

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Strafrecht – nach wie vor unausgeschöpftes Potenzial.

Zugleich Besprechung von Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen 2015, 310 S., ISBN 978-3-16-154230-5, 59 €

Johannes Kaspar*

Es gibt wohl kaum ein rechtliches Institut, das in seiner Wahrnehmung dermaßen umstritten ist wie der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er gilt vielen als herausragendes Prinzip zur Beschränkung staatlicher Freiheitseingriffe und wird auch im vorliegenden, von Jestaedt und Lepsius herausgegebenen Sammelband von vielen der Autoren tendenziell positiv gesehen. Dort wird er im Hinblick auf seine Wirkung über die nationalen Grenzen hinaus als „Exportschlager“ (Engel) bezeichnet, von einer „rechtsstaatliche[n] Erfolgsgeschichte“ ist die Rede (Michael). Der Grundsatz ist zudem, wie die Herausgeber in ihrem Vorwort schreiben, „in der Welt des Rechts omnipräsent“. Ursprünglich im Bereich des Polizeirechts entwickelt, hat er mittlerweile in allen Rechtsbereichen große Bedeutung gewonnen, darunter natürlich auch im Strafrecht. Er ist dort an mehreren Stellen, u.a. in § 62 StGB, kodifiziert. Und es versteht sich eigentlich von selbst, dass ein solches Prinzip gerade im Bereich des Strafrechts, wo der Staat seinen Bürgern mit gravierenden Grundrechtseingriffen gegenübertritt, wichtige Bedeutung erlangen muss. Auf der anderen Seite sind die Relevanz und die Reichweite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zumindest im Bereich des materiellen Strafrechts nach wie vor nicht hinreichend geklärt. Die Strafrechtswissenschaft hat sich lange Zeit, so scheint es, gegenüber vermeintlich „feindlichen“ verfassungsrechtlichen Einflüssen abgeschottet. Oft wird explizit oder implizit auf den Vorrang der eigenen, strafrechtsintern entwickelten Prinzipien verwiesen, darunter das ultima ratio Prinzip, der Schuldgrundsatz sowie die Vorstellung, dass das Strafrecht legitimerweise nur „Rechtsgüter“ schützen dürfe. Das dürfte mehrere Gründe haben, zu denen aber sicher auch die allgemeinen Kritikpunkte zählen, die gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorgebracht werden. Und hier kommt sein eingangs erwähnter umstrittener Charakter ins Spiel: Es ist auffällig, dass neben der großen Zahl der grundsätzlichen Verteidiger und Anhänger des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch ein nicht unbeträchtlicher Chor von Kritikern besteht, die ihn etwa als „großen Weich- und Gleichmacher“ der Rechtsordnung bezeichnen (Ossenbühl) und ihm insgesamt Unbestimmtheit oder geradezu Beliebigkeit im Hinblick auf die mit seiner Hilfe erzielten Ergebnisse attestieren. Unter diesen Vorzeichen ist es auch aus strafrechtlicher Sicht spannend und hochrelevant, wenn sich Vertreter des öffentlichen Rechts, aber auch Vertreter der anderen Rechtsgebiete versammeln, um

* Prof. Dr. Johannes Kaspar ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg.

sich in einem gemeinsamen Band den aktuellen dogmatischen Strukturen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu widmen. Die vorliegende Rezension erhebt nicht den Anspruch, den reichen Inhalt des Sammelbandes vollständig wiederzugeben, sie konzentriert sich ganz bewusst darauf, die aus Sicht der Strafrechtswissenschaft wichtigsten Punkte zusammenzufassen.

Bereits der einleitende Beitrag des Mitherausgebers Lepsius über „Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ (S. 1 ff.) liefert einige auch für das Strafrecht relevante Gesichtspunkte. Dem Verfasser ist uneingeschränkt darin zuzustimmen, wenn er daran erinnert, dass der Grundsatz gerade bei der Konkretisierung der abstrakt generellen Norm seine volle und vordringliche Bedeutung erhält (S. 9 f.). Denn während bei der abstrakt generellen Norm der konkrete Freiheitseingriff und die Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf den vom Staat verfolgten Zweck in ihrem konkreten Gewicht naturgemäß noch nicht genauer bezeichnet werden können, ist dies bei der Entscheidung im Einzelfall leichter (s. auch S. 14). Das würde für das Strafrecht bedeuten, dass eine Verhältnismäßigkeitskontrolle der abstrakt generellen Strafnorm weniger Erfolg versprechen wird als eine entsprechende Überprüfung der konkreten Einzelfallentscheidung, mithin auch der Strafzumessung. Das steht im gewissen Kontrast zur Aussage mancher Autoren, die gerade im Strafgesetz selbst den entscheidenden Freiheitseingriff sehen, bei der konkreten Entscheidung im Einzelfall dann aber wenig kritisches Potenzial der Grundrechtsprüfung sehen. Man wird umgekehrt die Stoßrichtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes so verstehen müssen, dass er gerade auch die Strafzumessung des Richters im Hinblick auf den mit der Strafe verfolgten Zweck leiten sollte, was insbesondere die Suche nach der möglichst milden, gerade noch geeigneten Strafe nahelegt. Herrschend ist diese Ansicht freilich (bislang) im Bereich der Strafzumessung nicht.

