II. Zur Demokratieferne der „wissenschaftlichen" Kriminalpolitik

1. Kontinuitäten in der „wissenschaftlichen" Kriminalpolitik

Die Kritik zur Demokratieferne der Strafrechtswissenschaft räumt ein, dass das Anliegen, das *ius puniendi* einzuschränken, in seinen Ursprüngen sinnvoll und folgerichtig gewesen sei, als es darum ging, die (absolute) Macht eines despotischen Monarchen einzuschränken.[16] In ihrem Bestreben, das heutige Strafrecht weiterhin auf der Grundlage vorpositiver, aufklärerischer Parameter zu bestimmen, habe die Strafrechtswissenschaft jedoch zwei grundlegende Veränderungen übersehen: den Aufschwung des Werterelativismus sowie die demokratische (verfassungsrechtliche) Einbindung des Strafrechts. Das Ergebnis sei eine muffige Kriminalpolitik, die nicht nur an einem staatstheoretischen zentralen Defizit leide, sondern auch keinen Einfluss mehr auf die reale Gesetzgebung habe.[17]

a. Pluralismus und Werterelativismus

Vielleicht gab es eine Zeit, zu der es noch möglich war eine Reihe gemeinsamer liberaler Prinzipien auszumachen, aus denen ein rationales Strafrecht abgeleitet werden konnte. Vielleicht hat es dieses „gute alte, liberale Strafrecht" aber in Wirklichkeit auch nie gegeben.[18] Klar sei jedenfalls, dass in den heutigen pluralistischen Gesellschaften, die sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher kultureller Wertvorstellungen auszeichnen, keine *minima moralia* existiere, aus der sich ein sog. "rationales Strafrecht" ableiten ließe.[19] Da es keine Erkenntnis der absoluten Wahrheit und keine Einsicht in

16 Bereits *Appel*, S. 331. Neuerdings *Brunhöber*, Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts? in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen, 2022, S. 53, 57.

17 Dezidiert *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 659; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 39 ff.

18 Skeptisch *Silva Sánchez*, Expansion, S. 79 ff.; *Hilgendorf*, Punitivität und Rechtsgutslehre, NK 2010, 125.

19 So *Hirsch*, Das Verbrechen als Rechtsverletzung, Berlin, 2021, S. 200; *Lucke*, Die Suche nach einem Legitimationsmaßstab für Pönalisierungsentscheidungen, Berlin, 2017, S. 87 f. Zu den (strafrechtlichen) Folgen der Fragmentierung innerhalb westlicher Gesellschaften *Hörnle*, Das Ideal des Bürgerstrafrechts vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Fragmentierung, in: Bublitz et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Merkel, Bd. I, Berlin, 2020, S. 511, 522 ff.; *Kubiciel*, Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft, in: Bublitz et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Merkel, Bd. I, Berlin, 2020, S. 529, 529 ff. Zum Pluralismus als Herausforderung für das Strafrecht siehe

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

absolute Werte mehr gebe, können Konzepte wie Wahrheit oder Vernunft nicht mehr als Grundlage für eine Kriminalisierungstheorie dienen.[20] Auch diese Begriffe seien bloße subjektive Wertungen, die nicht rein verstandesmäßig letztbegründbar seien.[21] Das „Streben der strafrechtsbegrenzenden Rechtsgutslehre nach der ‚Wahrheit' des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes, nach der einzig richtigen Bestimmung des Verbrechens und den wahren Grenzen der Strafbarkeit [sei] eine Illusion".[22]

b. Vernachlässigung der demokratisch-grundrechtlichen Einbindung der Kriminalpolitik

Auf der anderen Seite habe die Strafrechtswissenschaft die Demokratisierung (und Konstitutionalisierung) der westlichen Rechtssysteme übersehen. Sie begegnet dem demokratischen Gesetzgeber mit demselben Misstrauen, mit dem sie den absoluten Souverän behandelte.[23] Anders als in anderen Rechtsgebieten habe sich die Strafrechtswissenschaft nie damit abgefunden, dass allein der demokratische Gesetzgeber für die Gesetzgebung zuständig ist und ihre (kriminalpolitischen) Konstruktionen in diesem Prozess keine bindende Kraft haben. Sie sei, so *Stuckenberg*, in „eine[r] Art normative[r] Parallelwelt"[24] gefangen. Oder in den Worten *Gärditz*': „Dem Strafrecht, in idealistischen, vordemokratischen und antipositivistischen Traditionen tief verwurzelt, ist es […] nie wirklich gelungen, sich

Jung, Pluralismus und Strafrecht – ein unauflösbarer Widerspruch?, JZ 2012, 926 ff.; *Hilgendorf*, Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre, in: Hilgendorf et al. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, Heidelberg, 2019, S. 791, 849.

