auf anderem Wege als einer formellen Entkriminalisierung (d.h. der vollständigen oder teilweisen Streichung von Strafvorschriften im StGB¹³⁵⁴) eine Relativierung¹³⁵⁵ des Strafrechts auf Tatbestands-¹³⁵⁶ wie auf Rechtsfolgenrechte zu bewirken.

a) Prozessuale Strafrechtsrelativierung

Während das Gnadenrecht wegen seines Ausnahme- und Einzelfallcharakters nur bedingt tauglich ist, übermäßige Härten des Strafrechts auszugleichen,¹³⁵⁷ bieten die prozessualen Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung (« Opportunitätsprinzip») erhebliche Spielräume für eine Strafrechtsrelativierung,¹³⁵⁸ vor allem in Bezug auf Vergehenstatbestände.¹³⁵⁹ Verfassungsrechtliche Dignität hat die prozessuale Korrektur einer materiellen Überkriminalisierung schon 1979 in einem Beschluss zum Diebstahl geringwertiger Sachen¹³⁶⁰ und vor allem im *Cannabis*-Beschluss des BVerfG erhalten, als es im 3. Leitsatz ausführte, dass die angegriffenen Strafvorschriften »deshalb nicht gegen das Übermaßverbot [verstoßen], weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht, durch das Absehen von [...] Strafverfolgung (vgl. §§ 153 ff StPO, § 31a BtMG) einem geringen individuellen Unrechts- und

1354 Ggf. mit Überführung in Ordnungswidrigkeiten, zum Sprachgebrauch siehe nur *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 111 mit Fn. 50.

1355 Zur Terminologie siehe noch unten § 2 I. 2. a) bb).

1356 Hier: Im weitesten Sinne, d.h. ohne Differenzierung nach den verschiedenen Stufen des Deliktaufbaus.

1357 Ausf. hierzu im Kontext des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe BVerfGE 45, 187 (Ls. 3, 242 ff.); siehe bereits oben § 1 II. 1. a) cc) (2).

1358 *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, S. 191 (197 f.).

1359 Jedenfalls die §§ 153c bis 154b StPO und § 154c Abs. 1 StPO stehen ihrem Wortlaut nach auch bei der Verfolgung von Verbrechenstatbeständen zur Verfügung. Jedoch dürften – stark pauschalisierend gesprochen – die in diesen Vorschriften teils enthaltenen Einschränkungen, dass z.B. die Strafe »nicht beträchtlich ins Gewicht fällt« bzw. dass »nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerlässlich ist«, seltener erfüllt sein als bei Vergehen.

1360 BVerfGE 50, 205 (213 f.).

Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen«.¹³⁶¹ Zur Begründung führte es aus:

»Die Entscheidung des Gesetzgebers, einem geringen Unrechts- und Schuldgehalt bestimmter Taten vorwiegend durch eine Einschränkung des Verfolgungszwangs Rechnung zu tragen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dem Gesetzgeber bieten sich zwei Wege an, einen geringen Unrechts- und Schuldgehalt bestimmter Fallgruppen dem Übermaßverbot entsprechend zu berücksichtigen: Er kann – etwa durch Privilegierungstatbestände – den Anwendungsbereich der allgemeinen Strafvorschrift einschränken oder spezielle Sanktionen für Fälle der Bagatellkriminalität ermöglichen (materiell-rechtliche Lösung). Er kann aber auch den Verfolgungszwang begrenzen und auflockern (prozessuale Lösung). Das verfassungsrechtliche Übermaßverbot gestattet prinzipiell beide Lösungen [...]. Die prozessuale Lösung verstößt auch nicht gegen Verfassungsgrundsätze, die sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergeben. [...] Dem Prinzip der Gesetzlichkeit der Strafbarkeit wird genügt; die Grenzen des strafbaren Verhaltens werden ebenso durch das Gesetz bestimmt wie die Einschränkungen des Verfolgungszwangs. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Rechtsanwendung im Einzelfall den Strafverfolgungsorganen obliegt. Schließlich kann auch der Grundsatz der Bestimmtheit der Strafvorschrift unter der Voraussetzung gewahrt werden, daß der Einzelne dem Gesetz mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen kann, unter welchen Voraussetzungen er sich strafbar macht sowie welche Strafe ihm droht. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.«¹³⁶²

Hieran ist zwar manches kritikwürdig, darunter die Pflicht des Parlamentsgesetzgebers, bestimmte und verhältnismäßige Strafnormen zu erlassen, daneben die im geltenden Recht nur unzuverlässig gleiche Beachtung der §§ 153 ff. StPO und schließlich der bereits durch Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bewirkte Grundrechtseingriff.¹³⁶³ An dieser Stelle¹³⁶⁴ soll die Feststellung genügen, dass diese mehrfach bekräftigte Rechtsprechungslinie den Entkriminalisierungsdruck im Bereich der Bagatellkriminalität senkt und daher zu einer Statik des StGB beiträgt. Zudem wird diese »prozessuale Lösung« inzwischen auch von der Strafgesetzgebung als Rechtfertigung

1361 BVerfGE 90, 145 (Ls. 3, 187, 189 ff.); siehe nachfolgend auch BVerfGE 120, 224 (252 f.).

1362 BVerfGE 90, 145 (191 f.).

1363 Zu alledem insbes. BVerfGE 90, 145 (224 ff.) – Sondervotum *Sommer*; BVerfGE 120, 224 (273) – Sondervotum *Hassemer*; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (362); *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, S. 513 ff.; *Nelles/Velten*, NStZ 1994, 366 (367 ff.); *Reichenbach*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 307 (311 ff.); *Wolter*, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, S. 1 (28 f., 37 ff.); aus politikwissenschaftlicher Sicht *Prätorius*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 325 ff.

1364 Siehe ergänzend *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), The Limits of Criminal Law, S. 365 (373 ff.).

für eine erkanntermaßen potentiell unverhältnismäßige Neukriminalisierung herangezogen.¹³⁶⁵

b) Ressourcensteuerung

Des Weiteren besteht ein erhebliches Potential für die Steuerung der Strafverfolgung in einigen Deliktsbereichen darin, Verfolgungsressourcen (vor allem) bei der Polizei und (mit leicht geringerer Steuerungswirkung) bei den Staatsanwaltschaften zur Verfügung zu stellen oder auch zu entziehen, sowie ferner auf das Anzeigeverhalten Einfluss zu nehmen.

Eine Verringerung der zur Strafverfolgung allgemein oder für gewisse Deliktsbereiche speziell zur Verfügung stehenden Ressourcen dürfte dabei, von Extremfällen (Verfolgungsverjährung) einmal abgesehen, auf die Nutzung prozessualer Erledigungsstrategien (gewissermaßen als »Ventil«) Einfluss nehmen,¹³⁶⁶ vor allem aber in Bereichen sogenannter »Holkriminalität« bzw. Kontrollkriminalität¹³⁶⁷ entscheidend sein: Mit diesem Bild wird zum Ausdruck gebracht, dass Strafverfolgung selten durch Strafanzeigen initiiert wird, sondern Straftaten vor allem durch amtliches Tätigwerden aus dem Dunkel- ins Hellfeld »geholt« werden müssen. »Unterschiedliche Prioritätensetzungen bei der Kriminalitätsbekämpfung und verstärkter bzw. verdünnter Personaleinsatz können daher ursächlich für Veränderungen der polizeilich registrierten Verfahrenszahlen« sein,¹³⁶⁸ aber auch Auswirkungen auf die Verfolgungsintensität und – *ad extremum* – auch auf die wahrgenommene Normgeltung haben. Als Ressourcen sind hierbei nicht nur schlichte Personal- und Finanzmittel zu berücksichtigen, sondern auch die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Strafverfolgung einschließlich von Informationseingriffen.¹³⁶⁹

Gleichermaßen kann eine Veränderung des Anzeigeverhaltens zu einer Strafrechtsrelativierung beitragen: Die sehr weitreichende Strafvorschrift der

1365 BT-Drs. 18/4350, S. 24: »Extremsituationen, die durch diese sehr weitgehende Pönalisierung [...] möglicherweise entstehen, kann im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene (§ 153c Absatz 1 Nummer 1 der Strafprozessordnung) Rechnung getragen werden«.

1366 Hierzu soeben § 1 V. 2. a).

1367 Vgl. BT-Drs. 16/3930, S. 701.

1368 BT-Drs. 16/3930, S. 701.

1369 Am hypothetischen Beispiel: Würden die §§ 100a ff. StPO ersatzlos gestrichen, so liegt es nahe, dass der Verfolgungsdruck und auch die wahrgenommene Normgeltung in den Bereichen der Betäubungsmittelkriminalität und der Internetkriminalität sinkt.

unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§ 106 Abs. 1 UrhG) ist als relatives Strafantragsdelikt (§ 109 UrhG) ausgestaltet und zudem Privatklagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO). Eine Effektivierung der Möglichkeiten einer (rein) zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung (§ 101 Abs. 9 UrhG) ermöglicht es nunmehr den Verletzten häufig, darauf zu verzichten, einen Verdacht den Strafverfolgungsbehörden zu melden und nach Fortgang derer Ermittlungen Akteneinsichtsrechte geltend zu machen.¹³⁷⁰ Auch staatsintern lässt sich durch Steuerung von Mitteilungspflichten,¹³⁷¹ Ermächtigungen zur Strafverfolgung bzw. durch Strafverlangen in dieser Hinsicht gewisser Einfluss nehmen. Insbesondere in Bereichen von Bagatell- und Massenkriminalität kann eine solche Veränderung des Anzeigeverhaltens bewirken, dass es an »Leidensdruck« für eine Veränderung der materiellen Rechtslage fehlt.

c) *Materiell-rechtliche Strafrechtsreduktion*

Ohne Veränderung des Wortlauts der einzelnen Straftatbestände des Besonderen Teils – und ohne Schaffung von Privilegierungstatbeständen – lässt sich eine Strafrechtseinschränkung zudem auf materiell-rechtlichem Weg bewerkstelligen.