Lepsius reiht sich in seinem Beitrag ein in die Reihe der Kritiker, die dem Bundesverfassungsgericht einen zu großen Übergriff in die Sphäre der Legislative vorwerfen. Er spricht von einer „Macht usurpation“ des Gerichts (S. 11). Die Zubilligung von Entscheidungsspielräumen seitens des Gerichts sei eine „stillose Dekadierung der ersten Gewalt“. Die dahinterstehende Sorge um sachgerechte Grenzen zwischen den verschiedenen Gewalten ist berechtigt. Allerdings muss man diese Kritik etwas relativieren. Eine „Zubilligung von Entscheidungsspielräumen“ klingt sehr nach gönnerhaftem Verhalten, ist aber eine Selbstverständlichkeit, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber ausweislich von Art. 1 Abs. 3 GG selbst an die Verfassung und damit die Grundrechte gebunden ist. Zu deren Überwachung und Wahrung ist nun einmal das Bundesverfassungsgericht berufen; es hat den eindeutigen verfassungsrechtlichen Auftrag, auch bei Maßnahmen des Gesetzgebers ggf. zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit wegen einer Verletzung von Grundrechten zu

kommen. Wenn es nun diesen Auftrag relativiert und bestimmten Grenzen unterwirft (und dazu gehört eben u.a. die Anerkennung von Entscheidungs- und Beurteilungsspielräumen), dann wird damit doch gerade ein weitreichender Vorrang des Gesetzgebers anerkannt. Außerdem ist daran zu erinnern, dass sich das Bundesverfassungsgericht jedenfalls im Bereich des materiellen Strafrechts gegenüber dem Gesetzgeber in sehr großer Zurückhaltung übt, so dass hier, anders als in anderen rechtlichen Bereichen, eine Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes nicht im Raum steht. Im Gegenteil, man würde sich in manchen Fällen etwas weniger traditionellen self-restraint und etwas mehr Entscheidungsfreude bei der Formulierung verfassungsrechtlicher Grenzen des Strafrechts wünschen. Lepsius zählt in der Folge einige mögliche Vorteile des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf, darunter die Formulierung eines rationalen Programms, das gerade auch dem Gesetzgeber Begründungslasten auferlegt (S. 21). Er erinnert daran, dass der Grundsatz den Gesetzgeber dazu zwingt, „Zweck-Mittel-Relationen“ zu liefern. Es wird an dieser Stelle ganz deutlich, dass die dem Grundsatz immanente Zweckrationalität keineswegs, wie es in der Diskussion um ein angeblich per se ausuferndes Präventionsstrafrecht häufig geschieht, zur Entgrenzung von staatlicher Machtausübung führt. Im Gegenteil führt gerade das zweckrationale Moment, das den Gesetzgeber dazu zwingt, die mit seiner Maßnahme verfolgten Ziele hinreichend klar zu benennen, zu einer Begrenzung staatlicher Macht, die gerade im Strafrecht dringend nötig ist. Besonders aufschlussreich für das Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht sind die Ausführungen von Lepsius in Bezug auf die Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Er schreibt, dass die Anwendung des Grundsatzes im Strafrecht „problematisch“ sei. Es sei unklar, welches Mittel hier auf welchen Zweck bezogen werde. Man lande dann schnell in der uralten Strafzweckdiskussion. Er erinnert an die Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts und an das Sondervotum von Hassemer. Er meint, dass man sich dessen stringenter Argumentation kaum widersetzen könne, „wenn man sich auf die rationalisierende Logik einer Verhältnismäßigkeitsprüfung erst einmal eingelassen hat“ (S. 31). Demgegenüber wird die Entscheidung der Senatsmehrheit hart kritisiert. Sie hebele die Verhältnismäßigkeitsprüfung aus, indem der politisch verfassten Gemeinschaft das Recht zuerkannt wird, „bestimmte Verhaltensformen zu missbilligen und dafür das Mittel des Strafrechts“ heranzuziehen. Ein Stück weit werde das auch durch die Existenz der Verbotsnorm über viele Jahrtausende hinweg begründet: „Wie könnte eine rund 4000 Jahre alte Verbotsnorm plötzlich unverhältnismäßig sein“. Und dann formuliert Lepsius in der Folge einen wichtigen Satz, der die Problematik sehr gut auf den Punkt bringt: „Im Strafrecht kommt dem Gesetzgeber durchweg ein in der expressiven Funktion der Strafnorm liegender und demokratisch begründeter Gestaltungsspielraum zu – den wir in anderen Lebensbereichen, die weitaus geringere Grundrechtskonflikte auslösen, nicht vorfinden“ (S. 31). Damit ist das