20 *Gärditz*, JZ 2016, 641, 649; *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 355: die Strafgesetze fänden ihre „Legitimität nicht aus inhaltlicher Richtigkeit oder Gebrechlichkeit […], die auch nicht garantiert werden kann". Ebenso *Engländer*, ZStW 2015, 616, 632; *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 53, 66.

21 So *Wilfert*, S. 68.

22 *Appel*, S. 388. Ebenso *Vogel*, in: FS Roxin, S. 105.

23 In diesem Sinne *Appel*, S. 329 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen, 1996, S. 143 ff., 162 f. Ebenso *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 355; *ders.*, GA 2011, 653, 659; *Pawlik*, Normbestätigung, S. 42; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 39 ff.

24 *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 655. Ebenso *Burchard*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), S. 21, 37 f.; *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 24: „Die tradierten Kernstrukturen (insbesondere die allgemeinen Zurechnungslehren) sind indes wie eine Zeitkapsel aus dem Kaiserreich weitgehend unberührt geblieben."

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus dem Griff der Metaphysik zu befreien."[25] In ihrem Beharren, die Strafgesetzgebung von vorpositiven bzw. idealistischen Kriterien abhängig zu machen, zeige sich deutlich ihre mangelnde demokratische Sensibilität und metaphysische Übersättigung.[26] Die Frustration der deutschen Strafrechtswissenschaft nach dem Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes im Inzest-Urteil[27] sei das beste Beispiel für die – bereits von *Appel* frühzeitig verkündete[28] – gravierende Vernachlässigung der demokratisch-grundrechtlichen Einbindung des Strafrechts durch die Strafrechtswissenschaft.[29]

2. Das Demokratisierungsprogramm

Das Demokratisierungsprogramm zielt darauf ab, die Strafrechtswissenschaft und das Strafrecht demokratisch-grundrechtlich einzubinden.[30] Es stützt sich auf vier Grundpfeiler: die Ersetzung der Figur der materiellen Quellen des Rechts zugunsten jener des politischen Kompromisses; die Enttarnung des rein politischen Charakters der kriminalpolitischen Vorschläge einer „aristokratischen" Strafrechtswissenschaft; die Leugnung jeglicher (verfassungsrechtlicher) Sonderregime für die Strafgesetze; und schließlich – in jüngster Zeit – warnen einige Stimmen auch vor den Gefahren für das demokratische Prinzip durch eine übermäßige Überkonstitutionalisierung der kriminalpolitischen Konflikte.

25 *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 42; *ders.*, Das andere Öffentliche Recht: Die Staatsrechtslehrervereinigung im Vergleich mit der Strafrechtslehrervereinigung, in: Cancik et al. (Hrsg.), Streitsache Staat, Tübingen, 2022, S. 951, 966 f.

26 *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 39 ff.; *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 21 f. Ebenso *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 658; *Wilfert*, S. 114 ff.

27 BVerfGE 120, 224, 242: Das Rechtsgut stelle „keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären".

28 Dazu *Appel*, S. 329 ff.

29 In diesem Sinne *Hilgendorf*, in: Hilgendorf et al. (Hrsg.), S. 129.

30 Siehe z. B. *Gärditz*, in: FS Fischer, S. 963, 974 f.; *Burghardt*, (Straf-)Recht als Modus der Politik, in: Albrecht et al. (Hrsg.), Strafrecht und Politik, Baden-Baden, 2017, S. 13 ff.; *ders.*, Was ist das Problem mit der Prävention im Strafrecht?, in: Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, Stuttgart, 2014, S. 91 f.; *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 53: Zielrichtung sei eine „Demokratisierung" und die damit verbundene „Ent-Aristokratisierung" strafrechtswissenschaftlicher Theorien.