Dies betrifft zum einen entkriminalisierende oder strafmildernde Veränderungen im Allgemeinen Teil des StGB. Neben der seit 1994 bestehenden Strafrechtseinschränkung des § 46a StGB bei Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung¹³⁷² spielt dabei die Aufklärungs- und Präventionshilfe nach § 49b StGB¹³⁷³ eine spezifische Rolle: Ihr Anwendungsbereich ist zwar einerseits eng (Katalogtaten nach § 100a Abs. 2 StPO), erstreckt sich andererseits aber auf Verbrechen, bei denen die prozessualen Möglichkeiten zur Strafrechtsrelativierung nur eingeschränkt zur Verfügung stehen.¹³⁷⁴

Zum anderen ist zu verzeichnen, dass strafrechtsrelevante und durchaus strafrechtsaffine Regelungen nicht im StGB, sondern in anderen Ge-

1370 Siehe bereits oben § 1 III. 3. b) aa) in Fn. 1015.

1371 V.a. MiStra und MiZi.

1372 BGBl. 1994 I, S. 3186; zu § 46a StGB siehe aktuell *Kerner/Weitekamp*, Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in Deutschland (empirisch) und *Meier*, JZ 2015, 488 ff. (zusammenfassend).

1373 BGBl. 2009 I, S. 2288; hierzu unten Anhang A IV. 20. In der darauffolgenden Legislaturperiode wurde die ursprüngliche Regelung eingegrenzt, BGBl. 2013 I, S. 1497; hierzu unten Anhang A V. 16.

1374 Aktuell zu § 49b StGB *Kaspar/Christoph*, StV 2016, 318 ff. (empirisch); *Conen*, StraFo 2018, 227 ff. (zusammenfassend).

setzen verortet werden. Dabei spielen zwar im StGB Blankettstrafnormen mit Verweisungen auf Rechtsverordnungen mit Rückverweisungsklausel keine Rolle,¹³⁷⁵ wohl aber das breite Feld der tatbestandlichen Anknüpfung an außerstrafrechtliche Bestimmungen, sei es in Gestalt normativer Tatbestandsmerkmale, sei es in Gestalt von Blankettverweisen.¹³⁷⁶ Veränderungen der Bezugsnormen können dabei sowohl strafrechtsexpansiv¹³⁷⁷ als auch strafrechtsreduzierend¹³⁷⁸ wirken. Besonders augenfällig sind allerdings Regelungen, die nach herkömmlicher Lesart rechtfertigend wirken und aufgrund der sogenannten »Einheit der Rechtsordnung«¹³⁷⁹ auch in das Strafrecht einwirken. Als prominente Beispiele sei auf die zivilrechtlichen Regelungen der Patientenverfügung (§§ 1901a ff. BGB), der Beschneidung (§ 1631d BGB) und des Whistleblowing (insbes. § 5 Nr. 2 GeschGehG), auf strafprozessuale Befugnisnormen (*pars pro toto* § 100b StPO) und auf öffentlich-rechtliche Regelungen wie § 14 Abs. 3 LuftSiG a.F.¹³⁸⁰ verwiesen. Doch auch weniger prominent lässt sich über materiell-rechtliche Elemente eine Strafrechteinschränkung bewirken, namentlich durch subtile und nicht auf ihre Strafrechtsrelevanz hinweisende Gesetzesänderungen,¹³⁸¹ oder – bei verwaltungsaktsakzessorischen Straftatbeständen – durch eine großzügigere Genehmigungspraxis.

Eine solche Herangehensweise mag häufig ihre Ursache im Sachzusammenhang mit außerstrafrechtlichen Regelungen finden, oder auch in der Notwendigkeit begründet liegen, in einem Gesetzgebungsverfahren zugleich umfangreiche verwaltungs- und verfahrensrechtliche Vorschriften zu erlassen. Zwar gibt es kein strafverfassungsrechtliches Verbot, rein verwaltungsrechtliche Regelungen in das StGB zu integrieren, doch ist eine weitreichende kriminalpolitische Zurückhaltung bis hin zu einer »polity« zu verzeichnen, das StGB mit solchen Detailregelungen zu überfrachten; die – ihrerseits auf das Schwangerschaftskonfliktgesetz verweisende – Regelung in § 219 StGB zur »Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage« ist als

1375 Hierzu BVerfGE 143, 38 und zuletzt BVerfGE 153, 310.

1376 Zu diesen Regelungstechniken siehe, statt vieler, *J. Vogel/Bülte*, in: LK¹³, § 16 StGB Rn. 25 ff., 36 ff. sowie monographisch *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten.

1377 Exemplarisch die Erstreckung der §§ 146 ff. StGB auf den Euro, Verordnung (EG) Nr. 974/98 des Rates v. 03.05.1998 über die Einführung des Euro, ABIEG Nr. L 139 v. 11.05.1998, S. 1; hierzu nur *C. Schröder*, NJW 1998, 3179 ff.

1378 Exemplarisch die Liberalisierung des Glücksspielrechts, hierzu statt vieler *Gaede*, in: NK⁵, § 284 StGB Rn. 21 ff.

1379 Hierzu oben § 1 II. 2. d).

1380 Hierzu BVerfGE 115, 118.

1381 Man denke nur an die Umweltschutzgesetzgebung.

Ausnahme zu sehen, deren Lozierung im StGB zur Verdeutlichung des z.B. für § 218a Abs. 4 StGB beachtlichen Beratungsziels zur Normenklarheit der Gesamtregelung beitragen kann. Darüber hinaus könnte auch mitschwingen, dass Veränderungen in anderen Gesetzen möglicherweise weniger politische und öffentliche Aufmerksamkeit erlangen und daher politisch leichter durchsetzbar sind als Änderungen des StGB (»burying«).¹³⁸² Schließlich dürfte noch eine Besorgnis dahingehend bestehen, dass das StGB als basale Handlungsanweisung an den Bürger¹³⁸³ durch Überfrachtung mit zu vielen zu technischen Regelungen an Strahl- und auch an (generalpräventiver) Überzeugungskraft verlieren könnte.

3. Strafrechtsintensivierung abseits formeller Kriminalisierung

Einige der vorgenannten Mechanismen lassen sich umgekehrt zu einer Strafrechtsintensivierung nutzen, ohne hierzu die Straftatbestände des Besonderen Teils verändern zu müssen. Als Strafrechtsintensivierung seien hier jegliche Veränderungen bezeichnet, die an eine vermutete oder tatsächlich begangene Straftat oder deren drohende Begehung anknüpfen und zu weiteren bzw. eingriffsintensiveren Rechtsfolgen führen oder deren Durchsetzbarkeit erhöhen.

a) *Expansion des Sicherheitsrechts*

Hierzu ist zunächst unter dem Schlagwort des Sicherheitsrechts¹³⁸⁴ auf die vielgestaltigen und einer ungebrochenen Expansion unterworfenen Eingriffsbefugnisse zu verweisen, die explizit oder implizit an eine Straftatbegehung anknüpfen.

Dies referenziert zunächst die in den letzten Dekaden ausgeweiteten strafrechtsinternen Rechtsfolgen (im weitesten Sinne). Im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung sei neben der Sicherungsverwahrung nebst Therapieunterbringung¹³⁸⁵ an dieser Stelle die Führungsaufsicht hervorgehoben,¹³⁸⁶ ermöglicht diese – in ihrem ausgeweiteten Anwendungsbereich

1382 Siehe hierzu noch unten § 1 VI. 4. b).

1383 Siehe hierzu unten § 1 VI. 2.

1384 Zum Begriff siehe oben Einführung I. 2. a) bb) (1) mit Fn. 108.

1385 Zur wechsellvollen, aber im Ergebnis expansiven Stoßrichtung siehe bereits oben Einführung I. 1. a) bei und mit Fn. 30 f. sowie § 1 II. 1. a) cc) (3).

1386 Zur Expansion der Unterbringung siehe nur *Baur*, JR 2017, 413 ff.

und in ihrer geschärften Ausgestaltung¹³⁸⁷ – eine potentiell lebenslängliche Detailsteuerung des Verhaltens eines Verurteilten, flankiert durch eine (indes selten genutzte¹³⁸⁸) Strafvorschrift.¹³⁸⁹ Hinzu tritt die (expansiv reformierte) Vermögensabschöpfung mit ihren sich überlagernden Legitimationsgrundlagen und Wirkungen,¹³⁹⁰ die mutmaßlich eine Resurrektion der Vermögensstrafe entbehrlich machte,¹³⁹¹ als »Klassiker« der sogenannten »alternative enforcement mechanisms« des modernen Sicherheitsrechts.¹³⁹² Schließlich lassen sich auch Bewährungsauflagen – verbunden mit der Drohung des Bewährungswiderrufs – sowie in begrenztem Umfang Auflagen nach § 153a StPO als Ausprägungen eines strafrechtsinternen modernen Sicherheitsrechts verstehen, das basierend auf einem ersten sehr weitmaschigen Netz (Straftaten und Straftatverdacht) ein zunehmend flexibles Arsenal an engmaschigen Informationseingriffen (§§ 100a ff. StPO)¹³⁹³ sowie Interventionsmechanismen zur präventiven und repressiven Kontrolle potentiell »auffälliger« Personen zur Verfügung stellt.¹³⁹⁴

Daneben sind die vielfältigen Interaktionen und Interdependenzen mit dem Nachrichtendienst- und vor allem dem Polizeirecht bzw. Gefahrenabwehrrecht zu beachten: Bedingt durch den – trotz des »Doppeltürmodells«¹³⁹⁵ und des grundsätzlichen Erfordernisses einer hypothetischen Da-

1387 Zum Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht [...] v. 13.04.2007 siehe unten Anhang A IV. 7.; zu einer weiteren Verschärfung siehe Anhang A I. 10.