Dilemma und die oben bereits erwähnte große Zurückhaltung bei der Heranziehung verfassungsrechtlicher Grenzen gerade im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich des materiellen Strafrechts schön auf den Punkt gebracht. Was an dieser Stelle noch fehlt, ist der Hinweis darauf, dass das Leerlaufen einer strengeren verfassungsrechtlichen Kontrolle auch darin begründet liegt, dass mit dem diffusen Strafzweck des Schuldausgleichs nach wie vor von der herrschenden Meinung ein Zweck anerkannt wird, der sich dem Prüfungsschema des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes schlicht entzieht. Denn ob eine Strafe in einer bestimmten Höhe zum „Schuldausgleich“ (respektive zur „Vergeltung“) geeignet und erforderlich ist, lässt sich auch nicht annähernd rational diskutieren oder gar empirisch überprüfen. Insofern ist es entgegen Lepsius nicht die Untauglichkeit der Rechtsgutstheorie, die hier zu einer nur sehr schwachen Bindung führt (s. dort S. 31), sondern die Anerkennung eines problematischen absoluten Strafzwecks im Sinne der herrschenden Meinung. Jedenfalls sollte es bedenklich stimmen, wenn aufgrund besonderer Eigenheiten des Strafrechts das Ergebnis lauten soll, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als wichtiger verfassungsrechtlicher begrenzender Grundsatz im Bereich des Strafrechts gar nicht anwendbar sein soll (so das fast resignative Fazit von Lepsius auf S. 31). Nach Ansicht des Verfassers der Rezension müsste das Ergebnis genau anders herumlaufen: Sollte sich herausstellen, dass bestimmte vorherrschende Strafzwecke wie der Schuldausgleich oder der Schutz diffuser Rechtsgüter nicht sinnvoll in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eingebracht werden können, dann kann dies schlechterdings nicht bedeuten, dass das Verfassungsrecht zu weichen hat, sondern dass, ob man es will oder nicht, innerhalb des Strafrechts neu nachgedacht und nachjustiert werden müsste. Im Schlussteil empfiehlt Lepsius für die Zukunft, „sachbereichsspezifische Grundrechtsdogmatiken“ zu entwickeln. Für den Bereich des Strafrechts hat der Verfasser dieser Rezension einen solchen Versuch unternommen (s. Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014). Was dabei eine Rolle spielen muss, ist die auch von Lepsius betonte Stärkung der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Beide Aspekte fristen im Moment noch ein Schattendasein, obwohl gerade sie mit ihrer empirischen Komponente einen deutlich fassbareren und rationaleren Kern aufweisen als die notwendigerweise unbestimmtere Abwägung auf der dritten Ebene der Angemessenheit. Es ist verdienstvoll, dass Lepsius in diesem Kontext auf die möglichen Berührungs- und Anknüpfungspunkte zu anderen Disziplinen, insbesondere auch die empirischen Wissenschaften verweist. Für den Bereich des Strafrechts bedeutet das notwendigerweise, dass die empirischen Erkenntnisse der Kriminologie, u.a. zur Wirkungsweise strafrechtlicher Sanktionierung, noch stärker berücksichtigt werden müssten.

Lothar Michael skizziert in einem ebenfalls grundlegenden Beitrag das Verhältnismäßigkeitsprinzip als „Schlüssel(Bund)Konzept“ (S. 42 ff.). Für das Strafrecht ist

unter anderem interessant, dass er zurecht darauf hinweist, dass zwar eine grundrechtliche Schutzpflicht besteht, dass diese in aller Regel den Gesetzgeber aber nicht zu bestimmten konkreten Maßnahmen zwingt. Das bedeutet auch, dass er in den meisten Fällen gerade nicht gezwungen ist, zum Mittel des Strafrechts und erst recht nicht zu einem bestimmten erhöhten Mindestmaß an Strafe zu greifen, um seiner grundrechtlichen Schutzfunktion gerecht zu werden. Nur in bestimmten Ausnahmefällen von schweren Verbrechen oder bestimmten Straftaten mit Bezug zum Staat selbst besteht nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein aus der Schutzpflicht fließender Anspruch auf Strafverfolgung (S. 53). Auch Michael schließt sich der bereits von Lepsius formulierten Forderung an, dass man für verschiedene Rechtsverhältnisse verschiedene Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes benötige. Er enthalte ein ganzes „Bündel von Argumentationsstrukturen“ (S. 58), die bereichsspezifisch zu konkretisieren seien.