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Von der materiellen Wahrheit zum politischen Kompromiss

Da es keine absoluten Wahrheiten gebe – oder es unmöglich sei, auf sie zuzugreifen – und rechtliche Entscheidungen immer auf subjektiven Wertungen basierten, könnten die Strafgesetze ihre Legitimität nicht aus inhaltlicher Richtigkeit oder Gerechtigkeitsvorstellungen beziehen. „Ein Rekurs auf eine höhere Vernunft, die sich nicht in legislative Vernunft übersetzen lässt, ist ebenso wenig ein taugliches Argument zur Freiheitsbeschränkung wie ein *Deus vult*."[31] Präziser formuliert: „Gute Gründe schaffen keine Legitimation."[32] Die Legitimität der Strafgesetze ergebe sich ausschließlich aus prozedural ordnungsgemäßen Mehrheitsentscheidungen.[33]

Darüber hinaus wird das demokratische Verfahren rein formalistisch verstanden, als bloßer voluntaristischer Akt der Mehrheit (*auctoritas non veritas facit legem*). Es gewährleiste nicht die materielle Rationalität oder Gerechtigkeit der getroffenen Entscheidungen. Das sei auch nicht der Zweck des Gesetzgebungsverfahrens im Rahmen eines demokratischen Staates, wie aber deliberative Demokratiekonzeptionen in der Regel irrtümlicherweise annehmen.[34] In den Worten *Wilferts*: „Kann das Ziel der demokratischen Entscheidung nicht materielle Richtigkeit sein, so verbleibt nur eine formale, sich aus dem Verfahren ergebende Richtigkeit."[35] Demokratie, so *Gärditz*, „ist daher auch Befreiung von den Gerechten".[36] An die Stelle der materiellen Wahrheit tritt nun die Figur des politischen Kompromisses als kontingentem Treffpunkt zwischen widersprüchlichen und unversöhnlichen Standpunkten. „Das Handwerk der Gesetzgebung besteht in konkreter Konfliktbewältigung durch kompromisshaften Ausgleich, fokussiert auf

31 *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 40 f.

32 *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 350. Ebenso *Wilfert*, S. 64, 68; *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 353.

33 Eingehend *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 355; *Gärditz*, JZ 2016, 641, 647. Ebenso *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen, 2022, S. 93, 110; *Brunhöber*, Was ist freiheitlich-demokratische Strafrechtsbegrenzung?, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Festschrift für Cornelius Prittwitz, Baden-Baden, 2023, S. 59, 73 (zitiert als *Brunhöber*, in: FS Prittwitz).

34 Darauf hinweisend *Donini*, S. 32 f.

35 *Wilfert*, S. 73.

36 *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 41. Kürzlich *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 29 Fn. 69. Etwas anderes gelte allerdings, wenn es um naturwissenschaftliche Erkenntnisse geht. Dazu *Gärditz*, Plädoyer für ein Naturwissenschaftsrecht, Berlin, 2022, S. 10: Demokratie und Rechtsstaat haben hier wohl einen inhärenten Wahrheitsbedarf.

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Machbare und Akzeptanzfähige; es ist keine konsequente Durchrationalisierung des Rechts als Ordnungsinstrument."[37]

Dass das „moderne Strafrecht" nicht den pseudowissenschaftlichen Vorstellungen der Strafrechtswissenschaft entspreche, sondern sich – entgegen einer weit verbreiteten Meinung – als das unreine Produkt einer Reihe widersprüchlicher und unvereinbarer politischer Interessen darstelle, sei daher kein Makel, den es zu verbergen gelte.[38] Vielmehr sei das zeitliche, inhaltliche und kulturelle Kontingent, die Relativität und Reversibilität des Strafrechts kein Übel, sondern, wie *Pawlik* betont, ein Wert im Rahmen eines pluralistischen demokratischen Staates als „genuiner und schätzenswerter Ausdruck bürgerlicher Freiheit".[39] Oder noch drastischer: „Die demokratische Freiheit schließt es indes ein, sich gegen ‚vernünftiges' oder ‚richtiges' Recht zu entscheiden."[40] Demokratie, kurz gesagt, hat Vorrang vor Rationalität.[41]

b. Die Enttarnung der „strafrechtlichen Aristokratie"

Sobald der Werterelativismus verordnet und die Strafgesetzgebung auf die Entscheidung der Mehrheit reduziert wird, wird die Ambition der traditionellen Strafrechtswissenschaft, dem Gesetzgeber rationale Maßstäbe anzubieten, als eine tiefgreifende demokratische Anomalie dargestellt. Der Anspruch der Strafrechtswissenschaft, Einfluss auf die Gesetzgebung zu nehmen, wird dementsprechend als „Herrschaftsanspruch einer Gerechtig-