1388 K.-H. Groß/Anstötz, in: MK-StGB⁴, § 145a StGB Rn. 7; zu den Voraussetzungen *Pollähne*, StV 2014, 161 ff.

1389 Hierzu *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 (382 f.). Ein eindrückliches Beispiel liefert jedoch BGH, Beschl. v. 23.01.2019 – 2 StR 523/18 –, Rn. 6: Verhaftung am Tag der Entlassung aus der Strafhaft wegen dringenden Verdachts einer Straftat nach § 145a StGB. Ein »postmurales Sicherheitsrecht« verortet *Popp*, NK 2015, 266 ff.; ergänzend und allgemein zur Führungsaufsicht *Kinzig*, NK 2015, 230 ff. und *Dessecker*, NK 2015, 251 ff. sowie einführend *Baur/K. Groß*, JuS 2010, 404 ff.

1390 Zur Frage, ob es sich um eine Strafe, eine Maßregel oder ein konditionelles *tertium* handelt, siehe stellvertretend *F. Becker/Heuer*, NZWiSt 2019, 411 (413 ff.) m.w.N.

1391 Siehe bereits oben § 1 II. 1. a) dd) (2).

1392 Vgl. *J. Vogel*, in: Rui/U. Sieber (Hrsg.), *Non-conviction-based confiscation in Europe*, S. 225 ff.; *U. Sieber*, in: U. Sieber u.a. (Hrsg.), *Alternative systems of crime control*, S. 1 (10 f.).

1393 Zur »Türöffnerfunktion« mancher Straftatbestände für prozessuale Maßnahmen siehe insbes. *Roggan*, ZRP 2017, 208 (208 f.); *Puschke*, StV 2015, 457 (458); *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (153).

1394 Hierzu ausf. *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 (373 ff.).

1395 Grundlegend BVerfGE 130, 151 (184); siehe ergänzend *Brodowski*, *Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen*, S. 137 m.w.N.

tenneuerhebung¹³⁹⁶ erstaunlich weit möglichen¹³⁹⁷ – Informationsaustausch zwischen den Domänen des Strafverfahrens- und des Polizeirechts,¹³⁹⁸ der großen Überschneidung zwischen Straftatbegehung und polizeirechtlicher Gefahr¹³⁹⁹ sowie der parallelen Anwendbarkeit polizei- und strafverfahrensrechtlicher Rechtsgrundlagen (»Rosinen« statt »Schwerpunkttheorie«)¹⁴⁰⁰ steht das expansive Arsenal polizeirechtlicher Informations-¹⁴⁰¹ und Interventionseingriffe¹⁴⁰² zur Verfügung. Das »Ausweichen« auf polizeirechtliche Regelungen kann den »Leidensdruck« senken, im Bereich des Strafrechts Gesetzesänderungen vorzunehmen; evident zeigten sich das Recht der Nachrichtendienste¹⁴⁰³ und das Polizeirecht¹⁴⁰⁴ als Wegbereiter für damals politisch noch nicht durchsetzbare Erweiterungen strafprozessualer Überwachungsmaßnahmen.¹⁴⁰⁵ Jedenfalls manche der personenbezogenen polizeirechtlichen Maßnahmen zur Präemption, namentlich die elektronische Aufenthaltsüberwachung (»Fußfessel«)¹⁴⁰⁶ und die präventive Ingewahrsamnahme¹⁴⁰⁷, deren Vornahme jeweils an eine vermutete Straftatbegehung anknüpft, lassen sich auch als funktionale, wenngleich unvollkommene Äquivalente zu strafrechtlichen Maßnahmen verstehen.¹⁴⁰⁸ Sie senken damit die

1396 BVerfGE 133, 277 (Rn. 226); BVerfGE 141, 220 (Rn. 287, 292).

1397 Siehe nur *Brodowski/M. Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2018, 7 (7) m.w.N.

1398 Hierzu *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 131 ff., 241 ff. m.w.N.

1399 Ausf. *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 257 ff.

1400 Eindrücklich BGHSt 62, 123 m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Brodowski*, JZ 2017, 1124 ff.; *Lenk*, StV 2017, 692 ff.; *Lenk*, NVwZ 2018, 38 ff.; ausf. *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 327 ff.

1401 Ausf. *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 33 ff.; bezogen auf »Gefährder« *Brodowski/M. Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2017, 7 (11).

1402 Bezogen auf »Gefährder« *Brodowski/M. Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2017, 7 (11 f.).

1403 Eindrücklich am Beispiel der Online-Durchsuchung, deren gesetzlicher Testballon im Verfassungsschutzgesetz NRW in BVerfGE 120, 274 für verfassungswidrig und nichtig erklärt wurde.

1404 Explizite Eingriffsgrundlagen zur Online-Durchsuchung und zur Quellen-TKÜ fanden sich zunächst (neben nachrichtendienstlichen Regelungen) vor allem in Polizeigesetzen.

1405 »Auffangfunktion«, *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, S. 326, 594.

1406 Hierzu – und krit. zur Terminologie – insbes. *Guckelberger*, DVBl 2017, 1121 ff.; *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 (389 f.).

1407 Siehe nur *Brodowski/M. Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2017, 7 (11); *Brodowski*, in: Dyson/B. Vogel (Hrsg.), *The Limits of Criminal Law*, S. 365 (387 f.).

1408 *Brodowski/M. Jahn/Schmitt-Leonardy*, GSZ 2018, 7 (7 f., 11).

politische Notwendigkeit, dieselben Ziele durch Veränderungen des materiellen Strafrechts zu erreichen.

b) *Prozessuale Strafrechtsintensivierung; Ressourcensteuerung*

Die zuvor bereits genannten Mechanismen einer prozessualen oder durch Ressourcensteuerung bewirkten Strafrechtseinschränkung¹⁴⁰⁹ lassen sich gleichermaßen auch strafrechtsschärfend einsetzen. Besonders eindrücklich zeigt sich dies bei der Intensität des Rückgriffs auf Verfahrenseinstellungen, der Steuerung von Verfolgungsressourcen in Bereichen der »Hol-« bzw. Kontrollkriminalität und schließlich bei der Steuerung des Anzeigeverhaltens. Derartige Einflussnahmemöglichkeiten zeigen sich bereits auf informeller Ebene, etwa bei einer Zusammenarbeit zwischen Strafverfolgungsbehörden und Medienunternehmen unter dem Stichwort »Verfolgen statt nur Löschen«,¹⁴¹⁰ können sich aber auch in nebengesetzlichen förmlichen Anzeigepflichten verdichten.¹⁴¹¹

c) *Materiell-rechtliche Strafrechtsintensivierung*

Von der Rücknahme von Strafrechtseinschränkungen¹⁴¹² abgesehen sind die Möglichkeiten einer materiell-rechtlichen Strafrechtsintensivierung begrenzter als die einer Strafrechtsreduktion,¹⁴¹³ da hier das Gesetzlichkeitsprinzip insbesondere in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot¹⁴¹⁴ Grenzen setzt. Doch insbesondere können Tatbestände, die an außerstrafrechtliche Bestimmungen anknüpfen, um weitere Bedeutungselemente aufgeladen werden,¹⁴¹⁵ zudem lässt sich zumindest diskutieren, inwieweit in anderen formellen Gesetzen angeordnete Analogien expansive Folgewirkungen auf das Strafrecht haben können,¹⁴¹⁶ wofür stellvertretend die Diskussion über die Bedeutung

1409 Siehe soeben § 1 V. 2. a) sowie § 1 V. 2. b).

1410 *Land Nordrhein-Westfalen*, Initiative gegen Hassrede.

1411 *Pars pro toto* § 3a NetzDG.

1412 Exemplarisch die Einschränkung des § 49b StGB, BGBl. 2013 I, S. 1497; hierzu unten Anhang A V. 16.

1413 Siehe soeben zur materiell-rechtlichen Strafrechtsreduktion § 1 V. 2. c).

1414 Siehe unten § 7 II. 1.

1415 Siehe bereits soeben bei und mit Fn. 1377.

1416 Krit., soweit nicht Vergleichsgegenstand und -maßstab hinreichend klar definiert sind, *Greco*, GA 2012, 452 ff.

der §§ 90, 90a BGB für den Sachbegriff des StGB (insbesondere in §§ 242 Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB) stehen möge.¹⁴¹⁷

d) (Teil-)Exkurs: Nebenstrafrecht

Schließlich verdient das expansive Nebenstrafrecht (wenngleich außerhalb des Untersuchungsgegenstands) innerhalb dieses Abschnitts noch Beachtung als weiteren Mechanismus, der genutzt werden kann, um trotz Strafrechts-expansion den Textkorpus des StGB beizubehalten. Rechtstheoretisch, verfassungsrechtlich und in der rechtlichen Bindungswirkung ist es selbstredend indifferent, ob ein Straftatbestand im StGB oder aber in einem anderen Gesetz loziert wird; für die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils ist dies auch ausdrücklich in Art. 1 EGStGB festgehalten.¹⁴¹⁸ Häufig dürfte der Grund einer nebenstrafrechtlichen Lozierung schlicht darin liegen, dass es sich um eine Spezialmaterie mit begrenztem Anwendungsbereich handelt, zu deren normenklarer Regelung (insbesondere bei einer Vielzahl von Verweisen) die Regelung in einem einheitlichen Gesetz vorzugswürdig ist.¹⁴¹⁹ Dennoch verdienen maßgebliche kriminalpolitische und faktische Faktoren Aufmerksamkeit:

In Bezug auf das VStGB wurde die Lozierung der völkerstrafrechtlichen Straftatbestände in einem Spezialgesetz damit begründet,¹⁴²⁰ dass dies der Übersichtlichkeit zuträglich ist,¹⁴²¹ die herausgehobene Bedeutung hervorheben kann¹⁴²² und Rückwirkungen auf den Allgemeinen Teil vermieden werden;¹⁴²³ zusätzlich erhoffte man sich eine Erleichterung des »Exports« in andere Rechtsordnungen.¹⁴²⁴ In Bezug auf das VStGB ist, ähnlich wie bei dem BtMG und auch dem StVG, zu vermuten, dass die nebenstrafrechtlich lozierten Normen jedoch gleichermaßen im Bewusstsein sowohl der

1417 Zu diesem Lösungsweg BT-Drs. 11/7369, S. 6 f.; *M. Heger*, Lackner/Kühl/Heger³⁰, § 242 StGB Rn. 2; siehe auch *Hoyer*, in: SK-StGB⁹, § 242 StGB Rn. 6; führend ist jedoch die Ansicht, dass § 90a BGB strafrechtlich irrelevant geblieben ist, siehe nur BayObLG NJW 1992, 2306 (2307); OLG Karlsruhe NJW 2001, 2488; *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski², § 303 StGB Rn. 3; *Graul*, JuS 2000, 215 ff.; *J. Vogel/Brodowski*, in: LK¹², § 242 StGB Rn. 8.

1418 Zu praktischen Divergenzen im BtMG siehe indes monographisch *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 87 ff.

1419 Auf letztgenannten Aspekt fokussierend *Kubiciel/Wachter*, KriPoZ 2021, 245.

1420 Krit. *Werle*, JZ 2001, 885 (886 ff.).

1421 *Satzger*, NSTz 2002, 125 (126).

1422 *Werle/Jefberger*, JZ 2002, 725 (730).

1423 *A. Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (99).

1424 *A. Zimmermann*, ZRP 2002, 97 (99).

Strafrechtspraktiker als auch der Öffentlichkeit sind. Doch andere nebenstrafrechtliche Tatbestände geraten bisweilen in der Rechtsanwendung in Vergessenheit.¹⁴²⁵ Dazu beitragen dürfte auch deren geringeren wissenschaftlichen Durchdringung, deren allenfalls randständige Relevanz in der juristischen Ausbildung¹⁴²⁶ und damit verbunden eine Präferenz der Strafrechtspraktiker, die ihnen bekannten Straftatbestände – und dies sind solche des StGB – auf den sie jeweils beschäftigenden Lebenssachverhalt anzuwenden. Kriminalpolitisch kann hieraus eine Tugend werden, wenn Straftatbestände, von denen man politisch nicht vollends überzeugt, aber zu deren Einführung man etwa europastrafrechtlich verpflichtet ist, im Nebenstrafrecht loziert werden.¹⁴²⁷ Schließlich kann das Nebenstrafrecht auch als Einfallstor für strafrechtliche Neuerungen gesehen werden,¹⁴²⁸ die zunächst nebenstrafrechtlich gewissermaßen »erprobt« werden und die später¹⁴²⁹ ihren Weg in das (formelle) Kernstrafrecht finden. In der Summe dieser vorgenannten, sich politisch nicht wechselseitig ausschließenden Begründungsstränge dürfte der Grund dafür liegen, warum ein Großteil der Strafgesetzgebung im Nebenstrafrecht erfolgt.

4. Zusammenführung

Es besteht somit eine Mehrzahl an Ausweichmechanismen, die den »Leidensdruck« des Gesetzgebers senken, eine Veränderung des Strafrechts gerade durch eine Veränderung des StGB und namentlich dessen Besonderen Teils bewirken zu müssen. Auf materiell-rechtlichem und auf prozessuellem Wege, durch außerstrafrechtliche »Sicherheitsgesetzgebung« sowie nebenstrafrechtliche Strafrechtsetzung sowie durch Steuerung der Ressourcen, die dem Kriminaljustizsystem zur Verfügung stehen, lassen sich bereits eine Vielzahl kriminalpolitischer Inhalte verwirklichen, ohne hierzu das – politisch besonders ressourcenintensive¹⁴³⁰ – StGB und dessen Straftatbestände, bild-

1425 Exemplarisch zu den Straftatbeständen des BDSG (a.F.): BGH NZWiSt 2013, 189 (191).

1426 Zu beidem BT-Drs. 19/27752, S. 5; hiergegen *Kubiciel/Wachter*, KriPoZ 2021, 245 (248 f.).

1427 Eine solche Vermutung besteht jedenfalls bei dem ursprünglichen Erlass des IntBestG und des EUBestG sowie nunmehr beim EUFinSchStG.

1428 Grundlegend hierzu *J. Vogel*, in: FS Jakobs, S. 731 ff.

1429 Z.B. beim Verbotsirrtum, worauf *J. Vogel*, in: FS Jakobs, S. 731 (731) hinweist, oder aktueller beim IntBestG und beim EUBestG.

1430 Siehe sogleich § 1 VI. 4. b).

lich gesprochen, »anfassen« zu müssen. Diese Mechanismen tragen somit maßgeblich zur Statik des StGB bei.

VI. Strafrechtskontinuität als »policy«

Abschließend sei der Frage nachgegangen, aus welchen Gründen der Strafgesetzgeber das StGB nicht verändern *will*, obwohl er es strafverfassungsrechtlich und kriminalpolitisch *dürfte*.¹⁴³¹ Das ist vorrangig eine Frage kriminalpolitischer Inhalte (»policy«), die aber ihrerseits von Rahmenbedingungen abhängig sind; auch ist diese Frage zu trennen von der bereits angesprochenen allgemeinen Kontinuität selbst in Zeiten politischen Wandels.¹⁴³²

1. Schuldzentrierung

Eher für eine Statik des StGB denn für dessen dynamische Entwicklung streitet zunächst eine Schuld fokussierung bzw. -zentrierung des Strafrechts. Hiermit sei zunächst das in der Öffentlichkeit noch deutlich anzutreffende, archaisch-simplifizierende Schuldverständnis referenziert: Diesem zufolge habe ein (nach individueller Anschauung) »Krimineller« durch die Tat (gleich ob ihrer passgenauen strafrechtlichen Erfassung) »Schuld« auf sich geladen, die es zu »rächen« bzw. zu »sühnen« gelte. Diese simplifizierende Sichtweise kann – abgesehen vom Ausnahmefall, dass eine Strafandrohung sich nicht mit dem eigenen Bild von strafwürdigem Verhalten deckt – zu einem Unverständnis jedenfalls für Strafrechtsrelativierungen oder für zu milde Sanktionen führen. Weil sie »Schuld« (jedenfalls bis zu ihrer »Sühne«) als etwas Statisches interpretiert, streitet diese Sicht – kriminalpolitisch gewendet – vor allem für ein gleichbleibendes Strafbedürfnis und damit für eine gleichbleibende, allenfalls expandierende Strafrechtsordnung. Dies manifestiert sich nicht nur in pauschalen Wendungen, dass etwas, das damals Unrecht gewesen war, heute nicht Recht sein könne, sondern auch in einer erstaunlichen Resilienz gegenüber der Rehabilitation wegen Verurteilungen, die auf einer (nunmehr) als evident verfassungswidrig erkannten Strafnormen fußen.¹⁴³³

1431 Zu diesen Bildern siehe soeben § 1 V.

1432 Siehe hierzu § 1 I. 3. c).

1433 Verfassungsrechtlich gewendet erfolgte die politische Argumentation zwar vorrangig unter Verweis auf das Gewaltenteilungsprinzip (exemplarisch BT-Prot. 16/21532 [D] ff.), zumal das BVerfG in einer Kammerentscheidung ausgeführt hatte, dass »[d]ie Generalkassation formell fortbestehender Strafurteile durch den

Doch auch schuldfokussierte, rechtsphilosophisch fundierte Straftheorien führen eher zu einer Statik denn zu einer Dynamik des Strafrechts: Gleich ob man normenorientiert (so insbesondere *G. Jakobs*),¹⁴³⁴ personenorientiert (so insbesondere *Hörnle*)¹⁴³⁵ oder restitutiv-expressiv (so *Rostalski*)¹⁴³⁶ argumentiert, so führt die jeweilige »vergangenheitsbezogene[...]«¹⁴³⁷ Anknüpfung dazu, dass jede tätergünstige Veränderung der (Straf-)Rechtslage begründungsbedürftig wird. Besonders eindrücklich zeigt sich dies bei der restitutiv-expressiven Theorie, weil jegliche nachträgliche Strafmilderung oder -aufhebung in den von dieser Theorie postulierten, aus der Straftat folgenden Anspruch des Täters auf seine Bestrafung¹⁴³⁸ eingreifen würde. Wenngleich diese Theorien die Normsetzungsprerogative des Gesetzgebers und dessen grundsätzliche Befugnis, Strafgesetze zu ändern, keineswegs in Abrede stellen, so operieren sie doch mit einem im Kern (jedenfalls auch¹⁴³⁹) »absoluten«¹⁴⁴⁰ – und daher auch nicht dem Wandel der Zeit unterliegenden – Strafrechtsverständnis.

2. StGB als »Grundgesetz für den Bürger«?

Sodann ist auf ein Verständnis einzugehen, das StGB sei kein Gesetz wie jedes andere, das Rechte und (hier: vor allem) Pflichten für die Bürger vorgibt.

Gesetzgeber [...] eine Maßnahme [sei], die in einem Rechtsstaat besonderer Rechtfertigung bedarf« (BVerfGK 7, 363 [380]). Doch es wurde in anderem Rehabilitationskontext auch darauf hingewiesen, dass man durch eine Rehabilitierung »die Richter, die die entsprechenden Urteile gesprochen haben, pauschal ins Unrecht [setze]. Das ist eine neue Ungerechtigkeit« (BT-Prot. 14/23741 [C]).

1434 *G. Jakobs*, Strafrecht², S. 6 ff.; vgl. auch *Hörnle*, Straftheorien², S. 31 ff.

1435 *Hörnle*, Straftheorien², S. 34 ff.; *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, 261 ff.; siehe auch *Zaczyk*, Der Staat 50 (2011), 295 (301).

1436 *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil³, § 1 Rn. 38 ff.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, S. 19 ff.

1437 So ausdrücklich *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil³, § 1 Rn. 9; siehe auch *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, 261 (281) mit Verweis auf die der »Strafe immanenten retrospektiven Strukturen«.

1438 Zusammenfassend *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil³, § 1 Rn. 7: Der Straftäter »verdien[e] eine Antwort«, und zwar »im originären Interesse des Straftäters selbst«.

1439 Damit trifft dies auch auf die von der Rechtsprechung vertretene Vereinigungstheorie (oben § 1 IV. 2. c) aa) mit Fn. 1224) zu.

1440 Krit. zur Einordnung expressiver Straftheorien in die Unterscheidung zwischen »absoluten« und »relativen« Straftheorien siehe nur *Hörnle*, Straftheorien², S. 18 ff., 61; *Bruckmann*, KriPoZ 2019, 105 (114). Zum expressiven Verständnis von Strafrecht siehe auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 21 ff.

Stattdessen enthalte es, gleich einem »Grundgesetz für die Bürger«, die zentralen, rechtlich wirksamen Handlungsvorgaben für ein im Mindestmaß friedliches Miteinander. Hieran, so ließe sich folgern, habe sich daher zu orientieren, was als Straftatbestände zu erlassen und speziell was im StGB zu regeln sei.

a) *Rechtliche und faktische Zweifel*

Rechtlich gesehen ist eine solche simplifizierende Differenzierung indes nicht haltbar: Für die Frage, ob eine Verhaltensnorm erlassen und mit Kriminalstrafe bewehrt werden darf, gibt (allein) das Strafverfassungsrecht Grenzen vor.¹⁴⁴¹ Die rechtliche Bindungswirkung für die Normunterworfenen (und für die Strafverfolgungsbehörden) ist indifferent, gleich ob eine Strafvorschrift im StGB oder in einem anderen Gesetz enthalten ist.¹⁴⁴² Schließlich enthalten auch weitere Kodifikationen – sei es das VStGB, sei es das WaffG, sei es die AO, um nur drei höchst diverse Gesetze zu nennen – nicht minder basale strafrechtliche Handlungsvorgaben, ganz zu schweigen von den zivilrechtlichen Bindungen, die insbesondere aus dem BGB folgen, und den öffentlich-rechtlichen Maßgaben etwa der Polizeigesetze.

Auch *faktisch* lässt sich auf eine Vielzahl von Straftatbeständen des StGB verweisen, die mit einer solchen Sicht nicht im Einklang stehen: So finden sich teils sehr spezifische Sonderdelikte (z.B. §§ 206, 218c, 265c und 265d [nur Bestechlichkeit], 278, 290, 299a, 337, 353a, 356 StGB), Delikte mit (z.T. glücklicherweise) sehr begrenzten Möglichkeiten für »einfache« Bürger, diese zu begehen (z.B. §§ 307, 309, 312 StGB), und schließlich Delikte, die sich nur sehr mittelbar als basale Handlungsanweisungen für ein friedliches Miteinander verstehen lassen (z.B. §§ 104, 109 ff., 173 StGB).

Schließlich spricht die hohe *Änderungsrate* des StGB – im Untersuchungszeitraum 160 Textänderung innerhalb von knapp 27 Jahren, d.h. knapp sechs Änderungen pro Jahr¹⁴⁴³ – gegen die Annahme, das StGB verkörpere (nur) die wirklich basalen Handlungsanweisungen für die Bürger.

1441 Siehe hierzu oben § 1 IV.

1442 Siehe hierzu soeben § 1 V. 3. d).

1443 Näher unten § 6 I. 1. a).

b) *Grundtatbestände des StGB als (Teil-)Kodifikation des transkulturellen Strafrechts*

Dennoch: Hinsichtlich des gewachsenen Kanons an Straftaten, die im StGB ihre Regelung gefunden haben, gibt es eine breitflächige Überschneidung mit denjenigen Elementen, die – bei allen Unterschieden im Detail – zum transkulturellen Strafrecht gezählt werden können.¹⁴⁴⁴ Insoweit enthält das StGB in weiten Teilen, von einer hohen Abstraktionsebene aus betrachtet, den fortdauernden gesellschaftlichen, ja über den hierzulande vorfindlichen *demos* hinausgehenden und damit transkulturellen Grundkonsens über den strafrechtlichen Schutz von Leben, Leib, Freiheit, sexueller Selbstbestimmung, Eigentum und Vermögen usw.¹⁴⁴⁵

Je mehr man sich allerdings von dieser Vogelperspektive wegbewegt und die Reichweite sowie Strafbewehrungen der einzelnen Straftatbestände aus der Mikroperspektive betrachtet, desto mehr treten nicht nur transkulturelle Differenzen zutage, sondern auch z.T. hochpolitische Streitfragen, die in weitem Umfang weder strafverfassungsrechtlich noch durch einen kriminalpolitischen Rahmen vorgegeben sind.¹⁴⁴⁶ Die Details sind daher ebenso (unter Beachtung der strafverfassungsrechtlichen Grenzen) der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber überlassen wie die Entscheidung, ob randständige Delikte im StGB geregelt werden oder aber »zentrale« Straftatbestände in Nebengesetzen.¹⁴⁴⁷ Dass aber jedenfalls die zentralen Strafvorschriften des transkulturellen Strafrechts, aber auch z.B. des Staatsschutzstrafrechts, der Straftaten im Amt und auch des Umweltstrafrechts grundsätzlich im StGB zu lozieren sind und nicht ohne Not ins Nebenstrafrecht transferiert werden, scheint zum kriminalpolitischen Grundkonsens in Deutschland zu gehören.

Schließlich ist zu bedenken, dass sich die Änderungsrate des StGB keineswegs gleichförmig auf sämtliche Deliktsbereiche bezieht, sondern dass vor allem die Verhaltensnormen der zentralen Grundtatbestände (z.B. §§ 212 Abs. 1, 223 Abs. 1, 239 Abs. 1, 240 Abs. 1, 242 Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB) eine beeindruckende Kontinuität aufweisen. In diesen Bereichen besonders basaler Verhaltensnormen, die Teil eines fortdauernden gesellschaftlichen Grundkonsenses sind, dürfte das StGB tatsächlich gleich einem »Grundge-

1444 Siehe hierzu bereits oben § 1 III. 3. b) cc) m.w.N.

1445 Angesichts der hohen Abstraktionsebene soll dies keinesfalls ausschließen, dass weitere Bereiche des transkulturellen Strafrechts – etwa das Verbot des Handeltreibens mit »harten« Drogen oder das Völkerstrafrecht – in anderen Kodifikationen niedergelegt sind.

1446 Siehe hierzu § 1 II. sowie einerseits § 1 III., andererseits § 1 IV.

1447 Zu möglichen Einflussfaktoren auf diese Entscheidung siehe soeben § 1 V. 3. d).

setz für den Bürger« wirken und ebenso wie das Grundgesetz¹⁴⁴⁸ selbst mit hoher, auch politisch-inhaltlicher Kontinuität versehen sein.

c) *Besondere öffentliche Wahrnehmung des StGB*

Für eine besondere Dignität des StGB spricht zusätzlich, dass dieses – auch und besonders im Vergleich zu Tatbeständen des Nebenstrafrechts – in der öffentlichen Wahrnehmung und, hiermit zusammenhängend, zur Verwirklichung kriminalpolitischer Inhalte eine besondere Rolle einzunehmen scheint.¹⁴⁴⁹

Diese These kann an dieser Stelle zwar nicht empirisch verlässlich untersucht werden. Einige Schlaglichter sollen jedoch deren Stichhaltigkeit vorsichtig validieren: So wird das StGB in der öffentlichen Darstellung gerne mit dem »Kernstrafrecht« gleichgesetzt,¹⁴⁵⁰ die mediale Aufmerksamkeit, die auf das StGB bzw. hin zu spezifischer Strafgesetzgebung gerichtet ist, ist unbestritten.¹⁴⁵¹ So gab es 2022 deutlich mehr Web-Suchanfragen nach dem »StGB« als nach wichtigen Nebenstrafgesetzen (»StVG«, »BtMG« und »WaffG«); das Interesse an diesem Suchbegriff entsprach fast dem des »GG«. ¹⁴⁵² Ein ähnliches Bild zeigt sich in den Plenardebatten des Deutschen Bundestages: Wenngleich dort das Grundgesetz weitaus häufiger Erwähnung findet, rangiert das StGB weit vor der StPO, nebenstrafrechtlich relevanten

1448 Hierzu noch unten § 2 II.

1449 So auch bereits *Hassemer*, NSTZ 1989, 553 (554), der eine Regelung im StGB als »hervorgehobene Stelle« bezeichnet.

1450 Eindrücklich *Bundesministerium der Justiz*, Abteilung Strafrecht: »Das sogenannte Kernstrafrecht findet sich im Strafgesetzbuch. Dazu gehören etwa Mord und Totschlag, Raub und Diebstahl, Beleidigung, aber auch Straftatbestände, die Angriffe auf die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland unter Strafe stellen, wie Hochverrat oder Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, oder auch bestimmte Wirtschaftsstraftaten.«

1451 Zuletzt *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 ff.; siehe auch *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (117 f.).