Der Gedanke, dass es sich beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz um ein heterogenes Konzept handelt, wird im Beitrag von Reimer weiter vertieft (S. 61). Er diskutiert verschiedene inhaltliche Fragen, darunter auch den interessanten Aspekt, inwiefern der Staat kraft Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezwungen ist, bei seinen Maßnahmen kohärent und folgerichtig vorzugehen. Das wird üblicherweise unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG behandelt, wird von Reimer aber zusätzlich im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verankert. Die Konsequenz eines solchen „Kohärenzgebots“ für das Strafrecht wäre allerdings noch genauer zu erörtern. Denn es könnte bedeuten, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung einer Strafnorm in einem bestimmten Bereich quasi eine Art Selbstbindung schafft, die ihn dazu verpflichtet, dann ggf. auch in anderen ähnlichen Rechtsbereichen ebenfalls zum Mittel des Strafrechts zu greifen. Es steht zu befürchten, dass ein möglicher Verstoß gegen das Kohärenzgebot angesichts des anhaltend punitiven politischen Klimas im Zweifel immer so aufgelöst wird, dass die vermeintlich fehlende Strafnorm zusätzlich geschaffen wird und nicht etwa die bereits existente Strafnorm abgeschafft wird. Das wiederum würde ganz offensichtlich dem Charakter des Strafrechts als ultima ratio sowie der Idee eines lediglich (legitimerweise!) fragmentarischen Charakter des Strafrechts widersprechen.

Besonderes Augenmerk verdient im Rahmen dieser Rezension natürlich der Beitrag von Goeckenjahn, die als einzige Vertreterin der Strafrechtswissenschaft im Sammelband vertreten ist. Sie stellt sich die Frage, ob die Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine „überfällige Inventur“ oder ein „Irrweg“ ist (S. 184 ff.). Der Autorin ist voll und ganz darin zuzustimmen, dass gerade im Bereich des Strafrechts unter dem Blickwinkel der Abwehrfunktion der Grundrechte eine besondere und gesteigerte Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erwarten sein müsste, da hier „schwerste staatliche Eingriffe in

die Grundrechte von Bürgerinnen und Bürgern“ im Raum stehen (S. 184). Dass Goeckenjahn sich in der folgenden Analyse, deren Ergebnisse ich ganz wesentlich für überzeugend halte, auf den Bereich der Gesetzgebung beschränkt, ist anhand der Komplexität der Problematik und des nur begrenzten zur Verfügung stehenden Raumes mehr als verständlich. Dennoch ist es schade, dass auf diese Art und Weise der nicht minder wichtige Bereich einer verfassungsrechtlichen Begrenzung der konkreten Einzelfallentscheidung inklusive der Strafzumessung ausgeblendet bleibt. Es wäre interessant gewesen, ob Goeckenjahn auch in dieser Hinsicht die Ansicht des Verfassers teilt, wonach das Potenzial des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch nicht ausgeschöpft ist und der Rekurs auf rein strafrechtsinterne Kategorien wie das Schuldprinzip den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vollständig ersetzen kann. Vielen Ausführungen der Verfasserin stimme ich wie gesagt zu. Das betrifft etwa die bisher gezeigte (zu) große Zurückhaltung des Verfassungsgerichts bei der Formulierung klarer Grenzen verhältnismäßiger Strafgesetze. Das betrifft auch die Aussage, dass die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für das Strafrecht bislang von Seiten der Strafrechtswissenschaft noch zu wenig ausgearbeitet und zur Kenntnis genommen wurde (S. 189). Für völlig richtig halte ich auch die Kritik an der u.a. von Lagodny vertretenen These, wonach bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zwischen der bloßen Verhaltensnorm (die sozusagen strafrechtsneutral ist) und der Sanktionsnorm zu unterscheiden sei. Eine solche Aufspaltung wirkt künstlich, ist, wie auch Goeckenjahn zeigen kann, bei der Prüfung der einzelnen Punkte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht konsequent durchzuhalten und führt letztlich auch zu einer Schwächung der kritischen Potenz des Grundsatzes. Überzeugend ist es auch, dass bei der Prüfung des legitimen Zwecks zwischen dem eigentlichen Zweck des Schutzes bestimmter Güter und Interessen und der Frage der Wirkungsmechanismen zu unterscheiden ist, die diesen Zweck befördern können. Die herkömmlicherweise diskutierten Strafzwecke (jedenfalls aus dem Bereich der Prävention) sind solche Wirkungsmechanismen. Goeckenjahn setzt hier meines Erachtens zu Recht auf der Ebene der Gesetzgebung eine generalpräventive Wirkung als gegeben voraus. Sie diskutiert in der Folge die mögliche Bedeutung der Rechtsgutlehre, die sie nicht vollständig verwerfen will, sondern mit ihrem liberal-limitierenden Gehalt aufrechterhalten und (ganz im Sinne des Verfassers dieser Rezension) verfassungsrechtlich absichern will. In der Tat lässt sich meines Erachtens das Anlegen der Rechtsgutstheorie, wonach nur besonders wichtige und gravierende Interessen des Einzelnen oder Allgemeinheit gerade mit dem intensiven Mittel der Strafe geschützt werden dürfen, bruchlos mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbinden. Ob man dies dann, wie es Goeckenjahn vertritt, als besondere bereichsspezifische Schranke des Strafrechts bereits bei der Formulierung des legitimen Zwecks verortet oder ob man dies, wie es hier vertreten wird, als Ergebnis der Abwägungsprüfung auf der Angemessenheitsebene ver-