37 *Gärditz*, Kompromissloses Strafrecht? Zur verfassungsrechtlichen Rolle des Gesetzgebers bei der Entscheidung existentieller Fragen, in: Beckmann et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Berlin, 2019, S. 729, 735 (zitiert als: *Gärditz*, in: GS Tröndle). Ähnlich *Wilfert*, S. 63 f.; *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 50 f.; *Stuckenberg*, The Constitutional Deficiencies of the German 'Rechtsgutslehre', in: Bengoetxea et al. (Hrsg.), Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives, 2013, S. 31, 37: Es sei „the supreme prerogative of a democratic legislator to enact bad or even stupid laws".

38 So aber *Greco/Roger*, Strafrechtsreform als Wissenschaft – zum 50-jährigen Jubiläum des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches 1966, JZ 2016, 1125, 1133; *Wrage*, Grenzen der staatlichen Strafgewalt, Frankfurt a.M., 2009, 205 ff.

39 *Pawlik*, Unrecht, S. 104; *ders.*, Normbestätigung, S. 43. Ebenso *Gärditz*, Der Staat 2010, 331 ff.; *ders.*, Staat und Strafrechtspflege, S. 43; *ders.*, JZ 2016, 641, 648; *ders.*, in: GS Tröndle, S. 737; *Burchard*, in: Kuhli/Asholt (Hrsg.), S. 21, 38.

40 *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 365.

41 Ausführlich zu dieser Vorrang-These siehe *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, Tübingen, 2017, S. 212 f.

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keitsexpertokratie" diskreditiert[42] oder als „aristokratische[r] Zugriff" auf die Gewaltenteilung durch diejenigen, die sich als vierte, verfassungsrechtlich nicht legitimierte Macht aufspielen wollen.[43]

Das Hauptproblem bestehe nicht darin, dass Strafrechtsprofessoren in der politischen Debatte Partei ergreifen, sondern dass sie auf der Ebene des allgemeinen philosophischen bzw. politischen Diskurses eigene Richtigkeitsvorstellungen als wissenschaftliche Argumente setzten.[44] Wie *Kuhlen* anmerkt: „Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass Strafrechtswissenschaftler ‚richtiger' oder ‚besser' werten als Rechtspolitiker oder nicht juristisch gebildete Bürger."[45] Die Kriminalpolitik, als Modus der Politik reduziert (zumindest in ihrer wertenden Dimension), lasse aber keine wissenschaftliche Betrachtung zu. „In einer Gesellschaft der Freien und Gleichen ist die Meinung und Anschauung eines jeden Einzelnen gleich zu achten."[46]

c. Gegen strafrechtlichen Exzeptionalismus

Die demokratisch-grundrechtliche Einbindung des Strafrechts setzt auch einem alten Mantra der Strafrechtswissenschaft ein Ende, nämlich ihrem (verfassungsrechtlichen) Sonderstatus. Der „Mainstream der Strafrechtswissenschaft" habe sich „zu oft und zu lange hinter metaphysischen Rechtsgutslehren, idealistischer Rechtskritik und Ultima-Ratio-Rhetorik zurückgezogen und eine Sonderrolle des Strafrechts beansprucht, die ihm in einer demokratischen Rechtsordnung so nicht zukommen kann".[47] Das Strafrecht sei allerdings ein Recht wie jedes andere, und es gebe keinen Grund, seine Legitimität ständig in Frage zu stellen. Eine Welt ohne Strafrecht, so

42 So *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 337.

43 So *Donini*, S. 9. Auf die öffentlich-rechtliche Literatur zur Machtaffinität einer Rechtswissenschaft, die durch Metaphysik die Gewaltenteilung erodiert, eingehend *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, Tübingen, 2017, S. 10, 54 ff.

44 *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 47. Ebenso *Mañalich*, El principialismo político-criminal como fetiche, Revista de Estudios de la Justicia 2018, 59, 62 f. Grundlegend zur Diskursebenenüberschreitung der Rechtswissenschaftler *Lindner*, S. 50 ff., 55.

45 *Kuhlen*, in: Eser et al. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München, 2000, S. 57, 64.

46 *Wilfert*, S. 69.

47 *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 38; *Wilfert*, S. 82.