1452 *Google*, Google Trends – Vergleichen (StGB u.a., 2022). Vergleichbares zeigt sich auch in den Vorjahren, *Google*, Google Trends – Vergleichen (StGB u.a., 2021); *Google*, Google Trends – Vergleichen (StGB u.a., 2020); *Google*, Google Trends – Vergleichen (StGB u.a., 2019).

Gesetzen und auch weit vor dem BGB sowie der ZPO.¹⁴⁵³ Auch in den »Rechtsstaatsklassen«, mit denen Asylbewerber*innen die deutsche Rechtsordnung näher gebracht werden soll, wird das Strafrecht und dabei speziell das StGB in den Vordergrund gerückt.¹⁴⁵⁴ Besonders eindrücklich zeigt sich die besondere öffentliche Aufmerksamkeit, wenn – auch infolge einschneidender Ereignisse – *gerade* nach dem Strafrecht und spezifisch nach einer Änderung des StGB gerufen wird, mithin das Strafrecht mitsamt seiner Symbolik zum Gegenstand öffentlicher Debatten wird; auch hierzu sollen die Schlagworte Schwangerschaftsabbruch und Sexualstrafrecht (»Nein heißt Nein«) genügen.

Diese besondere öffentliche Wahrnehmung des StGB bedeutet für sich genommen zwar nicht eine Statik; die genannten Beispiele sprechen stattdessen eher für eine Dynamik. Doch eine Statik geht aus der Kombination dieses Befundes mit zwei weiteren Einflussfaktor einher, die nachfolgend untersucht werden:

3. Hinreichende Zufriedenheit mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland

Ein weiterer Faktor für die Statik des StGB liegt darin, dass es an einer Veränderungsnotwendigkeit schlicht deswegen fehlt, weil eine hinreichende Zufriedenheit mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland besteht.

1453 Eigene Auswertung anhand der Plenarprotokolle der 15. bis 19. Legislaturperiode und der nachfolgend angegebenen Suchworte (einschließlich derer Flexionen):

Suchwort	15. LP	16. LP	17. LP	18. LP	19. LP
GG, Grundgesetz	2100	4464	4515	3346	4840
StGB, Strafgesetzbuch	427	500	600	1075	917
StPO, Strafprozessordnung	280	382	328	270	217
BGB, Bürgerliches Gesetzbuch	235	337	385	298	269
ZPO, Zivilprozessordnung	53	146	244	116	100
BtMG, Betäubungsmittelgesetz	32	40	31	57	41
StVG, Straßenverkehrsgesetz	44	43	56	53	104
WaffG, Waffengesetz	46	111	85	45	74

1454 *Hessisches Ministerium der Justiz*, Fit für den Rechtsstaat 2, S. 25 ff. zu Notwehr, S. 27 zu § 240 StGB, S. 30 f. zu Körperverletzungen, Bedrohungen und Stalking, S. 32 zur Strafbewehrung des Verbots von Mehrfachehen, sowie schließlich S. 39 (Überblick).

a) ... in Strafrechtspraxis und -wissenschaft

Innerhalb der Strafrechtspraxis zeigt sich das Bild, dass Staatsanwaltschaften wie Gerichte die bestehenden, weiten Spielräume insbesondere zur prozessualen Strafrechtsrelativierung¹⁴⁵⁵ in einer Art und Weise nutzen, die es ermöglicht, bei isolierter materiell-rechtlicher Betrachtung bestehenden »Änderungsdruck« aus dem System zu nehmen. Als weiterer Notanker – jedenfalls für Ausnahmefälle – kann zu diesem Zweck auch das Gnadenrecht herangezogen werden. Dies hat zur Folge, dass strafjustizsystemintern eher kriminalpolitische Forderungen mit Bezug auf das Prozessrecht erhoben werden denn mit Bezug auf das materielle Recht, und allenfalls Detailkritik zu vernehmen ist. Mit materiell-rechtlichem Bezug ist zudem darauf zu verweisen, dass zu dessen Auslegung und Rechtsfortbildung (nicht nur, aber vor allem des Allgemeinen Teils) die ordentliche Gerichtsbarkeit mit dem BGH an der Spitze berufen ist; jeder Ruf nach dem Gesetzgeber zur Lösung von Aspekten, die sich (zumindest nach justizinterner Sicht) auch durch Auslegung bzw. Rechtsfortbildung lösen ließen, führte zu einer Machtverschiebung weg vom »eigenen« Akteur.¹⁴⁵⁶

Doch auch die Strafrechtswissenschaft zeigt sich – mit ganz grobem Strich gezeichnet – im Großen und Ganzen zufrieden mit dem Kriminaljustizsystem. Zwar kann etwa das beständige Wirken der »Alternativprofessoren« nicht oft genug gewürdigt werden,¹⁴⁵⁷ doch ist Fundamentalkritik an tragenden Strukturen des deutschen Strafrechts selten(er geworden) und richtet sich stattdessen vermehrt gegen aktuelle Vorhaben der Strafgesetzgebung.¹⁴⁵⁸ Sind Gesetze erst erlassen oder Rechtsfiguren (erneut) höchstrichterlich bestätigt, wird dies nicht selten unter Verweis auf »*Karlsruhe locuta, causa finita!*« als (jedenfalls vorläufiges) Ende der Diskussion gesehen und weitere Grundsatzkritik für nutzlos bis entbehrlich gehalten; stattdessen dominiert anschließend die Befassung mit Auslegungsfragen der zuvor grundsätzlich kritisierten Strafvorschriften. Das ist gewiss eine deutliche Überzeichnung – doch selbst wenn sie falsch wäre, wäre die Grundthese der hinreichenden

1455 Siehe oben § 1 V. 2. a).

1456 Zur problematischen Vermengung zwischen Strafjustiz und Ministerialverwaltung siehe unten § 4 III. 1. a) cc).

1457 Vgl. hierzu bereits oben Einführung I. 1. a) mit Fn. 48.

1458 Vgl. auch die Bewertung bei Aden, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 121 (132 f.). Auch bei einer Umfrage unter 72 Strafrechtsprofessorinnen und -professoren wurden zwar 74 Straftatbestände genannt, abseits des § 173 StGB (19 Nennungen) und des § 217 StGB (16 Nennungen) fanden sich jedoch maximal 6 Nennungen, die jeweils für die Streichung einer Norm des StGB plädierten; Hoven, ZStW 129 (2017), 334 (338 ff.).

Zufriedenheit angesichts der nur geringen Stimme, welche die Strafrechtswissenschaft in der kriminalpolitischen Diskussion hat, nicht widerlegt.

b) ... der Öffentlichkeit

Zur Zufriedenheit der Bevölkerung mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland lässt sich zum einen auf statistische Erhebungen verweisen, die das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Justizsystem insgesamt betreffen. Das Vertrauen in die Institution »Justiz« wurde im Standard Eurobarometer STD97 (Befragungszeitraum Juni/Juli 2022) von 66% der Befragten als positiv angegeben.¹⁴⁵⁹ In diesen Gesamteindruck fließt sicherlich eine Vielzahl von Faktoren hinein, namentlich auch die wahrgenommene Unabhängigkeit von Gerichten und Richter*innen in Deutschland. Hierzu gab eine weitere Umfrage, die als Grundlage für das EU-Justizbarometer 2022 diente,¹⁴⁶⁰ für Deutschland ein im europäischen Vergleich vergleichsweise positives Bild wieder (76% sehr gut/ziemlich gut zu 12% ziemlich schlecht/sehr schlecht).¹⁴⁶¹ Doch dürfte auch die materiell-rechtliche wie prozessuale Rechtslage zum Gesamteindruck beitragen.

Zum anderen lässt sich auf strafrechtsspezifische Umfragen verweisen: Im Flash Eurobarometer 385 (Befragungszeitraum September/Okttober 2013) wurde zwar die Verfahrenslänge überwiegend kritisiert,¹⁴⁶² aber die »Fairness« der Urteile überwiegend positiv gesehen,¹⁴⁶³ was implizit voraussetzt, dass die Rechtslage eine solche »Fairness« ermöglicht. Der Viktimisierungssurvey 2017 (Befragungszeitraum Juli 2017 bis Januar 2018) zeigt ebenfalls – mit klar strafrechtlichem Kontext erhoben – ein ausgeprägtes Institutio-

1459 $n = 1507$; positiv: 997; negativ: 448; keine Angabe: 62. europaweiter Durchschnitt 52% zu 44%. Quelle: EU, Standard Eurobarometer STD97, QA6a.3. bei der Institution »Polizei« waren dies 79% ($n = 1507$; positiv: 1197; negativ: 272; keine Angabe: 38; europaweiter Durchschnitt 69% zu 28%) Quelle: EU, Standard Eurobarometer STD97, QA6a.4.

1460 COM(2022) 235 final v. 19.05.2022, Teil 2/2, S. 3.

1461 $n = 1004$; sehr gut: 263; ziemlich gut: 498; ziemlich schlecht: 79; sehr schlecht: 36; keine Angabe: 128.; EU, Flash Eurobarometer FL503, Q1; als größte Störfaktoren wurden Einflussnahme und Druck durch Staat und Politik sowie wirtschaftliche und andere Interessenträger benannt, EU, Flash Eurobarometer FL503, Q2a.1 bis Q2a.3.

1462 $n = 1002$; positiv: 177 (17%); negativ: 708 (71%); keine Angabe: 117; europaweiter Durchschnitt 20% zu 71%. Quelle: EU, Flash Eurobarometer 385, Q7.1.

1463 $n = 1002$; positiv: 536 (53%); negativ: 354 (36%); keine Angabe: 112; europaweiter Durchschnitt 46% zu 44%. Quelle: EU, Flash Eurobarometer 385, Q7.3.

nenvertrauen in Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte,¹⁴⁶⁴ zudem eine überdurchschnittliche Zufriedenheit mit dem Ausgang strafgerichtlicher Verfahren, insbesondere bei fehlender individueller Betroffenheit.¹⁴⁶⁵

Hingegen eignen sich Vergleichsstudien, wie die Bevölkerung die materielle Strafrechtslage bei einer konkreten (fiktiven oder realen) Fallsituation erachtet und welches Strafmaß sie für angemessen hält,¹⁴⁶⁶ für die hiesige Fragestellung nicht, weil sich diese Methode auf teils höchst spezifische Fragestellungen fokussiert und zudem durch solche Befragungen – jedenfalls bei Divergenzen – ein Veränderungsdruck des Strafrechts erst erzeugt wird, ja erzeugt werden soll. Eher noch kann ein »Schleier des Nichtwissens« bzw. eine Divergenz in Einzelfragen durchaus kohärent sein mit einer grundsätzlichen Zufriedenheit mit dem Strafrechtssystem,¹⁴⁶⁷ das deswegen politisch »in Ruhe gelassen« werden kann bzw. könnte.

c) ... ausweislich der Wahlprogramme

Eine Frage nach der Zufriedenheit der »Politik« mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland ist eigentlich falsch gestellt, und auch Wahlprogramme der Parteien vermitteln möglicherweise eher, wie Parteien um Stimmen werben wollen, denn was sie, sobald sie bzw. ihre Mitglieder in parlamentarische oder Regierungsverantwortung gekommen sind, tatsächlich verändern möchten. Zudem unterscheiden sie nicht zwischen autonomen und heteronomen Motiven, warum eine Partei eine bestimmte Forderung aufstellt. Daher sind sie nur als Annäherung zu betrachten, zeichnen jedoch gleichwohl – jedenfalls bezogen auf die Wahlprogramme zur vorletzten Bundestagswahl 2017 und die im Bundestag vertretenen Parteien¹⁴⁶⁸ – ein eindrückliches Bild:

1464 *Birkel* u.a. Viktimisierungssurvey 2017, S. 78.

1465 Bei fehlender individueller Betroffenheit > 60%; insgesamt 52%. Für Beschuldigte wurde ein Mittelwert von beachtlichen 49% mitgeteilt, für Opfer und Nebenkläger 35%; *Birkel* u.a. Viktimisierungssurvey 2017, S. 82.

1466 Im Sinne des »empirical desert«; hierzu *Robinson*, *Distributive principles of criminal law* sowie *Cancio Meliá/Ortiz de Urbina Gimeno*, GA 2013, 288 ff. sowie den eine »retributive Generalprävention« diskutierenden Sammelband *Kaspar/T. Walter*, Strafen »im Namen des Volkes«?; abl. *Kölbl/Singelstein*, NSZ 2020, 333 ff. Siehe zudem *Birkel* u.a. Viktimisierungssurvey 2017, S. 92 ff. sowie ferner *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 ff.

1467 Vgl. *Kölbl/Singelstein*, NSZ 2020, 333 (336 f.) m.w.N., auch zu einer »Konstanz« in der »Distanz der Bevölkerung zur Strafpraxis«.

1468 Siehe allgemein *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 103 (116); *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 (130 f.) (»Tendenz zu großen Koalitionen der Inneren Sicherheit«).

Die Regierungsparteien fokussierten sich jeweils auf prozessuale Änderungen oder nicht-legislative Maßnahmen.¹⁴⁶⁹ Materiell-rechtlich verwiesen CDU und CSU nur auf Strafschärfungen in der vorangegangenen Legislaturperiode,¹⁴⁷⁰ die SPD kündigte konkret lediglich »Rechtsklarheit« in Bezug auf Untreue im Wirtschaftsstrafrecht sowie ein Unternehmensstrafrecht an.¹⁴⁷¹ Doch auch bei den Oppositionsparteien standen prozessuale und nicht-legislative Maßnahmen im Vordergrund,¹⁴⁷² materiell-strafrechtlich waren neben grundsätzlich formulierten Leitsätzen (gegen »symbolische Strafverschärfungen«, für Strafrecht als »letztes Mittel«¹⁴⁷³) die Forderungen – abseits der Entkriminalisierung des Drogenkonsums¹⁴⁷⁴ – größtenteils auf Einzelaspekte begrenzt. So versprachen Bündnis 90/Die Grünen die Strafflosigkeit bzw. Entkriminalisierung des »Containerns«, aufenthaltsrechtlicher Verstöße, des § 166 StGB und des »Whistleblowings«.¹⁴⁷⁵ Die Linke wollte sich für die generelle Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Ersatzfreiheitsstrafe, der §§ 129a, 129b und §§ 218, 219 StGB sowie für die Strafflosigkeit bzw. Entkriminalisierung der Beförderungser schleichung, des »Containerns« und des Drogenkonsums, ferner für einen Schutz von »Whistleblowern« einsetzen, daneben für die Einführung eines Unternehmensstrafrechts und für Strafrechtsexpansion bezogen auf Falschinformationen in Transparenzregistern und Abgeordnetenbestechung.¹⁴⁷⁶ Die FDP versprach die Abschaffung der §§ 166, 217 StGB.¹⁴⁷⁷ Selbst die mit Grenzverletzungen operierende AfD forderte zwar materiell-rechtlich die Absenkung der Strafmündigkeit auf zwölf Jahre, die Aufwertung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu einem Verbrechenstatbestand und die Einführung von Straftatbeständen der »Ämterpatronage« und »Steuerverschwendung«,¹⁴⁷⁸

1469 *CDU/CSU*, Wahlprogramm 2017, S. 60 ff.; *SPD*, Wahlprogramm 2017, S. 24, 53, 68 ff., 72 f. (auch mit Geldbußendrohung im Kontext NetzDG), 83 (Opferschutz), 103, 112.

1470 *CDU/CSU*, Wahlprogramm 2017, S. 60.

1471 *SPD*, Wahlprogramm 2017, S. 73 f.; weiter unspezifisch S. 70: »Wo es notwendig ist, verschärfen wir die Gesetze zur Bekämpfung von Terror und Gewalt«.

1472 *Bündnis 90/Die Grünen*, Wahlprogramm 2017, S. 73, 86, 136 ff., 166 f.; *Die Linke*, Wahlprogramm 2017, S. 15, 20, 45, 71, 73, 77, 89, 104, 109 f., 113; *FDP*, Wahlprogramm 2017, S. 77 ff., 95 f., 113, 115.

1473 *Bündnis 90/Die Grünen*, Wahlprogramm 2017, S. 138, 141; ähnlich auch *Die Linke*, Wahlprogramm 2017, S. 114.

1474 *Bündnis 90/Die Grünen*, Wahlprogramm 2017, S. 125 f.; *Die Linke*, Wahlprogramm 2017, S. 120 f.; *FDP*, Wahlprogramm 2017, S. 91

1475 *Bündnis 90/Die Grünen*, Wahlprogramm 2017, S. 29, 113, 121, 150, 156.

1476 *Die Linke*, Wahlprogramm 2017, S. 70, 77, 86, 90 f., 99, 110 113.

1477 *FDP*, Wahlprogramm 2017, S. 82, 91.

1478 *AfD*, Wahlprogramm 2017, S. 9, 11, 24 f.

im Vordergrund standen aber auch in ihrem Wahlprogramm Fragen der Strafrechtsdurchsetzung, speziell gegen »Ausländer«.¹⁴⁷⁹

4. Asymmetrische politische Anreize für Änderungen des StGB

Wie dargelegt, ist jede (formelle) Gesetzgebung mit einem Ressourcenaufwand verbunden,¹⁴⁸⁰ zugleich sind die Ressourcen für die (formelle) Gesetzgebung begrenzt.¹⁴⁸¹ Das bedeutet aber nichts anderes als einen Wettstreit, dem ein jeder strafrechtlicher Gesetzgebungsvorschlag mit der Verwirklichung anderer politischer Inhalte unterliegt. Die Frage, welche politischen Inhalte aus welchen Gründen wie priorisiert werden, ist dabei einer Vielzahl von Einflussfaktoren ausgesetzt.¹⁴⁸² Hervorzuheben sind nachfolgend – neben möglichen persönlichen Interessenschwerpunkten von Minister*innen und Parlamentarier*innen – zwei für die hiesige Fragestellung entscheidende Aspekte.

a) *Wahrgenommene Handlungsnotwendigkeit und deren Vermittlung*

Ein maßgeblicher Faktor in diesem Wettstreit ist die wahrgenommene Handlungsnotwendigkeit. Diese kann, soweit sie nicht durch verfassungs- oder europarechtliche Vorgaben determiniert ist¹⁴⁸³ oder durch (negative) Evaluierung von Gesetzen nahegelegt wird, von dem bereits erwähnten und durch Ausweichmechanismen reduzierbaren »Leidensdruck« abhängig sein.¹⁴⁸⁴ Dieser »Leidensdruck« bzw. die Handlungsnotwendigkeit wiederum wird maßgeblich von der Ministerialbürokratie (und – mittelbar – durch die Straf-

1479 *AfD*, Wahlprogramm 2017, S. 23 ff.

1480 Siehe oben § 1 I. 2.; ferner unten § 4.

1481 Limitierender Faktor dürfte hier vor allem das Element »Zeit« der Akteure der Gesetzgebung sein.

1482 Aus politikwissenschaftlicher Sicht hierzu einfühend *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), *Politikwissenschaft*¹⁰, S. 63 (70 ff.); siehe ferner *Aden*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 ff.