ankert, ist gegenüber dem damit verfolgten Anliegen zweitrangig. Die Verfasserin weist bei der Diskussion der Geeignetheit zurecht darauf hin, dass man hier auf empirische Annahmen über Wirkungsmechanismen des Strafrechts angewiesen sei, die komplex sind. Jedenfalls müsse hier eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers anerkannt werden, so dass man im Ergebnis von einer Geeignetheit des Strafrechts ausgehen könne. Immerhin gebe es Anhaltspunkte dafür, dass das Strafrecht entsprechende präventive Wirkungen zeitigen könnte. Bei der Diskussion der Erforderlichkeit (S. 204 f) wird zurecht darauf hingewiesen, dass sich dieses Element mit dem *ultima ratio* Prinzip deckt. Es ist zutreffend, dass auch hier die zugrundeliegenden empirischen Fragestellungen sehr schwierig sind und insofern auch diesbezüglich dem Gesetzgeber eine Entscheidungsprärogative eingeräumt werden muss. Wenn er sich dafür entscheidet, zum Mittel des Strafrechts zu greifen, muss er aus diesem Grund nicht etwa positiv nachweisen, dass ein milderes Mittel, etwa eine Lozierung im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts, zu schlechteren Ergebnissen führen würde. Immerhin gibt es aber durch die Anerkennung dieser Prüfungsstufe Ansätze für empirische Untersuchungen. Sollte sich methodisch einwandfrei nachweisen lassen, dass eine bestimmte außerstrafrechtliche Rechtsfolge (bspw. eine Schadensersatzpflicht aus dem Zivilrecht oder eine Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht) einen gleichen verhaltenssteuernden Effekt wie eine entsprechende Strafnorm haben sollte, könnte das den Gesetzgeber in einzelnen Bereichen durchaus in Erklärungsnot bringen und möglicherweise zu einem entsprechenden Rückbau des Strafrechts ganz im Sinne des *ultima ratio* Gedankens führen. Bei der Diskussion der Angemessenheit erwähnt Goeckenjahn die jeder Abwägung immanenten Gefahren der Konterkarierung der Wertung des Gesetzgebers auf den vorherigen Stufen, die ein nahezu beliebiges Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts ermöglichen könnte. Dass das in der Realität nicht so praktiziert wird, hat sie allerdings selbst oben ausgeführt; insofern dürfte das auch in Zukunft keine größere Rolle spielen. Goeckenjahn konzentriert sich hier etwas zu sehr auf den Aspekt des schlicht Unverfügablen, das jeder Abwägung entzogen sein soll. Das sind im Bereich des Strafrechts aber sicherlich (jedenfalls *de lege lata*) Ausnahmefälle. Die eigentlich interessante Frage wäre gewesen, ob es nicht doch Beispiele gibt, bei denen erst hier auf der Abwägungsebene klar ist, dass der Staat zwar ein legitimes Ziel verfolgt und dazu auch gewisse Sanktionsmechanismen im weitesten Sinne einsetzen darf, dies aber eben nicht mit dem scharfen Schwert des Strafrechts vollziehen darf. Goeckenjahn diskutiert an dieser Stelle, ob man mit Greco den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung als unverfügbare verfassungsrechtliche Position gegen Strafgesetze in Stellung bringen kann. Der Verfasser dieser Rezension hat daran insofern schon früher Zweifel geäußert, als der Vorteil einer solchen Betrachtung nicht recht erkennbar ist. Natürlich gibt es bestimmte Maßnahmen wie Folter, die gegen die Menschenwürde verstößen und sich insofern

von vornherein verbieten. Und natürlich kann es staatliche Verbote geben wie etwa das von Greco angeführte Beispiel des Verbots der Homosexualität, das keinerlei sinnvollen Nutzen hat und umgekehrt ein Verhalten verbietet, das keinerlei Schaden in der Gesellschaft anrichtet und schon deshalb nicht bestraft werden darf. Das folgt dann aber eben schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der ohne weiteres das Gewicht der jeweils betroffenen Interessen auf beiden Seiten in seine Prüfung aufnimmt. Ob die verbotene Verhaltensweise dann tatsächlich zum absoluten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zählt, wird in vielen Fällen, wie auch Goeckenjahn richtig darlegt, umstritten sein. Sobald durch das entsprechende Verhalten auch Interessen Dritter tangiert sind, wie es etwa beim Beispiel der Abtreibung der Fall ist, ist eine staatliche Verbotsnorm eben nicht mehr ausgeschlossen, auch wenn es sich um einen sehr privaten und intimen Vorgang handelt. Letztlich kann man also mit Goeckenjahn zusammenfassen, dass die absolute Eingriffsperre der Menschenwürde (bzw. des absoluten Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung als deren Ausfluss) selbstverständlich als Schranke gegenüber dem Strafrecht erhalten bleibt, dass sie aber eine an den Freiheitsgrundrechten orientierte Verhältnismäßigkeitsprüfung allenfalls ergänzen, aber nicht ersetzen kann (S. 208). Insgesamt kommt Goeckenjahn in der Zusammenfassung ihrer Ausführungen zu einem ernüchternden Befund, der oben bereits erwähnt wurde: Ausgerechnet im Bereich des Strafrechts zeigen sich große Spielräume des Gesetzgebers, die größer sind als in anderen, weniger eingriffsintensiven Bereichen. Die Autorin benennt als Grund für diese nur geringe Kontrolldichte die „blindten Flecken“, also diffuse Wirkungsmechanismen, die das Strafrecht vor einer empirischen Überprüfung abschotten. Ohne dass dies hier so ausdrücklich gesagt wird, kann man zu dieser „Abschottung“ aber insbesondere den Strafzweck zählen, der nicht wie die positive Genrealprävention lediglich mit Schwierigkeiten der empirischen Überprüfung behaftet ist, sondern sich naturgemäß einer empirischen Kontrolle von vornherein entzieht, namentlich den Schuldausgleich bzw. die Vergeltung. Ob daneben noch, wie Goeckenjahn vermutet, auch eine Rolle spielt, dass das Verfassungsgericht bei abstrakt-generellen Strafnormen Milde walten lasse, weil man sich deren Wirkung durch legales Verhalten entziehen könne (S. 208) ist aus zweierlei Gründen fraglich. Zum einen würde das in leicht abgewandelter Form die gefährliche Argumentationsstruktur beleben, wonach der Eingriff durch eine Strafnorm nicht so intensiv sei, weil es sich ja per se um sozialschädliches Verhalten handele, an dessen Vollzug der Bürger überhaupt kein legitimes Interesse habe. Mit dieser Argumentation hätte es der Gesetzgeber quasi in der Hand, durch Definition von Straftatbeständen empfindliche Freiheitseingriffe vorzunehmen, ohne eine strenge verfassungsrechtliche Kontrolle befürchten zu müssen. Hinzu kommt ein Weiteres: Die von Goeckenjahn beschriebene nur allgemeine und nur abstrakt-generelle Wirkung der Strafnorm trifft für das Gesetz zu, nicht aber für die von ihr im vorliegenden

Beitrag ausgeklammerte konkrete Sanktionierung. Hier trifft den Bürger der staatliche Zugriff genauso direkt wie es bei strafprozessualen oder polizeirechtlichen Maßnahmen der Fall ist. Trotzdem ist nicht erkennbar, dass das Verfassungsgericht etwa bei der Kontrolle der Strafzumessung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als strenges Kontrollprinzip in Stellung bringen würde. Es bleibt also dabei, dass es vermutlich andere Gründe sind, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Strafrecht nicht voll zur Geltung kommen lassen. Dazu zählt eben, wie dargelegt, die überkommene straftheoretische Position, wonach man aus Gründen des Schuldausgleichs strafen dürfe, ohne sich über empirische Wirkungen des Strafrechts Gedanken machen zu müssen. Das widerspricht, worauf auch Goeckenjahn hinweist, eklatant der vom Bundesverfassungsgericht formulierten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Hinblick auf die Wirkungen seiner Maßnahmen. Dem gegenüber betont die Autorin, dass unter anderem auch aufgrund der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Strafrechtswissenschaft aufgerufen ist, sich mit den empirischen Ergebnissen der Kriminologie auseinanderzusetzen. Insofern hat sie völlig recht, wenn sie ausführt, dass das Potential des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Bereich des materiellen Strafrechts noch bei weitem nicht ausgeschöpft ist (S. 209).

In seinem Beitrag zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit geht von Arnould unter anderem auf die Eigenheiten der Abwägung und ihre Begründung ein. Er findet ein schönes Bild für die Beschreibung der Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn er darauf hinweist, dass das Recht in seiner abstrakt-generellen Eigenheit nicht zu starr und unerbittlich sein dürfe, sondern vielmehr „Dehnungsfugen“ benötige, „um Kontakt zum sozialen Prozess und zu den Menschen zu halten“ (S. 280). Der Gesetzgeber könne also vorab nicht alle nötigen Abwägungen anhand sämtlicher (vielleicht besonderer) Einzelfallumstände vornehmen. Umso mehr müsse dann im Bereich der Rechtsanwendung Spielraum bleiben, um akzeptable Ergebnisse herstellen zu können. Weiter heißt es bei von Arnould: „Will das Recht nicht als unerbittliche Macht Frustrationen erzeugen und damit seine eigene Existenz gefährden, muss es auch den Einzelfall würdigen können, der sich dem abstrakten Kalkül entzieht.“ Damit ist exakt die wichtigste Funktionsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschrieben, der bei der Anwendung des Rechts im Einzelfall für erträgliche und angemessene Ergebnisse sorgen soll. Zugleich enthält die Aussage, wenn man sie auf den Bereich des Strafrechts überträgt, einen wichtigen Hinweis darauf, dass Vorgaben des Gesetzgebers für die Strafzumessung niemals exakt und abschließend den Einzelfall erfassen können. Das bedeutet zum einen, dass eine Regelung wie § 69 I 2 StGB, die jedenfalls in der Interpretation durch die herrschende Meinung einen strikten Ausschluss von Verhältnismäßigkeiterwägungen auf einfachgesetzlicher Ebene enthält, hochproblematisch ist. Das bedeutet weiterhin, wie ich im Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag näher

dargelegt habe, dass fixe, vom Gesetzgeber vorgegebene Punktstrafen oder verbindliche Strafzumessungstabellen oder -richtlinien auch aus diesem Grund abzulehnen sind. Sie würden eine nur scheinbare Gleichheit und Gerechtigkeit vorgeben, würden in Wahrheit aber den Rechtsanwender zur Gleichbehandlung von an sich Ungleichen zwingen und insofern das erwünschte Ergebnis ins Gegenteil verkehren. Es zeigt sich erneut, dass es eine enge Verbindung zwischen Strafzumessung und Verhältnismäßigkeit gibt. Der Richter ist bei der Strafzumessung berufen, die Strafe zu finden, die geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den mit Strafe verfolgten Zweck bzw. die verfolgten Zwecke zu erzielen. Das ist eine hochkomplexe Anforderung, die sich klaren und fixierten Vorgaben entzieht. Immerhin wäre aber schon viel gewonnen, wenn sich die Strafrichter bewusstmachen würden, dass es hier unter anderem um die Frage geht, ob nicht auch eine milder Sanktionierung im konkreten Fall ausreichend wäre, um die verfolgten Zwecke zu erreichen, ganz im Sinne der Erforderlichkeit als Teilaspekt der Verhältnismäßigkeit. Diese Fragestellung droht vollständig aus den Augen zu verlieren, wer hier lediglich auf Schuldausgleich bzw. „Schuldangemessenheit“ abstellt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis von von Arnauld, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Freiheitseingriffe begrenzt und generell im Bereich der Abwehrfunktion der Grundrechte daran zu erinnern ist, dass der staatliche Freiheitseingriff prinzipiell begründungsbedürftig ist, also die Ausnahme darstellt und im Gegensatz dazu die individuelle Freiheit die Regel (S. 281). Das wird im Bereich des Strafrechts allzu oft vergessen, wo es doch gerade hier offensichtlich ist. Denn das beinhaltet auch die Forderung, dass man stets über Möglichkeiten nachdenken muss, die Provokation des Freiheitsgrundrechts durch Strafe möglichst gering zu halten. Dass die gesellschaftliche und kriminalpolitische Stimmungslage in eine andere Richtung zeigt, ist zutreffend, ändert aber nichts am verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt. Ein weiterer für das Strafrecht interessanter Aspekt ist das, was von Arnauld als „Vermeidung apokrypher Abwägungen“ bezeichnet. Damit wendet er sich gegen eine bestimmte Tendenz seitens des Gesetzgebers oder des Rechtsanwenders, einzelne Vorgänge oder Handlungsweisen schon per se und ohne Abwägung dem Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts zu entziehen. Das ist für das Strafrecht insofern relevant, als durchaus die These vertreten wird, wonach Straftaten als per se sozialschädliche Handlungen nicht unter dem Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts fallen. Auf die damit verbundene Gefahr einer Disposition des Gesetzgebers über den Gewährleistungsgehalt von Grundrechten wurde oben bereits hingewiesen. Ganz konkret hat sich das Verfassungsgericht einer vergleichbaren „apokryphen“ Abwägung allerdings selbst bedient, und zwar in seiner Entscheidung zur Frage einer Strafbarkeit von Graffitisprayern. Wenn es richtig ist, dass allein die Tangierung fremder Eigentumspositionen dazu führt, dass Sprayen schon per se dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG entzogen ist, so wird damit

die hinter dieser Wertung steckende Abwägung nicht offengelegt. Von Arnauld wirft zurecht die Frage auf, ob es hier nicht auch unterschiedliche Fallgestaltungen gibt, die dann bei der Abwägung von Kunstfreiheit und Eigentumsgarantie durchaus zu einem anderen Ergebnis führen könnten (S. 268).

Im abschließenden Beitrag des Bandes diskutiert Jestaedt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verhaltensmaß (S. 293 ff.). Er weist in seinem Beitrag zurecht darauf hin, dass die Anforderungen, die das Verfassungsgericht im Lauf seiner Judikatur entwickelt hat, die nachträgliche Kontrolle *ex post* betreffen. Damit ist für den Gesetzgeber aber in vielen Fällen nicht klar, welche Anforderungen für ihn, der sich naturgemäß in der *ex ante* Situation befindet, gelten. Jestaedt konstatiert durchaus kritisch eine Tendenz der stetigen „Verfeinerung, Verdichtung und Vervielfältigung“ der Anforderungen (S. 298). Damit werde die Verfassungsmäßigkeit des jeweiligen Gesetzes für den Gesetzgeber schwer vorhersagbar. Das Strafrecht ist von diesem Problem aber, wie bereits oben erwähnt, kaum betroffen, da eine nachträgliche Kontrolle der Strafgesetze äußerst milde ausfällt und bislang das Verfassungsgericht die Wertungen und Einschätzungen des Gesetzgebers in diesem Bereich in vollem Umfang akzeptiert, nach hier vertretener Auffassung eine durchaus kritikwürdige Haltung. Soweit Jestaedt abschließend noch kritisch vorbringt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz blind sei für die Nöte des politischen Kompromisses, ist das sicher ein gesetzgebungspraktisches und auch politisches Problem. Allerdings ist die Frage, ob es nicht gerade die Aufgabe eines Verfassungsgrundsatzes sein muss, gerade auch bei politischen Kompromissen und „package deals“ (S. 301) für eine wirksame Kontrolle zu sorgen. Das betrifft besonders den Bereich des materiellen Strafrechts, wo komplexe politische Strömungen Entscheidungen des Gesetzgebers beeinflussen und man sich manchmal die rationale Kontrolle seitens eines unabhängigen und starken Verfassungsgerichts regelrecht wünscht.

Der Sammelband enthält eine Fülle von interessanten dogmatischen und rechtstatsächlichen Aspekten rund um den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Es handelt sich um eine für jeden Juristen lohnende Lektüre, auch für diejenigen, die sich vornehmlich oder ausschließlich mit dem Strafrecht befassen. Es ist den Herausgebern hoch anzurechnen, dass sie ganz bewusst auch Vertreter des Zivil- und des Strafrechts in das Projekt eingebunden haben, um dem omnipräsenten Charakter des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung zu tragen. Auch nach Ansicht des Verfassers dieser Rezension wäre es dringend wünschenswert, den Dialog über die Fachsäulen hinweg weiter zu führen, ohne unproduktive Konkurrenzkämpfe und mit großer Offenheit für neue Einsichten auf allen Seiten.