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gärditz, wäre wohl noch viel schlechter, da andere, weniger freiheitliche Formen sozialer Kontrolle an seine Stelle treten würden.[48]

Die von den Kritikern angenommene Normalität des Strafrechts bezieht sich auf zwei Ebenen. Erstens wird (aus der Mikro-Perspektive) festgestellt, dass weder die Strafe eine Rechtsfolge sei, die sich qualitativ von anderen Sanktionen unterscheide, noch das kriminelle Unrecht Merkmale aufweise, die es qualitativ von einem nicht-kriminellen Unrecht unterscheide.[49] Die Differenzen seien bestenfalls quantitativ, insofern man zwischen der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung garantierter Rechte unterscheiden könne.[50] Die Strafvorschriften seien „normale" Grundrechtseingriffe, die (wie jede andere Norm) allein anhand der abwehrrechtlichen Dimension des Grundgesetzes zu überprüfen seien. Damit wird die verfassungsrechtliche Überprüfung zum einzigen Maßstab für die Legitimationsprüfung von Strafnormen.[51] Aus einer Makro-Perspektive betrachtet, wird zweitens das Strafrecht als eine weitere *public policy* bzw. als ein weiteres Instrument einer umfassenden Sozialtechnologie begriffen, ebenso wie die Bildungs- oder Gesundheitspolitik.[52] Der Strafrechtler habe es daher nicht mit etwas Außergewöhnlichem zu tun, sondern mit „einem Instrument unter vielen", d. h. mit „eine[r] reguläre[n] Form der Ausübung öffentlicher Gewalt"[53] unter dem allumfassenden Deckmantel der Verfassung.

48 *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 14.

49 *Gärditz*, Der Staat 2010, 331, 365.

50 *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 30 f., 37 f.

51 Hierzu *Brunhöber*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 53, 63 ff.; *dies*., in: FS Prittwitz, S. 65 ff.; *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 37 f. So bereits *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 356.

52 Tendenziell so *Burghardt* (Fn. 29), S. 91 ff. Aus der angloamerikanischen Diskussion paradigmatisch *Chiao*, Criminal Law in the Age of the Administrative State, Oxford, 2019.

53 *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 37 f. Ebenso *Jahn/Brodowski*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, JZ 2016, 969, 972; *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 21, der allerdings einräumt, dass das Strafrecht als „gesellschaftliches Kommunikationsformat über gesetzte soziale Minima" in verstärktem Maße von vordemokratischen Normen, Institutionen und Symboliken abhängig ist.

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Gegen die Überkonstitutionalisierung der Kriminalpolitik

Auch wenn die Demokratisierungsströmung zunächst grundsätzlich für die Konstitutionalisierung des Strafrechts und der Kriminalpolitik eintrat,[54] wurden in letzter Zeit auch Stimmen gegen eine Überkonstitutionalisierung laut.[55] In der Strafrechtswissenschaft gebe es die Tendenz, die gleichen kriminalpolitischen Postulate aus der Verfassung abzuleiten, die früher aus aufgeklärten Grundsätzen abgeleitet wurden.[56] Deshalb besteht *Gärditz* zunächst einmal darauf, dass „die Verfassung kein strafrechtliches Wahrheitsreservoir"[57] sei, aus dem sich ein bestimmtes kriminalpolitisches Programm ergebe.[58] Es sei vor allem unberechtigt, aus dem Grundrechtskatalog konkrete Lösungen für strafrechtspolitische Fragen ableiten zu wollen. Die Verfassung enthalte auch keinen materiellen Verbrechensbegriff, insbesondere nicht das Rechtsgüterprinzip oder den *Ultima-Ratio*-Grundsatz.[59]

Vielmehr sei die kaum begrenzende Kraft des Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie die weitgehende Zurückhaltung der Verfassungsgerichte gegenüber dem demokratischen Gesetzgeber, wenn es um die Beurteilung der Legitimität von Strafgesetzen gehe, als Form von Respekt gegenüber der inhaltlichen Kontingenz, Politizität und Demokratizität des Strafrechts zu loben.[60] Sowohl die Beseitigung politischer Konflikte durch petrifizierende Verfassungsinterpretationen des einfachen (Straf-)Rechts, die jeder Konfliktlösung die Politizität und Kontingenz abspreche, als auch die Ableitung sehr konkreter Pönalisierungsgebote aus Schutzpflichten seien hingegen

54 Paradigmatisch *Lagodny*, S. 19 ff.

55 So bereits *Appel*, S. 597; *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Hefendehl et al. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, S. 65, 77 ff. Ähnlich *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), S. 50 f.