1483 Etwa bei der Umsetzung von Maßgaben des BVerfG oder von EU-Richtlinien.

1484 Siehe oben § 1 V.; zur Formulierung siehe *Böhm* bei *Peikert/Reinelt/Witt*, *ZStW* 131 (2019), 1126 (1194).

verfolgungsbehörden),¹⁴⁸⁵ durch Interessenverbände¹⁴⁸⁶ und durch die Öffentlichkeit an »die« Politik herangetragen. Bereits dies bedingt eine Asymmetrie dahingehend, als dass es kaum Interessenverbände gibt, die sich gegen bestimmte Kriminalisierungen wenden,¹⁴⁸⁷ und es diesen zudem allenfalls selten gelingt, überzeugend einen »Leidensdruck« einer zu weitreichenden Kriminalisierung zu vermitteln. Hingegen sind Strafverfolgungsbehörden, Interessenverbände und Verletzte bzw. deren Vertretungen in der vorteilhaften Position, insbesondere auf »Strafbarkeitslücken« mit Hilfe eindrücklicher Bilder oder Einzelfälle hinzuweisen und so einen entsprechenden »Leidensdruck« vermitteln zu können.

b) Politischer »Nutzen«

Ein weiterer Faktor ist der erhoffte politische »Nutzen« der Verwirklichung des konkreten politischen Inhalts – nicht als Selbstzweck, sondern im Sinne einer erhöhten politischen Zustimmung bei der oder den nächsten Wahlentscheidungen.¹⁴⁸⁸ Dies ist zwar nicht nur, aber doch auch von einer Überschneidung individueller wie Gruppen-Präferenzen und Überzeugungen mit den (vergangenen wie versprochenen) politischen Inhalten abhängig.¹⁴⁸⁹ Die vorgenannte besondere öffentliche Wahrnehmung des StGB¹⁴⁹⁰ bietet *a priori* die besondere Chance zur öffentlichkeitswirksamen Verwirklichung politischer Inhalte. Doch im Detail ist die Lage diffizil und führt zu besonderer politischer Zurückhaltung gegenüber Veränderungen des StGB, vor allem in Bezug auf Strafrechtsreduktionen:

1485 Hierzu noch unten § 4 III. 1. a) aa); an dieser Stelle sei nur auf *Ebner*, Die Zeit des politischen Entscheidens, S. 92 f. sowie *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (116) verwiesen.

1486 Hierzu noch unten § 4 III. 1.; siehe hierzu an dieser Stelle nur *Frevel*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (116 f., 118 f.) sowie *Aden*, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 121 (128 f.).

1487 Siehe hierzu erneut unten § 4 III. 1. Ausnahmen – etwa im Bereich der Legalisierung »weicher« Drogen oder auf Überkriminalisierung hinweisende Stellungnahmen der BRAK und des DAV – mögen auch hier die Regel bestätigen.

1488 Allgemein, auch zur begrenzten Leistungsfähigkeit dieses Modells, aus politikwissenschaftlicher Sicht *K.-R. Korte*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 63 (80) m.w.N.; siehe ferner *Beale*, American University Law Review 54 (2005), 747 (772).

1489 Siehe, erneut aus politikwissenschaftlicher Sicht, *Eith/Mielke*, in: Lauth/C. Wagner (Hrsg.), Politikwissenschaft¹⁰, S. 304 (310 ff., 318 ff.) m.w.N.

1490 Siehe soeben § 1 VI. 2. c).

Eine Eigenbetroffenheit als Straftäter bzw. als potentieller Adressat von Strafverfolgungsmaßnahmen fällt nämlich – trotz über 1 Million wahlberechtigter Tatverdächtiger pro Jahr¹⁴⁹¹ – bei über 64 Millionen Wahlberechtigten allenfalls in denjenigen Bereichen ins Gewicht, in denen eine hohe Dunkelziffer zu vermuten ist. Dies dürfte, ohnehin nur einen Bereich des Nebenstrafrechts betreffend, allenfalls im Bereich der aktuell wieder aufflammenden Diskussion über die Legalisierung des Cannabis-Konsums gegeben sein. Entscheidender für einen politischen Nutzen einer Strafrechtsreduktion dürfte hingegen sein, inwieweit eine verdeckte oder sogar offene Sympathie oder wenigstens ein Verständnis für ein bestimmtes, verbreitetes Verhalten, das aktuell unter Strafe steht, besteht oder geweckt werden kann. Erneut lässt sich die Diskussion über die Legalisierung des Cannabis-Konsums als Beispiel heranziehen, während für sonstige Dekriminalisierungsforderungen – z.B. Leistungerschleichung durch schlichtes »Schwarzfahren« – schlechter Sympathien geweckt werden können. Betrifft eine bestehende Strafvorschrift Randgruppen, die selbst auf wenig Sympathie stoßen – man denke an die Strafvorschrift des § 173 StGB –, ist merklicher politischer Nutzen einer Entkriminalisierungsinitiative schlicht nicht zu erwarten;¹⁴⁹² auch weil das psychologische Phänomen der Selbstaufwertung durch Fremdadwertung hier vermittelt durch das Strafrecht in Erscheinung treten kann. Es verbleibt allenfalls die Möglichkeit, mit der (abstrakten) Figur einer Überkriminalisierung, sozialer Schiefagen oder nachteiliger Folgen von Haftstrafen zu operieren. Doch lässt sich dies politisch nur schlechter in Szene setzen.

Solange und soweit eine hinreichende Zufriedenheit mit dem Kriminaljustizsystem in Deutschland besteht,¹⁴⁹³ ist auch mit Strafrechtsschärfungen und -intensivierungen politisch wenig Nutzen zu erzielen. Allerdings fällt unter dem Stichwort »Kriminalitätsfurcht« deutlich die Sorge ins Gewicht, möglicherweise selbst durch eine Straftat geschädigt zu werden.¹⁴⁹⁴ Hinzu tritt die eingängige Möglichkeit, für (untechnisch gesprochen) Verletzte Sympathien zu wecken und damit politische Stimmung für eine Strafrechtsexpansion,

1491 Im Jahr 2019 wurden 1.319.950 deutsche Tatverdächtige in der PKS registriert, *Bundeskriminalamt*, PKS Bd. 3, S. 12. Hierunter sind zwar auch (noch) nicht wahlberechtigte Jugendliche registriert, deren Abzug führt jedoch nicht dazu, dass die Tatverdächtigenzahl unter 1 Million sinken würde.

1492 So auch *Beale*, *American University Law Review* 54 (2005), 747 (772) m.N.

1493 Siehe bereits oben § 1 VI. 3.

1494 Hierzu empirisch *Birkel* u.a. *Viktimisierungssurvey 2017*, S. 46 ff.: 2017 fühlten sich 21,5 % in ihrer Wohnumgebung eher »unsicher« denn »sicher«. Zur »Kriminalitätsfurcht« als Faktor der Kriminalpolitik siehe nur *Aden*, in: *Lange* (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 121 (126).

-intensivierung und -schärfung zu wecken.¹⁴⁹⁵ Umgekehrt gewendet ist bei einer Strafrechtsreduktion politisch zu befürchten, dass eine (ggf. nur vor-malige) Straftat überhaupt nicht mehr, nicht mehr mit derjenigen Schärfe oder auch lediglich nicht mehr mit demjenigen stigmatisierenden Begriff (»Mörder«; »Verbrechen« statt bloßes »Vergehen«) verurteilt werden kann, was wiederum in der Öffentlichkeit auf Unverständnis stoßen und sodann auf die politischen Entscheidungsträger zurückfallen könnte; dies dürfte eine der zentralen Sorgen der CDU/CSU in Bezug auf eine Reform der Tötungsdelikte gewesen sein.¹⁴⁹⁶

5. Zusammenführung

Die vorgenannten Faktoren untermauern den Allgemeinplatz, dass Strafrechtsreduktionen, -relativierungen und -milderungen kriminalpolitisch einen deutlich schwereren Stand haben als Strafrechtsschärfungen, -expansionen und -intensivierungen.¹⁴⁹⁷ Da und soweit politisch wirksame Anreize für Streichungen von Tatbeständen oder auch nur für Strafrechtsmilderungen fehlen, verbleibt es bei einer Statik des StGB. Diese ist politisch getragen von einer sehr »großen Koalition[...] der Inneren Sicherheit«,¹⁴⁹⁸ in der eine allgemeine Zufriedenheit mit dem – unter besonderer Beobachtung stehenden¹⁴⁹⁹ – StGB und seiner Anwendung in der Strafrechtspraxis gegeben ist, die sich in Umfrageergebnissen widerspiegelt sowie in den Programmen der politischen Parteien und auch im Denken¹⁵⁰⁰ und Wirken vieler (Einzel-)Akteure der Kriminalpolitik zeigt.¹⁵⁰¹ Der Frage, wann der für eine Durchbrechung der Statik nötige »Leidensdruck« groß genug wird, sei im nachfolgenden Kapitel noch vertieft nachgegangen.¹⁵⁰²

1495 Hoven, ZStW 129 (2017), 334 (336); an einem exemplarischen Fall nachgezeichnet bei Hoven, KriPoZ 2018, 276 ff. Siehe ferner Frevel, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 103 (115) sowie Aden, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 121 (126 f.) zur kriminalpolitischen Bedeutung spektakulärer Einzelfälle.

1496 Siehe hierzu nur Bayerisches Staatsministerium der Justiz, Bayerns Justizminister Bausback: »Auf Mord steht lebenslang? und das muss auch so bleiben!« sowie Bayerische Staatszeitung, »Mörder ist, wer ...«

1497 Siehe soeben § 1 VI. 4.

1498 Aden, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 121 (130 f.).

1499 Siehe oben § 1 VI. 2. c).

1500 Siehe insbes. oben § 1 VI. 1.

1501 Siehe oben § 1 VI. 3.

1502 Siehe sogleich § 2.