56 Anstatt vieler siehe *Mir Puig*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010, S. 521, 524 ff., 536: „Das Erfordernis von Geeignetheit und Erforderlichkeit schließt die Prinzipien der *Strafnotwendigkeit* für den Rechtsgüterschutz – *Subsidiarität, ultima ratio, Fragmentarität* und *Minimaleingriff* – direkt ein."

57 *Gärditz*, in: GS Tröndle, S. 739; *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 38 f.

58 In diesem Sinne bereits *Appel*, S. 390, 597.

59 Zur Kritik an der verfassungsrechtlichen Anbindung der suprapositiven Grenzen an die Strafgesetzgebung siehe *Wilfert*, S. 131 ff. Ebenso *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 44; *Nettesheim*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 93, 130.

60 In diesem Sinne *Gärditz*, JZ 2016, 641, 649; *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

höchst problematische, demokratieferne Manöver.[61] Ebenso seien sowohl die (von einigen Stimmen in der Literatur vorgeschlagenen) verstärkten Mehrheiten für die Verabschiedung von Strafgesetzen[62] sowie das für das Strafrecht klassischerweise befürwortete verfassungsrechtliche Sonderregime Anomalien im Rahmen eines demokratischen Strafrechts.[63] Die schwer zu reformierende Verfassung in den Händen von nicht (direkt) demokratisch legitimierten Richtern könne ein ebenso furchterregender Rivale des demokratischen Prinzips sein wie die pseudowissenschaftlichen Ansätze von Strafrechtsprofessoren.[64]

Wie weit soll aber der Demokratisierungsprozess der Strafgesetzgebung gehen? Während sich die meisten Befürworter des „demokratisierenden Ansatzes" damit begnügen, der Kriminalpolitik der Strafrechtswissenschaft jede normative Verbindlichkeit abzusprechen, ohne die repräsentative Demokratie in Frage zu stellen, wollen manche einen Schritt weiter gehen. Kriminalpolitische Entscheidungen seien am legitimsten, wenn sie der Meinung des Volkes entsprechen. Eine Demokratisierung der Gesetzgebung bedeute, dem Volk die Kriminalisierungsentscheidung zu überlassen oder ihm zumindest ernsthaft zuzuhören.[65] Entgegen mancher Verfechter einer rationalen oder klassischen Kriminalpolitik, die in deren Demokratisierung das Risiko eines Anstiegs populistischer Strafgesetze sehen,[66] sei der Rückgriff auf Mechanismen der direkten Demokratie oder auf empirisch-sozio-

61 Eingehend *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 58 ff.; *ders.*, JZ 2016, 641, 649; *ders.*, in: GS Tröndle, S. 738, 752; *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 30 ff.; oder *Wilfert*, S. 136. Zu Grund- und Menschenrechten von Minderheiten als Affront gegen die Demokratie siehe *Günther*, Demokratische Transformation des Strafrechts der Moderne?, Rg 2020, 120, 122.

62 Kritisch dazu *Wilfert*, S. 82.

63 *Stuckenberg*, ZStW 2017, 349, 356 Fn. 50.

64 So bereits *Donini*, S. 10: „extremer Konstitutionalismus" als Affront gegen die Demokratie. Ähnliche Richtung *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 15, 39 f.; *Brunhöber*, in: FS Prittwitz, S. 72: „Nur wenn die Prüfungsdichte des Verfassungsgerichts gering ist, ist sichergestellt, dass wir alle gemeinsam und nicht etwa Richter- oder Philosophenkönige regieren".

65 Für eine empirisch-soziologische Vergeltungslehre siehe *Walter*, Zur Demokratisierung des Strafrechts, in: Bublitz et al. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Merkel, Bd. I, Berlin, 2020, S. 545, 549 ff. (zitiert als: *Walter*, in: FS Merkel); *ders.*, Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungstheorie, in: Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes"?, Baden-Baden, 2019, S. 49 ff.; näher *Hoven*, Populismus und Strafrecht, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, Baden-Baden, 2020, S. 101, 114 f.

66 So *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 2 Rn. 94i; *Silva Sánchez*, Zur Beziehung zwischen Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Baden-

https://doi.org/10.5771/9783748931225-84, am 09.08.2024, 07:25:16
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb