

Teil 3: Legitimation der §§ 265c, 265d StGB

Im Zentrum der hier erfolgenden Auseinandersetzung mit den neu geschaffenen Tatbeständen der §§ 265c, 265d StGB steht die Bewertung ihrer materiellen Legitimation. Diese ist gerade im Strafrecht aufgrund der durch dessen Tatbestände vermittelten Befugnis des Staates zu tiefen Eingriffen in die Rechtspositionen der Bürger von hervorgehobener Bedeutung. Für eine derartige Bewertung unverzichtbar ist eine Befassung mit den allgemeinen und grundlegenden Kennzeichen eines in unserem Rechtssystem als legitim anzusehenden Strafrechts, ohne deren Einbezug als Richtschnur legitimationsbezogene Aussagen über konkrete Strafvorschriften zwangsläufig isoliert und beliebig bleiben. In einem ersten Abschnitt wird daher zunächst unter kritischer Würdigung diesbezüglich vertretener Ansätze ein fundiertes und operationalisierbares Prüfungsprogramm entwickelt (hierzu A.). Entlang der herausgestellten Legitimationskriterien lassen sich die §§ 265c, 265d StGB sodann ausführlich in ihrer Zweckrichtung und Deliktsstruktur analysieren und auf Grundlage der hierbei feststellbaren Übereinstimmung einer belastbaren Legitimationsbewertung zuführen (hierzu B. – D.).

A. Maßstab der Überprüfung

Trotz seiner evidenten Bedeutung existiert kein unumstrittener Maßstab zur legitimationsbezogenen Überprüfung strafrechtlicher Vorschriften, auf den hier ohne weiteres zurückgegriffen werden könnte. Dieser Mangel resultiert nicht zuletzt aus einer uneinheitlichen Beurteilung der Reichweite der gesetzgeberischen Bestimmungskompetenz. Seine demokratische Legitimation verschafft dem Gesetzgeber grundsätzlich eine generelle verfassungsrechtliche Ermächtigung zum Handeln im Gemeinwohlinteresse.⁴⁰⁰ Hiervon umfasst ist auch die Festlegung des Bereichs des Strafbaren nach eigenem Ermessen.⁴⁰¹ Einer hieraus abgeleiteten, allenfalls durch wenige verfassungsrechtliche Garantien gebundenen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers sowohl hinsichtlich der durch Strafbewehrung verfolgten

400 Lagodny Schranken, S. 138.

401 S. BVerfGE 80, 244 (255); 120, 224 (240).

Zwecke als auch hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels lässt sich jedoch die besondere Eingriffstiefe geschaffener strafrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten in die Rechtspositionen der Bürger entgegenhalten, die eine erhöhte Rechtfertigungslast nach sich zöge. In diesem Sinne erfordere die Folgenschwere des Rechtsgebiets die Festsetzung überpositiver Legitimationskriterien, die vom Gesetzgeber zu berücksichtigen seien und übergeordnete Wesensmerkmale des Strafrechts vor politischem Missbrauch sicherten.

Noch bevor jedoch diese Streitfrage um Erforderlichkeit und Gestalt allgemeiner Begrenzungsparameter des gesetzgeberischen Ermessens dargestellt wird, wird zunächst die Grundlage des bei den §§ 265c, 265d StGB konkret ausgeübten Ermessens näher beleuchtet. Führt besondere Rahmenbedingungen der Gesetzgebung oder die Natur ihres Gegenstandes im konkreten Fall bereits zu einer anfänglichen Reduzierung des gesetzgeberischen Ermessens, wäre dies im Rahmen der Ermittlung eines anzulegenden Prüfungsmaßstabes und der anschließenden Legitimationsbewertung zu berücksichtigen.

I. Reduzierung des gesetzgeberischen Handlungsermessens im konkreten Fall

Losgelöst von allgemeinen strafrechtlichen Begrenzungsparametern wurden in die den Gesetzgebungsprozess begleitende Diskussion über die Legitimation einer Kriminalisierung des Match Fixing von Vertretern entgegengesetzter Positionen jeweils dem Strafgesetzgeber gerade in diesem konkreten Fall scheinbar übergeordnete Aspekte eingebracht. Auf der einen Seite wurde auf unter Mitwirkung Deutschlands geschlossene internationale Vereinbarungen rekurriert, die die beteiligten Staaten zu stärkeren Bemühungen im Kampf gegen Spielmanipulationen im Sport verpflichteten. Und die Gegenseite verwies auf die verfassungsrechtlich zugesicherte Autonomie des Sports, die diesen dem Strafrecht schlechterdings entziehe.

Hinter beiden Vorbringen steht zumindest die implizite Andeutung einer entsprechenden Bindung des Strafgesetzgebers. Eine durch internationale Vorgaben ausgelöste Kriminalisierungspflicht deformierte den Erlass der §§ 265c, 265d StGB zu einem schlichten Umsetzungsakt und bedingte eine Verlagerung der Legitimationsprüfung auf die supranationale Ebene mit einer erforderlichen Anpassung des Maßstabes. Und ein den strafrechtlichen Zugriff blockierender verfassungsrechtlicher Schutzbe-

reich nähme die Legitimationsbewertung eines sich hierüber hinwegsetzenden gesetzgeberischen Akts bereits vorweg. Jedenfalls disqualifizierten beide Fälle die §§ 265c, 265d StGB als freie Ermessensentscheidung und verschoben den Fokus ihrer legitimationsbezogenen Überprüfung, weswegen eine tatsächliche Reduzierung des gesetzgeberischen Ermessens in beiden Richtungen zu untersuchen ist.

1. Kriminalisierungspflicht kraft internationaler Vereinbarungen

Das hier überprüfte Gesetz zur Bekämpfung des Match Fixing blickt nicht nur auf einen Vorlauf nationaler legislativer Bemühungen zurück, sondern ist auch in einen Kontext internationaler Absichtsbekundungen eingebettet, die in verschiedenen Empfehlungen und Übereinkommen ihren Ausdruck finden. Vom Europäischen Parlament ging im Frühjahr 2013 die Aufforderung aus, Spielabsprachen und Korruption im Sport mittels verstärkter Präventionsarbeit, Zusammenarbeit zwischen den Staaten und einer treffgenauen Strafgesetzgebung einzudämmen.⁴⁰² Noch im selben Jahr wurde in der abschließenden Erklärung der 5. UNESCO-Weltkonferenz der Sportminister die Manipulation von Sportwettbewerben aufgrund der Beteiligung der transnationalen Organisierten Kriminalität als Gefahr für die Gesellschaft beschrieben und die Bedeutung eines koordinierten Vorgehens der nationalen und internationalen Behörden und Interessensgruppen bei ihrer Bekämpfung hervorgehoben.⁴⁰³ Die Mitgliedstaaten werden dazu aufgerufen, angemessene operative Kapazitäten in den Strafverfolgungs- und Justizbehörden sicherzustellen und auch die Einführung von strafrechtlichen Sanktionen zur unmittelbaren Abschreckung gegen Manipulationen von Sportwettbewerben zu prüfen.⁴⁰⁴ Über einen solchen unverbindlichen und von Deutschland kurz zuvor bereits mit negativem Ergebnis durchgeführten Prüfauftrag⁴⁰⁵ hinaus geht die Formulierung im 2014 folgenden und von Deutschland unterzeichneten Übereinkommen des Europarats über die Manipulation von Sportwettbe-

402 2013/2567 (RSP), Dokument p7_TA(2013)0098.

403 Berliner Erklärung der 5. UNESCO-Weltkonferenz der Sportminister (MINEPS V), S. 2.

404 Berliner Erklärung der 5. UNESCO-Weltkonferenz der Sportminister (MINEPS V), S. 16.

405 S. Reinhart SpuRt 2016, 235 (236 mwN).

werben.⁴⁰⁶ In dessen Art. 15 wird den Vertragsstaaten vorgegeben, die Manipulation von Sportwettbewerben unter Strafe zu stellen, sofern diese mit Nötigung, Korruption oder Betrug im Sinne ihres innerstaatlichen Rechts einhergehe.

Der deutsche Gesetzgeber ist augenscheinlich darum bemüht, die §§ 265c, 265d StGB in Zusammenhang mit diesen staatenübergreifenden Beschlüssen zu stellen und ihre Konformität zu unterstreichen.⁴⁰⁷ Ob ihm allerdings bezüglich der Manipulation von Sportwettbewerben insbesondere durch das Übereinkommen des Europarates eine Kriminalisierungspflicht auferlegt wurde, die sein diesbezügliches Ermessen reduzierte, erscheint fraglich. Enthielte es eine solche, so wäre der deutsche Gesetzgeber ihr freilich vorsorglich nachgekommen, da die für das Inkrafttreten der Konvention erforderliche Anzahl von fünf Ratifizierungen – darunter drei Mitgliedstaaten des Europarates – bis heute nicht erreicht ist.⁴⁰⁸ Gegen einen internationalen Zwang zur Strafausweitung spricht jedoch die in den Regelungen der Konvention und ihrem begleitenden Explanatory Report erkennbare Intention, den Vertragsparteien keine allzu engen Vorgaben zu machen. So wird kein spezieller Straftatbestand verlangt, der sich ausdrücklich auf die Manipulation sportlicher Wettbewerbe bezieht. Auch die in Art. 26 Abs. 3 aufgenommene Regelung zur Rechtshilfe, wonach die für eine gegenseitige Unterstützung erforderliche beiderseitige Strafbarkeit nicht von der gleichen Straftatkategorie oder gleichen Begriffen abhängig gemacht werden soll, solange das gegenständliche Verhalten nach dem Recht beider Staaten eine Straftat ist, lässt eine Offenheit gegenüber unterschiedlichen Kriminalisierungswegen erkennen.⁴⁰⁹

Zwar statuiert die Konvention bei aller Indifferenz hinsichtlich der genauen Umsetzung die Mindestanforderung einer Bestrafung von Manipulationen von Sportwettbewerben. Sie begrenzt sie aber auf deren Überschneidungen mit den Komplexen der Nötigung, des Betrugs und der Korruption und stellt maßgeblich auf die Reichweite der insoweit bestehenden nationalen Vorschriften ab.⁴¹⁰ In den §§ 240, 263 f., 299 StGB verfügt das deutsche Strafrecht über Tatbestände, um willensbeugende und vermögensschädigende Bestandteile einer Manipulation im Sport bzw. kor-

406 Übereinkommen des Europarats über die Manipulation von Sportwettbewerben v. 18.9.2014, SEV Nr. 215.

407 BT-Drs. 18/8831, S. 12.

408 S. die Übersicht zum Ratifikationsstand unter www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/215/signatures?p_auth=R9TQpLrJ.

409 Vgl. Kretschmer FS Rössner, 2015, S. 628 (643).

410 Rübénstahl JR 2017, 264 (266).

ruptives Verhalten im geschäftlichen Verkehr zu ahnden. Ihr Zuschnitt kann im Hinblick auf ein aus der Konvention abgeleitetes, weites Begriffsverständnis der Manipulation eines sportlichen Wettbewerbs für unpassend erachtet werden.⁴¹¹ Durch die Konvention unmittelbar indiziert wäre eine hieraus gefolgerte Anpassungsnotwendigkeit des deutschen Strafrechts aber nicht. Es handelt sich bei der Konvention qualitativ nicht um eine unionsrechtliche Richtlinie oder Verordnung, die einen spezifizierten Umsetzungsakt des nationalen Gesetzgebers verlangt. Aus den zur Legitimierung der Neuregelungen herangezogenen internationalen Empfehlungen und Beschlüssen fließt somit keine völkerrechtlich verbindliche Pflicht zur Schaffung eigenständiger Tatbestände in Form der §§ 265c, 265d StGB. Deren Erlass stellt sich demnach weiterhin als Ausübung eines legislatorischen Ermessens des deutschen Gesetzgebers dar.

2. Kriminalisierungshindernis in Form des grundrechtlichen Schutzbereichs der Autonomie des Sports (Art. 9 GG)

Durch internationale Vorgaben zum Erlass der §§ 265c, 265d StGB nicht verpflichtet, könnte der Gesetzgeber umgekehrt durch die rechtliche Sonderstellung des Sports an der Schaffung von seinen Regelungsbereich betreffenden Strafvorschriften gehindert gewesen sein. Dazu müsste die verfassungsrechtlich begründete Autonomie der Sportverbände einen dem staatlichen Strafrecht prinzipiell entzogenen materiellen Bereich formen oder den Verbänden eine eigenständige formelle Konfliktbewältigung zusichern, die durch einen flankierenden Einsatz des Strafrechts schlechthin entwertet würde.

a) Eingriff in einen materiell strafrechtsfreien Bereich

Anders als in zahlreichen Landesverfassungen⁴¹² wird der Begriff „Sport“ im Grundgesetz nicht erwähnt. Bestrebungen, ihn als Staatszielbestim-

411 So *Kretschmer* FS Rössner, 2015, S. 628 (643), der aufgrund des einseitig auf die Schädigung des Wettanbieters ausgerichteten Betrugstatbestands eine mit der Konvention unvereinbare Fokussierung des deutschen Strafrechts auf durch Sportwetten motivierte Manipulationen konstatiert.

412 Exemplarisch Art. 3c LV Baden-Württemberg; Art. 62a LV Hessen; Art. 32 LV Berlin; Art. 140 LV Bayern.

mung in das Grundgesetz aufzunehmen, blieben bislang erfolglos.⁴¹³ Die verfassungsrechtliche Anknüpfung erfolgt über die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG, die das Recht zur autonomen gesellschaftlichen Selbstorganisation garantiert.⁴¹⁴ Demnach dürfen sich in einer Organisation zusammengeschlossene Mitglieder einen gruppenspezifischen Zweck setzen und diesen in ihrem Bereich auch selbst durchsetzen. Gerade Leistungssportler sind in Sportvereinen und -verbänden organisiert, welche für die Organisation und Durchführung sportlicher Wettkämpfe zuständig sind und diesbezüglich umfangreiche Regelwerke erschaffen und durchsetzen.⁴¹⁵

Um dem Zweck des organisierten Sports, Wettbewerbe auf regionaler, nationaler und internationaler Ebene auszutragen und die dabei erbrachten Leistungen miteinander zu vergleichen, zur Geltung zu verhelfen, müssen ihre regulativen und organisatorischen Bedingungen einheitlich, autoritär und bestandskräftig ausgestaltet und überwacht werden. Dies erfordert auf der Seite der als Träger der Autonomie operierenden Sportverbände eine besondere, monopolistisch-hierarchische Organisationsstruktur, die durch das sog. Ein-Platz-Prinzip umgesetzt wird.⁴¹⁶ Danach ist für jede Sportart nur jeweils ein Weltfachverband vorgesehen, der das entsprechende Regelwerk mit weltweiter Verbindlichkeit festlegt und pro Nation wiederum nur einen nationalen Fachverband anerkennt, den er mit der Durchsetzung des Regelwerks bis zu den Mitgliedsvereinen betraut. Außerdem müssen die Abläufe der Wettbewerbe und ihre Resultate von einer staatlichen Regulierung und Überprüfung, die mit Verzögerungen und nationalen Auslegungsdifferenzen einhergingen, weitgehend abgeschirmt werden.

Folgt aus diesem Art. 9 Abs. 1 GG entnommenen Selbstverständnis- und Selbstbestimmungsrecht des organisierten Sports also eine prinzipielle Einschränkung der Normsetzungsbefugnis des Staates, so kann auch ein zum Schutze des Sports aktiv werdender Strafgesetzgeber an verfassungsrechtli-

413 Vgl. dazu Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (Hrsg.) Sport als Staatsziel im Grundgesetz, WD 10 – 3000 – 069/18.

414 Zur Verbandsautonomie als Teilbereich der Vereinigungsfreiheit und ihrer einfachgesetzlichen Ausgestaltung in den §§ 21 ff. BGB vgl. PHB-SportR/Summerer 3. Kap. Rn. 3 ff.

415 PHB-SportR/Pfister/Fritzweiler Einführung Rn. 12 f.; Weinbuch Sportwettmanipulationen, S. 45 ff.; Grunsky SpuRt 2007, 188 (190).

416 Hierzu ausführlich PHB-SportR/Pfister/Fritzweiler Einführung Rn. 14 ff.; Weinbuch Sportwettmanipulationen, S. 7.

che Grenzen stoßen.⁴¹⁷ Deren mögliche Verletzung drängt sich umso stärker auf, je weiter sich eine Pönalisierung auf den sporttypischen Kernbereich des Wettkampfgeschehens erstreckt.⁴¹⁸ Eine derartige Eingriffsqualität könnte den §§ 265c, 265d StGB insofern zu attestieren sein, als die Vorgabe des Schutzgutes der Integrität des Sports eine strafrechtliche Rezeption spezifischer sportethischer Werte erwarten lässt und das in § 265d StGB enthaltene Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinflussung in „wettbewerbswidriger Weise“ offenbar eine gewisse Akzessorietät zu sportinternen Regelverletzungen herstellt. Die staatliche Erklärung einer Kriminalisierung bestimmter intendierter Manipulationsformen als unerlässlich zur Wahrung eines authentischen Leistungssports vermag mit der Primärkompetenz der Sportverbände hinsichtlich der Definition und Bewertung eines leistungsorientierten und fairen Wettkampfverhaltens durchaus in Konflikt zu geraten.

Allerdings kann die Autonomie der Sportverbände ihrerseits nicht grenzenlos sein. Die aus dem vereinsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht abgeleitete Annahme einer allgemeinen rechts- oder justizfreien Zone rund um den organisierten Sport herum⁴¹⁹ widerspricht bereits den implementierten Schranken der verfassungsrechtlichen Gewährleistungsrechte⁴²⁰ und kann auch angesichts der inzwischen zahlreichen wirtschaftlichen Interessen der am Leistungssport auch beruflich beteiligten Akteure keinen Bestand haben. Die teilweise existenzielle Bedeutung der Beziehung von Sportlern und Unternehmen zu den Sportverbänden verlangt nach einem gewissen staatlichen Rechtsschutz, der auch im Konfliktfall die Verbandsinteressen mit den durch sie tangierten Persönlichkeits- und Vermögensrechten der Betroffenen austariert.⁴²¹ Verbreitet wird gerade in der durch die Sportverbände in Gang gesetzten Kommerzialisierung des Sports und dem durch ihre Begleiterscheinungen ausgelösten Bedürfnis nach rechtlicher Regulierung ein ihre Autonomie zurückdrängender Faktor erblickt.⁴²²

417 U. Steiner NJW 1991, 2729 (2733).

418 Hierzu vgl. PHB-SportR/Pfister/Fritzweiler Einführung Rn. 12 f., 25; eine vergleichbare Eingrenzung eines sportautonomen Kernbereichs findet sich bei U. Steiner Autonomie, S. 31.

419 Hierzu vgl. Nolte Sport und Recht, S. 18.

420 Weinbuch Sportwettmanipulationen, S. 30.

421 PHB-SportR/Pfister/Fritzweiler Einführung Rn. 19.

422 Kubiciel WiJ 2016, 256 (262); Scherrer/Muresan/Ludwig Sportrecht, S. 51 (Stichwort: Autonomie des Sports).

Auch für die Bedingungen eines Einsatzes des Strafrechts im organisierten Sport bleibt diese Entwicklung nicht folgenlos. In ökonomisierten und medial abgebildeten Wettbewerben steigt nicht nur die Gefahr von Versuchen, sich durch manipulative Einflussnahme illegitime Vorteile finanzieller oder immaterieller Art zu sichern.⁴²³ Es verändert sich auch die Dimension ihrer Auswirkung. Zuschauerinteresse, Sponsoring, Erfolgsprämien und der Wettmarkt führen dazu, dass manipulative Verzerrungen über den Bereich der autonom bestimmbaren Sportethik hinausgreifen und fremde Interessenssphären beeinträchtigen können.⁴²⁴ Diese werden im Gesetzentwurf auch benannt, wenn die §§ 265c, 265d StGB in den Dienst einer gesamtgesellschaftlich wertvollen Sozialisationsinstanz sowie des Vermögensschutzes von Sportwettanbietern und weiteren Akteuren gestellt werden.⁴²⁵ Die Intervention in einem sportethisch geprägten Bereich soll gesamtgesellschaftlich notwendig sein, da durch eine negative Vorbildwirkung des Sports Werte vermittelt werden, die den allgemein anerkannten Prinzipien einer redlichen Leistungsgesellschaft widersprechen.⁴²⁶ Trotz der Nähe der Wettbewerbsverzerrung zum Autonomiebereich verbandlicher Selbstbestimmung kann eine gerade auf die Instrumentalisierung der finanziellen und sozialen Begleiterscheinungen des Sports abzielende korruptive Abrede keine prinzipiell verfassungsrechtliche Straffreistellung beanspruchen. Unter der zusätzlichen Voraussetzung der Verhinderung drohender Vermögensschäden bei Dritten erweist sich dann auch die Verknüpfung einer primär von den Verbänden durchzusetzenden Sportregelverletzung mit dem staatlichen Strafrecht als zulässig.⁴²⁷

Ein Mandat des Staates zur Pönalisierung rein sportethischer Interessen ist aus verfassungsrechtlicher wie auch aus strafrechtsdogmatischer Perspektive nicht begründbar.⁴²⁸ Die von §§ 265c, 265d StGB erfassten Verhaltensweisen erscheinen aber nicht nur sportethisch missbilligenswert, sondern auch mit Blick auf die durch sie tangierten Interessen allgemeiner Gültigkeit. Die hinter ihnen stehenden Kriminalisierungserwägungen können daher nicht von vornherein aufgrund der zu respektierenden verfassungsrechtlich abgesicherten Sonderstellung des Sports abgelehnt werden.

423 Kubiciel WiJ 2016, 256 (262).

424 Am Beispiel des Dopings aufzeigend *Momsen-Pflanz* Doping, S. 101 f., 67 ff.

425 BT-Drs. 18/8831, S. 1.

426 *Weinbuch* Sportwettmanipulationen, S. 168 f.

427 Kubiciel WiJ 2016, 256 (262 f.).

428 *Momsen-Pflanz* Doping, S. 101; *Weinbuch* Sportwettmanipulationen, S. 164 f.

Der Gesetzgeber betrat somit keine durch die Autonomie des Sports geformte prinzipiell strafrechtsfreie Verbotszone.

b) Entwertung der zugesicherten Verbandsgerichtsbarkeit und prozessuale Konflikte

Die Verbandsautonomie könnte der vorgenommenen Kriminalisierung jedoch noch auf anderem Wege Hindernisse bereiten. Ausfluss der autonomen Rechtssetzungsfähigkeit der Verbände ist die Einberufung von sportgerichtlichen Gremien, die für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Verbänden und ihren Mitgliedern über ihr durch Satzungen und Ordnungen geregeltes Rechtsverhältnis zuständig sind.⁴²⁹ Unter anderem verfolgen und sanktionieren die Verbandsgerichte die ihnen unterstehenden Sportler, Trainer, Funktionäre und Schiedsrichter wegen der Beteiligung an korruptiven Absprachen einer Wettbewerbsmanipulation.⁴³⁰ Tritt neben das autonom gestaltete verbandsinterne Disziplinarverfahren ein am selben Tatvorwurf anknüpfendes staatliches Strafverfahren, könnte dies prozessuale Widersprüche auslösen, die zur Schwächung der Wirksamkeit der Sportgerichtsbarkeit führen und damit indirekt die verfassungsrechtlich zugesicherte Autonomie beeinträchtigen. Zudem stellt sich mit Blick auf zwei parallel betriebene Verfahren der Sanktionierung die Frage nach der Reichweite des verfassungsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots (Art. 103 Abs. 3 GG). Wäre der Anwendungsbereich des Ne bis in idem-Grundsatzes eröffnet, führte die im Regelfall einer verbandsgerichtlichen Entscheidung zeitlich nachgelagerte strafgerichtlich ausgesprochene Strafe zwangsläufig zu einem Verstoß.

aa) Schwächung der Sportgerichtsbarkeit durch prozessuale Konflikte

Eine mögliche Schwächung der Wirksamkeit der Sportgerichtsbarkeit infolge einer strafrechtlichen Ahndung sportbezogener Sachverhalte wird bereits im Kontext des Dopings diskutiert. Befürchtungen richten sich dabei insbesondere auf Konflikte der in verbandsinternen Dopingverfahren zur Geltung kommenden Beweislastregel der strict liability mit den strafprozessual nun durch die Sportler beanspruchbaren und ins Verbandsver-

429 PHB-SportR/*Summerer* 3. Kap. Rn. 3, 497 ff.

430 Ausführlich zum Ganzen s. Teil 3 C. II. 1. a) bb) (1).

fahren ausstrahlenden Schutzrechten wie der Unschuldsvermutung und dem Aussageverweigerungsrecht.⁴³¹ Auch wenn das Prinzip der strict liability den Verbandsgerichten gerade bei der Bewertung positiver Dopingproben Erleichterungen verschafft und ihm bei korruptiven Manipulationsabreden keine vergleichbare Bedeutung zukommt, könnten auch diesbezüglich gewisse negative Wechselwirkungen aufgrund der unterschiedlichen Zuschnitte der Verfahrensordnungen nicht auszuschließen sein. Das strafprozessuale Schweigerecht des Beschuldigten könnte die zur verbandsinternen Sachverhaltsaufklärung vorgesehene Mitwirkungspflicht des Sportakteurs faktisch aushebeln. Zudem könnten die Verbandsgerichte ihren Vorteil einer schnellen Entscheidungsverkündung einbüßen, wenn sie künftig die entsprechende strafgerichtliche Befassung abwarteten, um von hierbei präsentierten Ermittlungserkenntnissen zu profitieren und das eigene Haftungsrisiko infolge einer divergierenden Entscheidung zu minimieren.⁴³²

Diese Bedenken lassen sich bisher allerdings nicht auf Beobachtungen der Verbandsgerichtspraxis stützen und erscheinen in ihrer Prognose als unrealistisch. Die verbandsintern betriebene Aufklärung eines manipulationsbezogenen Sachverhalts wurde von parallel durchgeführten Strafverfahren wegen Betrugs und dem hierbei etablierten Informationsaustausch zwischen Verbandsgremien und Ermittlungsbehörden bisher eher gefördert.⁴³³ So stützte die UEFA die Verhängung langjähriger Sperren in zwei Fällen maßgeblich auf ihr zur Verfügung gestellte polizeiliche Ermittlungserkenntnisse.⁴³⁴ Die vor dem Hintergrund der Verbandsautonomie erst einmal überraschende Unterstützung des Gesetzentwurfs durch große

431 S. die Einschätzung des damaligen Vorstandsvorsitzenden des DOSB *Michael Vesper*, DOSB-Presse vom 17.6.2013, S. 4, https://cdn.dosb.de/alter_Datenbestand/fm-dosb/downloads/DOSB-Presse/2013/2013-25-DOSB-Presse.pdf; zu den wechselseitigen problematischen Folgen dieses Unterschiedes auch *Lutz HRRS* 2016, 21 (26 f.); *Kudlich* JA 2007, 90 (95); *Jahn* SpuRt 2005, 141 (146); *Dury* SpuRt 2005, 137 (140); die Sorgen hingegen nicht teilend *Haug/Martin* Causa Sport 2014, 345 (349); *Hauptmann/Rübenstahl* HRRS 2007, 143 (149).

432 Vgl. *Wohlers*, in: Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), Fragenkatalog zum Expertentreffen, S. 69.

433 Dies vermuten *Haug/Martin* Causa Sport 2014, 345 (351) auch für den Bereich des Dopings.

434 Näher hierzu s. unten Teil 3 C. II. 1. a) bb) (3) (α).

deutsche Sportverbände⁴³⁵ erklärt sich zu einem gewissen Teil wohl auch mit erhofften Vorteilen für die eigenen Disziplinarverfahren.

Für eine bewusste Verzögerung der verbandsrechtlichen Verfahren bis zum strafgerichtlichen Urteil lieferten jedenfalls die beiden jüngsten Fußball-Manipulationsskandale keinerlei Anhaltspunkte. Eine solche steht auch nicht zu befürchten, da der hierfür vorgebrachte Verweis auf die intendierte Vermeidung abweichender Entscheidungen haltlos ist. Führt ein manipulationsbezogenes, sportwidriges Verhalten zu einer verbandsinternen Sanktion und einem strafgerichtlichen Freispruch, äußert sich in dieser Divergenz oftmals lediglich die unterschiedliche Fassung der jeweils kompetenzrechtlich legitimen Tatbestände bzw. Verfahrensordnungen. Die von den Verbandsgremien abschließend getroffene Entscheidung unterliegt keiner Bindung und begründet auch keine Haftung des Verbandes, solange sie nach dessen Verfahrensregeln rechtmäßig ergeht.⁴³⁶ Diese Trennung führt auch in anderen Bereichen wie zum Beispiel dem Beamtenrecht oder dem anwaltlichen Berufsrecht zu einem zulässigen und funktionierenden Nebeneinander von intern durchgesetzten standesrechtlichen Disziplinarordnungen und berufsspezifischen Straftatbeständen (§§ 331 ff. bzw. § 356 StGB).⁴³⁷ Eine Schwächung der Sportgerichtsbarkeit ist demnach schon faktisch kaum zu erwarten. Jedenfalls kann sich aus den vorgebrachten Bedenken kein Hindernis einer Kriminalisierung ergeben.

bb) Zwangsläufiger Verstoß gegen den Grundsatz der Doppelbestrafung

Nach Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrfach bestraft werden. Das Verbot soll dabei nicht nur eine mehrfache Bestrafung verhindern, sondern in Form des prozessrechtlichen Instituts des Verbrauchs der Strafklage bereits einer wiederholten Verfolgung der Tat im Wege stehen.⁴³⁸ Der Grundsatz bean-

435 S. die gemeinsame Stellungnahme von Deutschem Olympischen Sportbund (DOSB), Deutschem Fußballbund (DFB) und Deutscher Fußballliga (DFL) zum Entwurf BT-Drs. 18/8831 vom 15.1.2016, S. 2.

436 *Adolphsen* Wer die Musik bezahlt, bestimmt die Melodie, Legal Tribune Online vom 22.5.2015, www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-regierungsentwurf-anti-doping-gesetz-schiedsgerichte; *Mühlbauer*, in: Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), Fragenkatalog zum Expertentreffen, S. 70.

437 *Saliger*, in: Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), Fragenkatalog zum Expertentreffen, S. 70.

438 *Sachs/Degenhart* GG Art. 103 Rn. 79.

spricht auch innerhalb verbandsinterner Verfahren trotz deren Nähe zum Zivilrecht Geltung und führt zur Unwirksamkeit der Sanktionierung eines Sportlers durch den Weltverband, wenn dessen Verhalten bereits durch den nationalen Verband geahndet wurde.⁴³⁹ Sollte er nun auch auf das Verhältnis von Verbandssanktion und Kriminalstrafe Anwendung finden, könnte eine ergangene verbandsrechtliche Sanktionierung einen Strafkla-geverbrauch nach sich ziehen und bereits die Einleitung eines strafrechtli-chen Ermittlungsverfahrens blockieren. Eine Kriminalisierung wäre dem Einwand der prinzipiellen Wirkungslosigkeit ausgesetzt.

Eine solch extensive Auslegung mag sich auf die mitunter durchaus be-trächtliche Eingriffsintensität der verbandsinternen Sanktion stützen, die sie in ihrer für den betroffenen Sportakteur spürbaren Wirkung einer straf-rechtlichen Verurteilung mitunter gleichsetzt.⁴⁴⁰ Sie stößt allerdings an die Grenze des klaren Wortlauts des Art. 103 Abs. 3 GG, der explizit eine Be-strafung „auf Grund der allgemeinen Strafgesetze“ verlangt. Diese erfassen aber nur das Kriminalstrafrecht und schließen privat- oder berufsrechtlich begründete Disziplinarstrafen aus.⁴⁴¹ Andernfalls würde auch das vom Ver-fassungsgeber intendierte Nebeneinander von Kriminalstrafen und Diszi-plinarrecht ausgehebelt.⁴⁴² Wird nun vereinzelt im Begriff der „allgemei-nen Strafgesetze“ eine bloße Tautologie ohne materielle Bedeutung gese-hen und auch unter Verweis auf wesentliche Unterschiede zwischen der Sportgerichtsbarkeit und der Disziplinargerichtsbarkeit bzw. der Standes-gerichtsbarkeit der freien Berufe eine direkte oder zumindest analoge An-wendung des Doppelbestrafungsverbot auf das Verhältnis von Sportver-bands- und Kriminalstrafe erwogen,⁴⁴³ so überzeugt das letztlich nicht. Gegen eine Tautologie spricht die gezielte Ausgrenzung des Disziplinar-rechts. Eine analoge Anwendung hingegen würde die unterschiedlichen Intentionen der Sanktionsformen und Regelungsmaterien verkennen. Denn während die sportverbandsrechtliche Sanktion im Dienste des auto-nom gesetzten Verbandszweckes steht und ein regelkonformes Verhalten der eigenen Mitglieder gewährleisten will, geht es der Kriminalstrafe grundsätzlich um den Schutz eines „sozialethischen Minimums“.

Gerade weil sich der staatliche Strafanspruch aus dem Interesse der Rechtsgemeinschaft ableitet, muss er unabhängig von den lediglich den

439 Hilpert Fußballstrafrecht, S. 87; Reschke SpuRt 2001, 183 (184).

440 Vgl. hierzu unter Teil 3 C. II. 1. a) bb) (2).

441 Sachs/Degenhart GG Art. 103 Rn. 80.

442 Dazu BVerfGE 21, 378 (383 f.).

443 Reinhart SpuRt 2001, 45 (46).

Partikularinteressen des Sports verpflichteten Verbandsgerichten bestehen. Die Geltung des Doppelbestrafungsverbots und die Annahme eines Prozesshindernisses begründeten aber gerade die Gefahr, die Ahndung von Straftaten faktisch privaten Verbänden zu überlassen.⁴⁴⁴ Aus grammatischen und teleologischen Gründen ist eine Ausdehnung des Ne bis in idem-Grundsatzes somit abzulehnen.⁴⁴⁵ Kriminalstrafe und verbandsrechtliche Sanktion sind nebeneinander zulässig, wobei die jeweilige Wirkung einer bereits verhängten Sanktion bei der Bestimmung der folgenden im Einzelfall wechselseitig Berücksichtigung finden kann.⁴⁴⁶ Auch aus Art. 103 Abs. 3 GG folgt demnach keine den Gesetzgeber beschränkende Ermessensreduzierung.

3. Zwischenergebnis

Die vorstehenden Aspekte verdeutlichen das Spannungsfeld, auf dem die legislatorische Entscheidung zu Gunsten der §§ 265c, 265d StGB letztlich getroffen wurde. Einerseits drängte ein internationaler Konsens zu einer einheitlichen Bekämpfung des Match Fixing unter Einschluss gezielter strafrechtlicher Mittel. Andererseits drohte deren Implementierung durch den deutschen Gesetzgeber mit der verfassungsrechtlich verbürgten Autonomie des Sports und ihren prozessualen Ableitungen in Konflikt zu geraten. Mögen sie auch in unterschiedlichem Umfang und bipolarer Weise Einfluss auf den Gesetzgeber genommen haben, vermochten es weder zwischenstaatliche Vorgaben noch die verfassungsrechtlichen Garantien, allein aus sich heraus dessen Entschließungsermessen einseitig zu reduzieren. Aus völkerrechtlicher Verpflichtung erwuchs ebenso wenig ein Kriminalisierungszwang wie aus der verfassungsrechtlichen Sonderstellung des organisierten Sports ein strafrechtliches Interventionsverbot. Die angedeuteten Ausprägungen der Autonomie des Sports sind jedoch an späterer Stelle der Legitimationsprüfung noch einmal ausführlicher aufzugreifen.

444 *Fahl* SpuRt 2001, 181 f.; *Weinbuch* Sportwettmanipulationen, S. 57.

445 So auch die hM s. *Hilpert* Fußballstrafrecht, S. 88; *Fahl* SpuRt 2001, 181 f.; *U. Steiner* Autonomie, S. 18; *Hauptmann/Rübenstahl* HRRS 2007, 143 (151); *Lutz* HRRS 2016, 21 (27).

446 Etwa über § 46 Abs. 2 StGB; vgl. hierzu *Lutz* HRRS 2016, 21 (27); *Dury* FS Röhricht, 2005, S. 1097 (1110).

II. Allgemeine strafrechtsbezogene Begrenzungskonzepte

Der Erlass der §§ 265c, 265d StGB ist somit Ausfluss eines grundsätzlich ungebundenen Entschließungsermessens des Gesetzgebers. Die Klärung der Legitimität der gesetzgeberischen Entscheidung wird nicht bereits durch deren Rahmenbedingungen vorweggenommen, sondern kann sich nur nach einem allgemeinen strafrechtlichen Prüfungsmaßstab richten. Wie bereits angedeutet entzweit sich dessen Herausbildung an der Frage nach der Reichweite einer Begrenzung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative und deren Ableitung. Während eine Gruppe von Begrenzungskonzepten die für maßgeblich erachteten Legitimationskriterien aus dem Strafrecht selbst heraus zu formen versucht, richten andere den Blick diesbezüglich ausschließlich oder zumindest überwiegend auf das Verfassungsrecht. Die unterschiedlichen Ansätze werden im folgenden Kapitel dargestellt. Unter kritischer Würdigung ihrer Konzeptionen werden letztlich fundierte und operationalisierbare Anforderungen an eine legitime Strafnorm benannt, die die Grundlage der im Anschluss erfolgenden Überprüfung der §§ 265c, 265d StGB bilden.

1. Strafrechtsimmanent fundierte Begrenzungskonzepte

Strafrechtsimmanente Begrenzungskonzepte eint der Versuch, die Legitimation strafgesetzgeberischer Kriminalisierungsentscheidungen nach der Einhaltung von Vorgaben zu bewerten, die weitgehend autark aus der Aufgabe des Strafrechts bzw. seiner Funktion im Rechtssystem heraus entwickelt werden. Auf eine lange Tradition und vielfältige wissenschaftliche Rezeption blickt dabei insbesondere die Rechtsgutslehre, die in ihrer systemkritischen Ausprägung die Existenz eines schützenswerten Rechtsguts zum ausschlaggebenden Legitimationskriterium eines jeden strafrechtlichen Tatbestands erhebt. Teilweise hierauf aufbauend, teilweise isoliert haben sich daneben weitere Ansätze herausgebildet, deren strafrechtsbegrenzendes Potenzial sich über im wesentlichen strafrechtsimmanent begründete Forderungen nach einem fragmentarischen Einsatz des Strafrechts, nach einer Wahrung dessen Charakters als ultima ratio des staatlichen Instrumentariums sozialer Kontrolle oder nach Strafwürdigkeit und Strafbefürftigkeit einer Verhaltensweise entfalten soll. Inwiefern sich diese Ansätze als allgemeiner Prüfungsmaßstab für die Legitimation von Straftatbeständen eignen, wird durch die jeweilige Darstellung und kritische Würdigung ihrer Annahmen erörtert.

a) Rechtsgutslehre

aa) Darstellung

Der Begriff des Rechtsguts zählt zu den schillerndsten in der Strafrechtswissenschaft, was nicht zuletzt an seiner uneinheitlichen Verwendung und den verschiedenen ihm zugeschriebenen Funktionen liegt. Noch außerhalb der Kontroverse steht ein Begriffsverständnis, wonach das Rechtsgut zunächst den Schutzgegenstand einer bestehenden Strafnorm bezeichnet und zu deren gesetzessystematischer Einordnung und Auslegung in Zweifelsfällen beitragen kann.⁴⁴⁷ Schon ein solches Rechtsgutsverständnis kommt zwar nicht ohne die Überprüfung von Straftatbeständen auf einen existenten Schutzgegenstand aus. Es bleibt jedoch insofern systemimmanent, als es die Strafnorm als gesetzgeberische Entscheidung hinnimmt und Rechtsguterwägungen allenfalls bezüglich ihrer formalen Stellung oder einzelfallorientierten Anwendung anstellt. Ein strafrechtskritisches Begrenzungskonzept transportiert ein so verstandener Rechtsgutsbegriff hingegen nicht.

Vertreter des systemkritischen Ansatzes sehen hingegen gerade im Begriff des Rechtsguts das Potenzial, einen externen, den Strafgesetzgeber bindenden Maßstab zu bilden und inhaltliche Anforderungen an die Legitimität von Straftatbeständen zu formulieren.⁴⁴⁸ An eine liberale Strafrechtstradition anknüpfend⁴⁴⁹ ist ihnen zufolge ein strafrechtliches Verbot oder Gebot nur dann gerechtfertigt, wenn es ein menschliches oder gesellschaftliches Interesse schützt, welches die Qualität eines strafrechtlichen Rechtsguts hat.⁴⁵⁰ Die Rechtsgüter sollen dabei nicht durch den Gesetzgeber geschaffen werden können, sondern anhand vorpositiver, dem Gesetzgeber vorgelagerter Güter konstituiert werden.

Unter den Stimmen, die sich grundsätzlich auf die Leistungsfähigkeit des Rechtsguts in einer strafrechtsbegrenzenden Funktion verständigen, lassen sich wiederum zahlreiche, in der konkreten Konzeption voneinander abweichende Ansätze ausmachen. Sie unterscheiden sich im Wesentlichen in der vorgenommenen Begriffsbestimmung, in der Einschätzung

447 Kudlich ZStW 127 (2015), 635 (637 f.); Jescheck/Weigend Strafrecht AT, S. 157 f.

448 Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 7 ff.; SK-StGB/Jäger Vor § 1 Rn. 8 ff.; NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 115; Amelung Rechtsgüterschutz, S. 340.

449 Jäger Rechtsgüterschutz, S. 122 f.; Otto, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik, 1971, S. 1 (14).

450 NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 115.

der Schutzwürdigkeit verschiedener Rechtsgutsformen sowie in der Bewertung der Verbindlichkeit des Rechtsgutskriteriums. Hinsichtlich des materialen Gehalts des Rechtsgutsbegriffs werden Versuche unternommen, den Kreis strafrechtlich schützenswerter Rechtsgüter mittels einer allgemeingültigen Definition positiv einzugrenzen. Danach sind Rechtsgüter etwa Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem Einzelnen in seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.⁴⁵¹ Andere stehen solchen begrifflichen Festlegungen skeptisch gegenüber, benennen jedoch Materialisierungskriterien für ein Rechtsgut, anhand derer sich zumindest eine Negativkontrolle durchführen lässt und konkrete Schutzinteressen auf ihre Rechtsgutsqualität hin überprüft werden können.⁴⁵²

Differenzen betreffen ferner den Umfang der Einbeziehung kollektiver Rechtsgüter, die Interessen der Allgemeinheit zum Gegenstand haben, in den strafrechtlichen Schutzbereich. Während die sog. dualistischen Rechtsgutslehren ein gleichberechtigtes Nebeneinander individueller und kollektiver Rechtsgüter vertreten,⁴⁵³ erblicken die sog. monistischen Ansätze zwischen den beiden Rechtsgutstypen gegenseitige Hierarchie- und Ableitungsverhältnisse. Deren genaue Form ist wiederum umstritten. Einige Stimmen gehen von einem Primat der Universalrechtsgüter aus, aus welchem die Individualgüter abgeleitet bzw. zugeteilt würden.⁴⁵⁴ Sie sehen somit kein erhöhtes Legitimationsbedürfnis des strafrechtlichen Schutzes kollektiver Rechtsgüter. Die sog. personale Rechtsgutslehre setzt ihre Prämissen gestützt auf eine liberale Staatskonzeption gerade umgekehrt. Ihr zufolge sind die Interessen der Allgemeinheit von den Interessen der Person her zu funktionalisieren und kollektive Rechtsgüter nur anzuerkennen, sofern sie wenigstens vermittelt auch Interessen von natürlichen Personen sind.⁴⁵⁵ Dieses Vermittlungsverhältnis zu einem betroffenen Indivi-

451 *Roxin/Greco* Strafrecht AT I § 2 Rn. 7; eine ähnliche Definition schlägt SK-StGB/Jäger Vor § 1 Rn. 16 vor, der unter Rechtsgütern für unsere verfassungsgemäße Gesellschaft und damit auch für die verfassungsmäßige Stellung des Einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheiten versteht.

452 NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 145; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter, S. 23 ff.; konkret hierzu sogleich Teil 3 A. II. 1. a) cc).

453 Als Vertreter einer dualistischen Rechtsgutskonzeption gilt u.a. *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen, S. 119.

454 *Hohmann* Umweltdelikte, S. 61; *Weigend* ZStW 98 (1986), 44 ff.; *Maurach/Zipf* Strafrecht AT/1 § 19 Rn 8.

455 *Lüderssen* ZStW 107 (1995), 877 (899).

dualinteresse müsse bei jeder auf einem kollektiven Rechtsgut beruhenden Vorschrift sorgfältig dargelegt werden und wirke sich auf deren Legitimität und Deliktsstruktur aus.⁴⁵⁶

Schließlich lassen sich Abstufungen hinsichtlich der propagierten Verbindlichkeit des systemkritischen Rechtsgutsbegriffs konstatieren. Einige sehen in ihm einen verbindlichen Maßstab, der die Kraft besitzt, Straftatbestände gegen den Willen des Gesetzgebers zu delegitimieren.⁴⁵⁷ Andere beschränken seine kritische Wirkmacht auf die Rolle eines kriminalpolitischen Argumentationstopos, das mindestens bei der Bewertung von strafrechtlichen Gesetzesvorhaben Berücksichtigung verdient.⁴⁵⁸

bb) Kritik

Die spezifischen Einwände gegen die einzelnen Spielarten ausgeklammert, sieht sich bereits der grundsätzliche Anspruch der systemkritischen Rechtslehre mit einer vielstimmigen Kritik konfrontiert. Vielfach setzt diese an der ungenügenden Konturierung des Rechtsgutsbegriffs an. Solange keine Einigkeit über dessen genauen Gehalt bestehe, könne er auch keine limitierende Funktion erfüllen.⁴⁵⁹ Die bisherigen Definitionsversuche ermöglichten gerade in den umstrittenen Grenzfällen keine klare Zuordnung,⁴⁶⁰ changierten zwischen Vagheit und Selektivität⁴⁶¹ und stünden – soweit sie dynamisch Bezug auf Gesellschaftsstrukturen und -modelle zu nehmen versuchten – in Abhängigkeit einer allgemeinen Gesellschaftstheorie, die noch nicht überzeugend begründet worden sei.⁴⁶²

456 Vgl. NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 137; krit. Hefendehl Kollektive Rechtsgüter, S. 62 ff., 80 ff., der die Rückbezüglichkeit eines jeden Rechtsguts auf personale Interessen anzweifelt und daher die dualistische Rechtsgutskonzeption im Kern für überzeugend hält, wenngleich er sie durch eine – auch für Legitimitätsfragen beachtliche – Differenzierung kollektiver Rechtsgüter in solche mit unmittelbarem Verwirklichungspotenzial für das Individuum und solche, die lediglich den Schutz kollektiver Rahmenbedingungen bezwecken, praxisiert.

457 Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 92 ff.

458 So wohl NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 146.

459 Stuckenberg GA 2011, 653 (656 f.); Wohlers GA 2002, 15 (16 f.).

460 Frisch, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 215 (216); Hefendehl GA 2002, 21 (22).

461 Hefendehl Kollektive Rechtsgüter, S. 21; NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 144.

462 Appel Verfassung und Strafe, S. 345 f., 367 f.

Die Entwicklung eines verbindlichen Maßstabes aus vorpositiven Gegebenheiten gerate zudem in Konflikt mit den Befugnissen des Gesetzgebers, als demokratisch legitimierte Instanz weitgehend frei und selbstständig darüber zu befinden, welche Verhaltensweisen unter Strafe gestellt gehörten. Sofern die Rechtsgutslehre diese Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht anerkenne, ihn gar aus einem grundlegenden Misstrauen heraus über Vorgaben zu bändigen versuche,⁴⁶³ trage sie ein Demokratiedefizit mit sich.⁴⁶⁴ Dies wiege umso schwerer, als es an einer verfassungsrechtlichen Fundierung der Vorgaben der Rechtsgutslehre fehle. Sie seien in der Strafrechtswissenschaft weitgehend eigenständig und ohne Anbindung an verfassungsrechtliche Wertungen entwickelt worden. Schon aus diesem Grund könne ihnen keine Verbindlichkeit zukommen.⁴⁶⁵ Der Gesetzgeber sei allein der Verfassung unterworfen, aus der heraus eine systemkritische Rechtsgutslehre bisher nicht überzeugend begründet worden sei und aufgrund systemischer Unvereinbarkeit von materiellem Strafrecht und Verfassungsrecht wohl auch nicht begründet werden könne.⁴⁶⁶

Schließlich wird gerade mit Blick auf jüngere Tendenzen der Strafgesetzgebung auf die Ambivalenz des Rechtsgutsbegriffs hingewiesen. Dieser habe nicht nur limitierende Wirkung, sondern könne im Gegenteil gerade auch zur Rechtfertigung der in den vergangenen Jahren zu konstatierenden Ausdehnung strafrechtlicher Interventionen in das Vorfeld tatsächlicher Beeinträchtigungen herangezogen werden.⁴⁶⁷ Eine Überhöhung des Rechtsguts als zentrale Legitimationsvoraussetzung einer Pönalisierung berge die Gefahr, über die Bildung mediatisierter Rechtsgüter und einen dadurch ausgelösten Schutzreflex Kriminalisierungstendenzen zu begünstigen.⁴⁶⁸ Beispielhaft hierfür stünden die abstrakten Gefährdungsdelikte, die sich zumeist problemlos auf ein schutzwürdiges Rechtsgut zurückfüh-

463 Dieses Misstrauen als Motiv der strafrechtsimmanenten Begrenzungskonzepte diagnostiziert *Appel* Verfassung und Strafe, S. 48.

464 *Stuckenberg* GA 2011, 653 (658); s. auch den Diskussionsbeitrag des damaligen Bundesjustizministers *Heiko Maas* auf der 35. Tagung der Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer 2015 in Augsburg, ZStW 127 (2015), 691.

465 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 48 ff., 354 f.; *Lagodny* Schranken, S. 163, 425 f.

466 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 357 ff.; *Lagodny* Schranken, S. 145 ff, 424 ff.

467 *Frisch* FS Stree/Wessels, 1993, S. 69 (71 ff.); *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 65 (72); *Jakobs* ZStW 97 (1985), 751 (752 ff.).

468 *Hassemer* ZRP 1992, 378 (380); *Jakobs* ZStW 97 (1985), 751 (752 f.).

ren ließen.⁴⁶⁹ Bei einer zu starken Fokussierung auf das Rechtsgut drohten weitere begrenzungsstaugliche Kriterien in Vergessenheit zu geraten.⁴⁷⁰

cc) Wertung

Hinsichtlich der geäußerten Einwände an einer systemkritischen Rechtslehre ist zu differenzieren. Während es manchen an Überzeugungskraft fehlt, erscheinen andere als berechtigt und sind auch von Vertretern der Rechtsgutslehre aufgegriffen worden. Allerdings erzwingen sie keine gänzliche Verwerfung eines gesetzgebungskritischen Ansatzes, sondern veranlassen eher zu dessen Anpassung und Neuausrichtung, die teilweise bereits vielversprechend geleistet wurden.

Die Ablehnung eines gänzlich ungebundenen Strafgesetzgebers, verbunden mit dem Versuch, transparente Kriterien einer Kontrolle gesetzgeberischer Entscheidungen zu entwickeln, begründet nicht automatisch einen Demokratieverstöß. Vielmehr basiert die Rechtsgutslehre gerade auf einer Form des demokratischen Austauschs, indem sie den gesellschaftlichen Diskurs über die Vernünftigkeit und Legitimität staatlicher Maßnahmen integriert und fördert.⁴⁷¹ Darüber hinaus negiert die Rechtsgutslehre auch keinesfalls jede Form eines Einschätzungs- und Ermessensspielraums des Gesetzgebers. Sie verpflichtet den Gesetzgeber gerade nicht zum Erlass von Strafnormen. Die Entscheidung darüber, ein identifiziertes Rechtsgut durch strafrechtliche Mittel oder andere rechtliche oder sozialpolitische Regelungen zu schützen, verbleibt in seinem Ermessen.⁴⁷²

Die vereinzelte Verwendung von Rechtsguterwägungen zur Unterstützung erweiternder Vorfeldkriminalisierungen kann nicht gegen die grundlegende, systemkritische Intention der Rechtsgutslehre angeführt werden. Gleichwohl enthält sie eine Mahnung in zweifacher Hinsicht. Der Gehalt des Rechtsgutsbegriffs ist über Definitionsmerkmale oder Materialisierungskriterien möglichst präzise freizulegen, um einer leichtfertigen Eti-

469 Vogel StV 1996, 110 (114); Roxin FS Hassemer, 2010, S. 573 (589).

470 Frisch, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 215 (222).

471 NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 119a; s. auch den Diskussionsbeitrag von Neumann auf der 35. Tagung der Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer 2015 in Augsburg, ZStW 127 (2015), 691.

472 Roxin FS Hassemer, 2010, S. 573 (584); ders. StV 2009, 544 (546).

kettierung sämtlicher Interessen als Rechtsgut vorzubeugen.⁴⁷³ Und selbst dann darf die Leistungsfähigkeit der Rechtsgutslehre nicht überschätzt werden. Die straflegislatorischen Tendenzen lassen es sinnvoll erscheinen, das Rechtsgut als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung einer legitimen Strafnorm zu sehen.⁴⁷⁴ Überlegungen zum geschützten Rechtsgut mögen den Ausgangspunkt einer Überprüfung bilden, sind aber durch weitere selbstständige Begrenzungsparameter bzw. Analyse-Topoi zu ergänzen.⁴⁷⁵

Der Einwand der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit eines freischwebend entwickelten, vorpositiven Rechtsgutsbegriffs hat zu verschiedenen Versuchen geführt, die Rechtsgutslehre stärker verfassungsrechtlich anzubinden. Hierbei lassen sich vereinfacht zwei Ansätze unterscheiden: Während der erste an einer positiven Definition festhält und das Rechtsgutskonzept einheitlich als ungeschriebenes Prinzip des Verfassungsrechts in selbiges einbetten möchte, bemüht sich der zweite darum, bereits den Begriff des Rechtsguts über die Verfassung zu konstituieren bzw. zu materialisieren.

Vertreter des ersten Ansatzes verweisen auf die gemeinsame ideengeschichtliche Grundlage von Rechtsgutslehre und Grundgesetz. Der systemkritische Rechtsgutsbegriff sei aus den staatsphilosophischen Gedanken der Aufklärung abzuleiten, die wiederum das Grundgesetz stark geprägt hätten und in dieses inkorporiert worden seien.⁴⁷⁶ Insbesondere die aufklärerischen Überlegungen zum Staatsvertrag werden dabei als wichtige Quelle ausgemacht, da aus ihnen hervorgehe, dass die Bürger dem Staat die Staatsgewalt nur insoweit übertragen, als es zur Sicherung eines friedlichen und freien Zusammenlebens notwendig ist.⁴⁷⁷ Ob diese historische Bezugnahme allerdings ausreicht, um dem Rechtsgutsbegriff den Status eines ungeschriebenen Prinzips des positiv geltenden Verfassungsrechts zuzuweisen, erscheint zweifelhaft. Die tatsächliche Umsetzung aufklärerischer Prinzipien durch das Grundgesetz müsste konkreter nachgezeichnet

473 Vgl. *Stächelin* Strafgesetzgebung, S. 44; *Puschke* Vorbereitungstatbestände, S. 123.

474 NK-StGB/Hassemmer/Neumann Vor § 1 Rn. 147; *Stächelin* Strafgesetzgebung, S. 55 ff.

475 *Wohlers*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 281 (282); *Hefendehl* GA 2007, 1 (2).

476 *Roxin* StV 2009, 544 (545).

477 *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 133 (137 ff.); *Roxin* FS Hassemmer, 2010, S. 573 (578).

werden.⁴⁷⁸ Auch die aufgezeigte Verbindungslinie zum Sozialkontrakt ist angesichts der Vielfalt der sich rund um das Gedankengebilde eines Gesellschaftsvertrages geformten Konzeptionen zu unspezifisch.⁴⁷⁹

Erfolgversprechender erscheint der zweite Ansatz, dem es weniger um die verfassungsrechtliche Anknüpfung einer bereits ausgeformten Rechtslehre geht als vielmehr um eine Konstituierung des Rechtsgutsbegriffs selbst durch der Verfassung entnommene Kriterien. Zwar ließe sich auch der Verfassung und ihrer Konkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht kein positiver Rechtsgutsbegriff entnehmen.⁴⁸⁰ Doch enthalte sie Mindestanforderungen an legitime Strafnormen und ermögliche dadurch eine Materialisierung des Rechtsgutsbegriffs „von unten“.⁴⁸¹ Diese beginne mit dem Charakter des Strafrechts als Schutzrecht in klarer Abgrenzung zu einer verfassungswidrigen Ausrichtung am Pflichtverletzungsgedanken.⁴⁸² Aus dieser Aufgabenbestimmung ergebe sich das Erfordernis, das Rechtsgut nicht lediglich als ideellen Wert zu verstehen, der einer kausalen Verletzung entrückt ist.⁴⁸³ Hierzu müsse ein als Rechtsgut in Betracht kommender Belang zunächst präzise beschrieben werden und dürfe sich nicht in ungreifbarer Abstraktheit verlieren.⁴⁸⁴ Der zentrale grundrechtliche Schutz von Menschenwürde und Privat- bzw. Intimsphäre erfordere weiterhin eine klare Abgrenzung des strafrechtlich schützenswerten Rechtsguts von reiner Unmoral.⁴⁸⁵ Ferner müsse das Rechtsgut stets vom Handlungsobjekt eines Tatbestandes unterschieden werden.⁴⁸⁶ Die personale Ausgestaltung der Staatsverfassung verlange schließlich zumindest eine Rückführbarkeit strafrechtlich schützenswerter Belange auf die Interessen des einzelnen Menschen.⁴⁸⁷

478 Greco Strafrecht, S. 316 ff.; Engländer ZStW 127 (2015), 616 (629 f.).

479 Engländer ZStW 127 (2015), 616 (622 f.).

480 Hefendehl Kollektive Rechtsgüter, S. 42 ff.

481 Hefendehl Kollektive Rechtsgüter, S. 22 ff.; NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 145.

482 NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 112; Hefendehl GA 2002, 21 (23).

483 Hefendehl GA 2002, 21 (23).

484 Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 45f ff.

485 Amelung Rechtsgüterschutz, S. 320; Hefendehl Kollektive Rechtsgüter, S. 51.

486 Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 65 ff.

487 Inwieweit dies zur Aberkennung bestimmter kollektiver Rechtsgüter führen muss (so NK-StGB/Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 132 ff.) oder auch in dualistischen Rechtsgutskonzeptionen hinreichend berücksichtigt werden kann (vgl. Hefendehl GA 2002, 21 [24]; ders., GS Weßlau, 2016, S. 577 [585 ff.], dessen Ansatz einer sozialen Rechtsgutstheorie jedoch nicht uneingeschränkt den dualisti-

Durch die Aufgabe des Anspruchs, den Kreis schutzwürdiger Rechtsgüter abschließend zu bestimmen, entgeht ein derart konzipierter Ansatz der Kritik an Versuchen allgemeingültiger Rechtsgutsdefinitionen, ohne dabei sein kritisches Potenzial preiszugeben. Wenngleich er bewusst offen gehalten wird, ist er über die Integration verfassungsrechtlicher Prinzipien inhaltlich hinreichend konturiert, um als Maßstab einer nachprüfaren Kriminalpolitik zu fungieren. Legislatorsische Vorhaben oder Entscheidungen lassen sich anhand der operationalisierbaren Materialisierungskriterien auf ihre Legitimität hin überprüfen, ohne dass der Gesetzgeber in positiver Weise zum Tätigwerden verpflichtet würde und auf diese Weise sein anzuerkennender Ermessensspielraum in Abrede gestellt würde. Ein systemkritischer Rechtsgutsbegriff in dieser Ausgestaltung harmonisiert mit einem personalen und liberalen Staatsverständnis.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Einwände gegen einen systemkritischen Rechtsgutsbegriff ernst zu nehmen sind. Während sich einige entkräften lassen, zwingen andere dazu, dessen Leistungsfähigkeit als Begrenzungskonzept zurückhaltender zu bewerten. Gleichwohl bietet sich der Rechtsgutsbegriff in einer von unten materialisierten und mit der Verfassung verwobenen Ausgestaltung als Ausgangspunkt bei der Bewertung der Legitimität von Strafnormen an.

b) Sonstige strafrechtsimmanent fundierte Begrenzungskonzepte

Im Versuch, sich unter anderem aufgrund der definitorischen Schwierigkeiten des Rechtsgutsbegriffs von diesem mehr oder weniger zu lösen, an der Notwendigkeit eines aus dem Wesen des Strafrechts ableitbaren Begrenzungsmodells gleichwohl festzuhalten, wurden in der Strafrechtswissenschaft etliche weitere Ansätze entwickelt, um durch die Formulierung verbindlicher Parameter ein rationales und begrenztes Strafrecht sicherzustellen. Sie können an dieser Stelle nur vereinfacht und ohne Vollständigkeitsanspruch zusammengefasst werden.

schen Rechtsgutskonzeptionen zugeordnet werden kann), wird unterschiedlich bewertet.

aa) Darstellung

Mitunter wird das auch innerhalb der Rechtsgutslehre nachhaltig aufgegriffene⁴⁸⁸ Kriterium der Sozialschädlichkeit einer Verhaltensweise aus deren Kontext gelöst und isoliert als maßgeblicher Auslöser einer strafrechtlichen Erfassung betrachtet. Nur wenn ein Verhalten ein derartiges Maß an Sozialschädlichkeit aufweise, das die Pönalisierung unabweisbar erscheinen lasse, könne es unter Strafe gestellt werden.⁴⁸⁹ Ein weiterer Ansatz versucht eine Beschränkung strafrechtlich zu verfolgender Verhaltensweisen über einen am Wesen der möglichen Sanktion anknüpfenden Rückschluss zu erreichen. Im Ausspruch der Kriminalstrafe äußere sich ein sozialetischer Vorwurf. Dies müsse zurückwirken auf die Qualität des Anlasses der Sanktionierung. Strafrecht dürfe nicht zur reinen Verhaltenssteuerung eingesetzt werden, sondern sei auf sozial unerträgliche Verhaltensweisen zu beschränken, die allein den in der Verhängung der Strafe liegenden sozial-ethischen Vorwurf verdienen.⁴⁹⁰

Mit Blick auf die Stellung des Strafrechts im gesamten Rechtssystem wird darauf hingewiesen, dass das Strafrecht kein allumfassendes System des Rechtsgüterschutzes darstellen dürfe, sondern fragmentarisch in dem Sinne bleiben müsse, dass es im Sinne des Gesellschaftsschutzes auf gefährliche und verwerfliche Handlungen zu beschränken sei und gegen alternative Mittel der Sozialkontrolle abgewogen werden müsse.⁴⁹¹ Letzteres kommt insbesondere in der weitergehenden Forderung nach einer Subsidiarität des Strafrechts zum Ausdruck. Sie betont neben der liberalen auch die soziale Seite des Rechtsstaats und zieht gravierende Eingriffe in Gestalt des Strafrechts erst dann in Betracht, soweit keine mildereren Möglichkeiten

488 Insbesondere durch *Amelung* Rechtsgüterschutz, S. 331 ff., der von einem negativ ausgrenzenden Güterschutzgedanken ausgehend diesen über das Kriterium der Sozialschädlichkeit, das er im Rechtsstaatsprinzip verankert sieht und über die soziologische Systemtheorie bestimmen möchte, verfassungsrechtlich anzu binden versucht.

489 Grundlegend *Hanack* Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, A 31 Rz. 29 f.

490 *Frisch* NStZ 2016, 16 (19 ff.) in expliziter Abgrenzung von der Rechtsgutslehre.

491 Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts erstmalig *Binding* Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT I, S. 20, der hierin jedoch noch eine im Grunde bedauerliche Selbstbeschränkung des Gesetzgebers erblickte. Zur Fragmentarität als Postulat eines liberalen Rechtsstaats *Vogler* ZStW 90 (1978), 132 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung des Konzepts ferner *Vormbaum* ZStW 123 (2011), 660 ff.

der Sozialkontrolle zur Verfügung stehen.⁴⁹² Dies wird auch unter dem Begriff der ultima ratio-Funktion des Strafrechts aufgegriffen und zu präzisieren versucht, wonach unter den im positiven Recht bekannten Mitteln die Kriminalstrafe stets die letzte und äußerste Schutzmaßnahme sein soll und ein Vorrang außerstrafrechtlicher Rechtsinstitute bestünde, soweit diese die Erreichung sozialkonformen Verhaltens verbürgten.⁴⁹³

Eine Verbindung von präziser und enger Beschreibung der strafrechtlichen Schutz herausfordernden Verhaltensqualität einerseits und Eingrenzung über einen Vergleich mit alternativen Mitteln der Sozialkontrolle andererseits strebt das Begriffspaar der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit an, deren präzise Definition angesichts der verbreiteten Uneinigkeit über ihre jeweiligen inhaltlichen Anforderungen und ihr Verhältnis zueinander⁴⁹⁴ aber nahezu unmöglich geworden zu sein scheint. Ganz grundlegend sollen über diese Kriterien Verhaltensweisen nur dann legitim strafrechtlich erfasst werden können, wenn sie zum einen fundamentale Interessen des Einzelnen oder der Gemeinschaft angreifen und zum anderen keine alternativen Regelungsmaterien zu deren hinreichendem Schutz bereitstellen.⁴⁹⁵

bb) Kritik und Wertung

Auch diesen Ansätzen wird ihre Entwicklung fernab verfassungsrechtlicher Rückkoppelungen vorgeworfen.⁴⁹⁶ Zudem bleibt stellenweise unklar, in welchem Verhältnis sie zueinander und insbesondere zur Rechtsgutslehre stehen, ob sie den Gehalt des Rechtsgutsbegriffs ersetzen oder ihn voraussetzen und ergänzen wollen. So wird etwa der Begriff der Strafwürdigkeit mitunter als alleinige und übergeordnete Voraussetzung für die Pönalisierung eines Verhaltens verwendet, die den Rechtsgutsbegriff genauso

492 Jescheck/Weigend Strafrecht AT, S. 53 Fn. 10; Hefendehl JA 2011, 401.

493 Zum ultima ratio-Grundsatz in der Literatur vgl. Prittwitz, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Zustand, 1995, S. 387 (391 f.); Rengier Strafrecht AT § 3 Rn. 5; zum Zusammenhang von fragmentarischer Natur, Subsidiarität und ultima ratio-Funktion Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 97 ff.

494 Vgl. hierzu Zeiser Trafic, S. 117 f.

495 Vgl. Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Grundrechte III/2, 1972, S. 909 (923 ff.); Müller-Dietz Strafe und Staat, S. 32 ff.; Otto GS Schröder, 1978, S. 53 ff.

496 Bunzel, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 96 (97); Appel Verfassung und Strafe, S. 328 f.

beinhalte wie genuin verfassungsrechtliche Limitierungskriterien.⁴⁹⁷ Die Sozialschädlichkeit wiederum wird teilweise zur Verstärkung des Begrenzungspotenzials des Rechtsgutsbegriffs in der Weise eingesetzt, dass Rechtsgutsverletzungen stets zusätzlich auch sozialschädlich sein müssen, um bestraft werden zu dürfen.⁴⁹⁸ Wird im hier vertretenen Sinne jedoch ein Rechtsgutskonzept verfolgt, das über bestimmte Materialisierungskriterien gerade den Anspruch hegt, die Strafwürdigkeitsbestimmung mit der Verfassung einerseits und der sozialen Wirklichkeit andererseits zu verbinden und bloß bagatellhafte Rechtsgutsberührungen von vornherein auszuschließen, besteht kein Bedarf für das zusätzliche Kriterium der Sozialschädlichkeit⁴⁹⁹ und eine Titulierung des gesamten Begrenzungsansatzes mit dem Begriff der Strafwürdigkeit.

Hinsichtlich der Strafbedürftigkeit, Subsidiarität und ultima ratio-Funktion fällt eine trennscharfe Differenzierung der jeweils enthaltenen Anforderungen ebenfalls schwer, da die Begriffe uneinheitlich, mitunter auch synonym verwendet werden.⁵⁰⁰ Auch bezüglich ihres jeweiligen Aussagegehalts besteht keine Einigkeit.⁵⁰¹ Das Deutungsmuster zum ultima ratio-Prinzip reicht etwa von der Annahme eines kriminalpolitisch bedeutsamen, dogmatisch aber erst einmal unverbindlichen Programmsatzes⁵⁰² bis zu seiner Interpretation als absolute Schranke, die den Einsatz des Strafrechts gestatte, wenn eine bestimmte Schwelle abstrakter Strafwürdigkeit und/oder Strafbedürftigkeit überschritten werde.⁵⁰³ In einem rein kriminalpolitischen Verständnis ohne verfassungsrechtliche Begründung erscheint das ultima ratio-Prinzip für sich genommen aber beliebig und lässt sich in Umkehrung seines ursprünglich intendierten Aussagegehalts sogar zur Begründung einer Expansion des Strafrechts heranziehen.⁵⁰⁴ Doch selbst die wohl konsentierte Grundannahme, strafrechtliche Mittel nur dann als legitim zu begreifen, wenn es an alternativen, gleich wirksamen,

497 Etwa bei *Zeiser* Trafic, S. 121 f.

498 *Hassemer* Einführung, S. 25.

499 So auch *Zeiser* Trafic, S. 132 f.; ähnlich *Frisch* FS Stree/Wessels, 1993, S. 69 (76).

500 Vgl. *Vormbaum* ZStW 123 (2011), 660 (668 Fn. 34); *Appel* Verfassung und Strafe, S. 391 f.

501 Zusammenfassend *Jahn/Brodowski* JZ 2016, 969 (971 f.).

502 In diese Richtung *Landau* NStZ 2015, 665 (668), der von einem „Gebot der politischen Klugheit“ spricht; wohl auch *Roxin* GA 2013, 433 (443 f.); ablehnend gegenüber einer verfassungsrechtlichen Verbindlichkeit *Gärditz* JZ 2016, 641 ff.

503 Vgl. *Frisch* NStZ 2016, 16 (24).

504 *Burchard*, in: *Asholt/Kuhli* (Hrsg.), *Strafbegründung*, 2017, S. 21 (28 f.); *Jahn/Brodowski* JZ 2016, 969 (971 f.).

aber weniger einschneidenden Steuerungsmitteln fehlt, setzt jedenfalls einen Bezugsgegenstand voraus (Mittel wozu?), vermag also nicht aus sich selbst heraus ein Begrenzungskonzept zu statuieren. Sie beruht ferner auf der zunehmend in Zweifel gezogenen Prämisse, dass es sich beim Strafrecht stets um das eingriffsintensivste staatliche Mittel handle.⁵⁰⁵

Die dargestellten Ansätze verdeutlichen die Intention, dem Strafrecht Grenzen zu ziehen. Aufgrund der mangelnden verfassungsrechtlichen Fundierung, der unpräzisen terminologischen Abgrenzung und der daraus resultierenden Unklarheit über ihren genauen Gehalt und das Verhältnis untereinander bleiben die Ansätze aber hinter der Rechtsgutslehre im obigen Sinne zurück bzw. lassen sich in diese integrieren. Aus keinem ergibt sich ein geschlossenes und operationalisierbares System der Überprüfung von Strafnormen. Gleichwohl liefern insbesondere Subsidiarität und ultima ratio-Funktion Anhaltspunkte, die sich in verfassungsrechtliche Bezüge einordnen lassen⁵⁰⁶ und im Rahmen eines über den Rechtsgutsbegriff konstituierten Begrenzungskonzepts heranzuziehen sind.

2. Verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte

Dem strafrechtsimmanenten Begrenzungsmodellen regelmäßig vorgehaltenen Einwand einer gleichzeitig hermetischen und rechtlich nicht ausreichend verankerten Konzeption lässt sich durch eine Hinwendung zum Verfassungsrecht entgehen. Dieses formuliert in Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 20 Abs. 3 GG die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung, insbesondere die Grundrechte und grundrechtsgleichen Garantien.

Hiervon umfasst ist etwa der Bestimmtheitsgrundsatz in Art. 103 Abs. 2 GG. Als Teilausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips verpflichtet er den

505 Als eine nicht minder einschneidende staatliche Reaktion wird vor allem eine präventive flächendeckende Überwachung angesehen, die in Rechtspositionen aller Bürger eingreife, vgl. *Appel* Verfassung und Strafe, S. 402 ff., 541 f.; *Stächelin* Strafgesetzgebung, S. 133 ff.; *Frisch* NSTZ 2015, 16 (23); *Gärditz* JZ 2016, 641 (646); nach *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen, S. 144 f. Fn. 22; *ders.* ZStW 87 (1975), 253 (266 f.) gewährt die Strafbewehrung gar einen Vertrauensvorschuss und sichert eine Freiheitssphäre ab, indem ihretwegen auf engmaschige Überwachung verzichtet wird.

506 Nach *Roxin/Greco* Strafrecht AT I § 2 Rn. 98 lassen sich Subsidiarität, ultima ratio-Funktion und die fragmentarische Struktur des Strafrechts dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entnehmen.

Strafgesetzgeber zu einer möglichst präzisen Beschreibung der Voraussetzungen der Strafbarkeit, die Tragweite und Anwendungsbereich der Strafnorm erkennen lassen.⁵⁰⁷ Indem den Normadressaten allein durch den Gesetzeswortlaut eine verlässliche Voraussicht auf den Bereich des Strafbaren und die Möglichkeit einer entsprechenden Verhaltensanpassung gewährt werden muss, kommt dem Bestimmtheitsgrundsatz durchaus eine freiheitssichernde Funktion zu.⁵⁰⁸ Doch wenngleich er als durch den Gesetzgeber zwingend einzuhaltende Vorgabe allgemein anerkannt ist, trägt er zur Begrenzung des Strafrechts eher in technischer Hinsicht bei. Anders als etwa die Rechtsgutslehre enthält er keine materiellen Kriterien zur Legitimationsbewertung einer inhaltlichen Kriminalisierungsentscheidung, sondern adressiert die Art und Weise ihrer Umsetzung.

Für ein verfassungsrechtlich fundiertes Begrenzungskonzept im hier untersuchten Sinne sind demnach andere verfassungsrechtliche Garantien in den Blick zu nehmen. Da diese jedoch größtenteils auf die Rechtssetzung im Allgemeinen ausgerichtet sind, erscheint fraglich, ob sie sich gerade in Bezug auf die sensible Rechtsmaterie des Strafrechts zu einem Maßstab zusammenführen lassen, der ausreichend kritisches Potenzial entfaltet. Aufschluss hierüber soll zunächst eine Analyse des Umgangs des Bundesverfassungsgerichts mit Vorschriften des materiellen Strafrechts geben. Anschließend wird der Blick auf wissenschaftlich entwickelte verfassungsrechtliche Ansätze der Strafrechtsbegrenzung ausgedehnt.

a) Überprüfung materieller Strafnormen durch das Bundesverfassungsgericht

aa) Darstellung

Das Bundesverfassungsgericht prüft (explizit im Wege eines Normenkontrollverfahrens oder inzident als Grundlage staatlicher Eingriffe), ob Normen im Einklang mit der Verfassung stehen. Welchen Maßstab es dabei anlegt und ob sich aus diesem ein eigenes strafrechtliches Begrenzungskonzept ergibt, zeigt eine Auslese der bisherigen Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit strafrechtlicher Normen. Auffällig ist zunächst deren begrenzte Anzahl.⁵⁰⁹ Während sich das Gericht durch seine Entscheidung

507 BVerfGE 25, 269 ff.; 126, 170 (195).

508 BVerfGE 75, 329 (341).

509 S. Hörnle NJW 2008, 2085.

gen in die Ausformung vieler Regelungsbereiche aktiv einbrachte und es etwa auch für neuralgische Punkte des Strafverfahrensrechts klare Vorgaben und Leitlinien aufstellte,⁵¹⁰ ist der Umgang mit Normen des materiellen Strafrechts von Zurückhaltung geprägt. Diesen auf der jahrzehntelangen Spruchpraxis des Gerichts beruhenden Eindruck vermögen auch einzelne kritische Entscheidungen der jüngeren Vergangenheit nicht zu beseitigen, in denen etwa das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung für verfassungswidrig erklärt wurde⁵¹¹ und der Bestimmtheitsgrundsatz das Gericht zu Rügen des Strafgesetzgebers im Falle eines nebenstrafrechtlichen Blanketttatbestands⁵¹² bzw. der Rechtsprechung bei Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale⁵¹³ veranlasste. Angesichts der Qualifizierung des Strafrechts als intensivste staatliche Eingriffsmaßnahme bleibt die in Bezug auf das materielle Strafrecht überschaubare bundesverfassungsgerichtliche Judikatur ein überraschender Befund.

Legt man die allgemeinen Aussagen des Gerichts zur Rolle des Strafrechts zugrunde, die der konkreten Norm- bzw. Eingriffsprüfung häufig vorangestellt sind, scheinen Übereinstimmungen zu den Grundannahmen der Rechtsgutslehre zu bestehen. Nicht nur wird dort das Strafrecht ebenfalls als Schutzrecht begriffen.⁵¹⁴ Auch wird zur Bezeichnung des Schutzobjekts auf den Begriff des Rechtsguts zurückgegriffen.⁵¹⁵ Des Weiteren finden sich Textstellen, die zumindest auf den Versuch hindeuten, Kriterien eines materiellen Verbrechensbegriffs einzuführen. So solle das Strafrecht nur gegen Verhaltensweisen eingesetzt werden, die über ihr Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozial schädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, ihre Verhinderung daher besonders dringlich seien.⁵¹⁶ Andernorts ist von gewichtigen, elementaren Gemeinschaftsgütern die Rede, deren Schutz Aufgabe des Strafrechts

510 Vgl. etwa die Entscheidungen zum großen Lauschangriff (BVerfGE 109, 279 ff.), zur Telekommunikationsüberwachung (BVerfGE 113, 348 ff.), zur Online-Durchsuchung (BVerfGE 120, 274 ff.) sowie zur Vorratsdatenspeicherung (BVerfGE 125, 260 ff.).

511 BVerfG NJW 2020, 905 ff.

512 Zur festgestellten Verfassungswidrigkeit einer Strafvorschrift im Rindfleischetikettierungsgesetz BVerfGE 143, 38 ff.

513 Zur verfassungswidrigen Auslegung des Vermögensschadens im Rahmen der Untreue durch Strafgerichte BVerfGE 126, 170 ff.

514 BVerfGE 90, 145 (172); vgl. auch *Vogel* StV 1996, 110 (111).

515 BVerfGE 120, 224 (240 f.); 126, 170 (197).

516 BVerfGE 88, 203 (258); 120, 224 (239 f.).

sei.⁵¹⁷ Diese eingrenzenden Kriterien folgten aus der ultima ratio-Funktion des Strafrechts sowie aus der schweren Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch die sittliche Missbilligung einer Strafandrohung.⁵¹⁸

Darüber hinaus komme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine besondere Bedeutung als Maßstab der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Strafnormen zu.⁵¹⁹ Da das strafrechtliche Verbot einer Verhaltensweise mindestens die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG und die Androhung einer Freiheitsstrafe Art. 2 Abs. 2 S. 2 tangiere, müsse die Strafvorschrift den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen.⁵²⁰ Dieser werde aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten abgeleitet, bezeichne in der allgemeinen verfassungsrechtlichen Dogmatik eine sog. Schranken-Schranke und verlange als solche von sämtlichen staatlichen Eingriffen in die Rechte eines Bürgers, dass sie einen legitimen Zweck verfolgen und im Hinblick auf diesen Zweck ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel darstellen.⁵²¹ Übertragen auf die Überprüfung von Strafnormen heiße dies, der Zweck der Norm müsse durch das strafrechtliche Verbot zumindest gefördert werden und dürfe sich nicht durch ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht weniger einschränkendes Mittel als die Kriminalisierung des Verhaltens realisieren lassen.⁵²² Im Rahmen der Angemessenheit sei schließlich im Wege einer Abwägung von bezweckten Gemeinwohlbelangen und bewirkten Rechtsgutseinbußen des Betroffenen zu ermitteln, ob die Einschränkung individueller Freiheit eine Belastung des Einzelnen auslöse, die noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen stünde.⁵²³ Strafrechtlich konkretisiert müsse eine Strafbewehrung also mindestens einen Zuwachs an Rechtsgüterschutz vermitteln und die Gefährdung der Gemeinschaftsgüter durch das erfasste Verhalten dürfe kein so geringes Maß erreichen, dass sich die Strafe als übermäßig erweist.⁵²⁴

In Widerspruch zu diesen Ausführungen, in denen sich durchaus ein differenziertes und gesetzgebungskritisches Prüfungsprogramm für legitime Strafvorschriften erkennen lässt, stehen freilich die oftmals in den sel-

517 BVerfGE 27, 18 (29); 37, 201 (212); 45, 187 (253).

518 BVerfGE 27, 18 (29); BVerfG NJW 1994, 1577 (1585).

519 BVerfGE 88, 203 (258); 90, 145 (172).

520 BVerfG NJW 1994, 1577 (1578).

521 *Kloepfer* Verfassungsrecht I, § 10 Rn. 195 ff.

522 BVerfG NJW 1994, 1577 (1579); BVerfGE 120, 224 (239 ff.).

523 BVerfG NJW 2020, 905 (913).

524 BVerfGE 90, 145 (185).

ben Entscheidungsbegründungen gemachten Aussagen des Gerichts zu einer etwaigen Bindung des Gesetzgebers. Diesbezüglich äußert sich das Gericht ausgesprochen defensiv. Es sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im Einzelnen verbindlich festzulegen.⁵²⁵ Bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, sei er grundsätzlich frei.⁵²⁶ Das Gericht könne dessen Entscheidung nicht darauf prüfen, ob er die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat.⁵²⁷ Auch hinsichtlich der Frage, ob ein pönalisiertes Verhalten das postulierte Schutzgut tatsächlich gefährdet, beschränkt es sich zumeist auf eine eher grobmaschige Evidenz- oder Vertretbarkeitskontrolle der bejahenden gesetzgeberischen Prognose, für die lediglich eine hinreichend gesicherte Grundlage gefordert wird.⁵²⁸

bb) Kritik und Wertung

Daran, dass das Bundesverfassungsgericht einerseits die Aufgabe des Strafrechts im Rechtsgüterschutz verortet, andererseits keine Bindungen des Gesetzgebers bei der Bestimmung schutzwürdiger Rechtsgüter anerkennen möchte, wird deutlich, dass das Gericht den Rechtsgutsbegriff nicht im Sinne der systemkritischen Rechtsgutslehre materiell auflädt, sondern offenbar rein formal begreift.⁵²⁹ Dies manifestiert sich in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Inzestverbotes gemäß § 173 StGB, in deren Rahmen sich der Senat explizit mit der strafrechtlichen Rechtsgutslehre auseinandersetzt und die Annahme einer Bindungswirkung vorpositiver Rechtsgüter entschieden zurückweist.⁵³⁰

Sofern das Gericht in seinen Ausführungen dann doch einen Gemeinschafts- und Sozialbezug strafschutzwürdiger Belange fordert, handelt es sich wohl eher um ein bloßes Lippenbekenntnis, das unter dem allgemeinen Eindruck der Eingriffstiefe des Strafrechts abgelegt wird. Der Spiel-

525 BVerfGE 90, 145 (173); in ähnlicher Weise BVerfGE 37, 201 (212); 51, 60 (74); 80, 244 (255).

526 BVerfGE 120, 224 (240); BVerfGE 50, 142 (162).

527 BVerfGE 90, 145 (173).

528 BVerfGE 123, 186 (241).

529 Vgl. *Appel* Verfassung und Strafe, S. 198 f.; *Lagodny* Schranken, S. 145.

530 BVerfGE 120, 224 (241 f.); s. aber auch das der Entscheidung nachfolgende Minderheitenvotum von *Hassemer* S. 255 ff.

raum des Gesetzgebers wird offenbar auch auf die Frage ausgedehnt, ob ein Gemeinschaftsbelang derart grundlegend und elementar ist, dass er eine Strafbewehrung legitimiert.⁵³¹ Eine konkrete und sorgfältige Prüfung der kriminalisierten Verhaltensweisen am Maßstab der geforderten qualifizierten Sozialschädlichkeit und Verhinderungsdringlichkeit bleibt jedenfalls regelmäßig aus. In neuartiger Klarheit stellte das Gericht jüngst zumindest fest, dass der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen kein unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein könne.⁵³²

Die verfassungsgerichtliche Prüfung reduziert sich somit auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Als strafrechtliches Begrenzungsinstrument wird dieser vereinzelt schon für grundsätzlich untauglich erachtet.⁵³³ Weit umfangreicher stellt sich die Kritik an der konkreten Art der Anwendung durch das Bundesverfassungsgericht dar. Indem es dem Gesetzgeber gestattet, weitgehend ungebunden Ziel und Zweck des strafrechtlichen Verbots zu setzen,⁵³⁴ büßt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beträchtlich an Limitierungspotenzial ein.⁵³⁵ So bleibt oftmals offen, ob das Ziel eines strafrechtlichen Verbotes nun in den Strafzwecken, dem Rechtsgüterschutz oder schlicht der Einhaltung vom Gesetzgeber erlassener Verhaltensvorschriften gesehen wird.⁵³⁶ Gerät aber bereits der Ausgangspunkt der Prüfung unscharf, ist von den folgenden relationalen Kontrollkriterien nicht viel zu erwarten.

Dies gilt umso mehr, als dem Gesetzgeber auch hinsichtlich dieser weiteren Prüfungsstufen – der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines strafrechtlichen Verbotes – große Beurteilungsspielräume zugesprochen wer-

531 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 204; *Thurn* KJ 2009, 74 (78 f.); *Vogel* StV 1996, 110 (111).

532 BVerfG NJW 2020, 905 (910).

533 Gemäß eines Diskussionsbeitrags von *Schünemann* bei *Brodowski* ZStW 127 (2015), 691 (711) ist das Strafrecht von vornherein unverhältnismäßig und daher ein Quantensprung an Legitimation zu verlangen. *Greco*, in: *Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, S. 13 (33) bestreitet die prinzipielle Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht, bezeichnet ihn gleichwohl als Gleich- und Weichmacher jeder Rechtsdogmatik.

534 *Bunzel*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 96 (111) spricht in diesem Zusammenhang von einem Rechtsguterfindungsrecht des Gesetzgebers.

535 *Roxin* StV 2009, 544 (545); *SK-StGB/Jäger* Vor § 1 Rn. 11; *Appel* Verfassung und Strafe, S. 181 ff.; krit. auch *Lagodny* Schranken, S. 71 ff.

536 Vgl. *Appel* Verfassung und Strafe, S. 200, 203; *Gärditz* JZ 2016, 641 (644).

den, die nur eingeschränkt überprüft werden könnten.⁵³⁷ Dies mag dem Umstand geschuldet sein, dass die Fragen nach den Wirkungen des Strafeinsatzes bzw. alternativen und gleich effektiven Regelungsformen in gewissem Maße prognoseabhängig sind. Doch selbst berechtigte empirische Zweifel an der Präventionseffizienz von Strafandrohungen⁵³⁸ werden durch das Gericht gesetzgeberfreundlich zugunsten der Annahme einer generalpräventiven Wirkung der Kriminalstrafe zerstreut.⁵³⁹ Die Voraussetzungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit verkommen dadurch zu geringen Hürden.⁵⁴⁰

Die Angemessenheitsprüfung, die als finaler Filter des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gegensatz zu den zweckrationalen Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit stärker normativ geprägt ist, erweist sich letztlich aus Gründen der Gewaltenteilung als weiches Korrektiv.⁵⁴¹ Denn sofern es um die Abwägung zwischen den durch das strafbewehrte Verbot bewirkten Grundrechtsbeeinträchtigungen und dem dadurch erzielten Zuwachs an Rechtsgüterschutz geht, scheut das Gericht häufig davor zurück, eigene Wertungen an die Stelle der Erwägungen des Gesetzgebers zu setzen. So reduziert sich jedoch das Bekenntnis des Gerichts, die Angemessenheit mangels gesetzgeberischer Beurteilungsspielräume in vollem Umfang zu prüfen,⁵⁴² auf die praktische Handhabung, eine Strafdrohung zu meist schon dann für angemessen zu halten, wenn sie nicht „schlechthin unangemessen“ ist.⁵⁴³ Inwiefern in entgegengesetzter Tendenz hierzu die jüngste Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB eine Aktivierung des strafrechtskritischen Potenzials des Angemessenheitskriteriums einläutet, bleibt abzuwarten. Zweifel an dessen über den Einzelfall hinausgehenden Neuausrichtung in Bezug auf materielle Strafnormen könnten sich aus der bei § 217 StGB im Unterschied zu anderen Straftatbeständen aufdrängenden, spezifischen Grundrechtsverkürzung des pönali-

537 Vgl. etwa BVerfGE 90, 145 (172 ff.).

538 Vgl. hierzu *Bachmann/Goeck*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, S. 37 (47 ff.).

539 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 183 ff.; vgl. auch *Krauß* FS Hassemer, 2010, S. 423 (425 f., 431), demzufolge die Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts dem Strafrecht ein für allemal den Nimbus der Erforderlichkeit sichern würde.

540 Vgl. *Vogel* StV 1996, 110 (113); *Roxin/Greco* Strafrecht AT I § 2 Rn. 87 ff.; *Lagodny* Schranken, S. 173 ff.; 180.

541 Vgl. *Lagodny* Schranken, S. 216 f., 367.

542 BVerfGE 88, 203 (262 ff.).

543 BVerfGE 90, 145 (173); krit. dazu *Stächelin* Strafgesetzgebung, S. 161 f.

sierten Verhaltens und dem vom Gericht festgestellten Widerstreit zwischen Freiheits- und Schutzdimension des Grundrechts (auf Leben) ergeben, die es zu einer außergewöhnlich hohen Kontrolldichte der strafgesetzerischen Entscheidung veranlassten.⁵⁴⁴

Somit bleibt festzuhalten, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als materiellem Maßstab für die Legitimität von Strafnormen seitens des Bundesverfassungsgerichts besondere Bedeutung zugesprochen wird und er in der Theorie hierfür auch nicht ungeeignet erscheint. In der praktischen Handhabung durch das Bundesverfassungsgericht jedoch läuft er aufgrund großzügig eingeräumter gesetzgeberischer Ermessensspielräume bezüglich sämtlicher Anforderungen zumeist leer.⁵⁴⁵ Alles in allem ergibt sich aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts keine wirklich feste verfassungsrechtliche Grenze für das materielle Strafrecht jenseits des Bestimmtheitsgrundsatzes.⁵⁴⁶ Die Charakterisierung des Strafrechts als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes erweist sich als nicht operative Makulatur.⁵⁴⁷ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird weitgehend entkernt. Es kann insofern nicht überraschen, dass in der Vergangenheit selbst heftig umstrittene Straftatbestände die verfassungsgerichtliche Überprüfung weitgehend ungeschoren passierten.⁵⁴⁸

544 BVerfG NJW 2020, 905 (912 f.).

545 *Bunzel*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 96 (102 ff.); *Appel* Verfassung und Strafe, S. 97; *Sternberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 65 (76 ff.); *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter, S. 83 ff.; *Thurn* KJ 2009, 74 (78 f.).

546 Vgl. *Hörnle* Anstößiges Verhalten, S. 25.

547 *Landau* NStZ 2015, 665 (668); *Gärditz* JZ 2016, 641 (642 f.). Hoffnungen auf eine Stärkung des ultima ratio-Prinzips als Begrenzungsmaßstab keimten anlässlich des bundesverfassungsgerichtlichen Verfahrens zur Verfassungsmäßigkeit des § 10 RindfleischetikettierungsG auf, nachdem sich der Vorsitzende des Zweiten Senats in einem verfahrensbezogenen Zustellungsvermerk dahingehend äußerte, dass zu prüfen sei, ob das streitige Gesetz unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts als ultima ratio des Gesetzgebers verfassungsgemäß sei, vgl. *Jahn/Brodowski* JZ 2016, 969 (971). Die Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Norm gründete letztlich jedoch ausschließlich auf der Verletzung des Bestimmtheitsgebots durch die undurchsichtige Verweisungskette, vgl. BVerfGE 143, 38 ff. Eine Auseinandersetzung mit dem ultima ratio-Prinzip erfolgte nicht.

548 Als verfassungsgemäß wurden etwa die Strafvorschriften zu Homosexualität (BVerfGE 6, 389 ff.), Eigenkonsum von Cannabis (BVerfGE 90, 145 ff.) sowie Inzest (BVerfGE 120, 224 ff.) erklärt.

b) Sonstige verfassungsrechtliche Begrenzungskonzepte

aa) Darstellung

Ausgehend von einer Kritik strafrechtsimmanenter Begrenzungskonzepte, deren Verfassungsferne sie zu einem bloßen kriminalpolitischen Diskussionsbeitrag degradiere, aber auch in Distanzierung von der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts, wurden weitere spezifisch verfassungsrechtliche Ansätze einer Strafrechtsbegrenzung entwickelt.⁵⁴⁹ Diese kommen darin überein, dass sich die Grenzen des Strafrechts allein aus der Verfassung ergeben könnten. Klare Konturen erhielten diese vor allem durch die Grundrechtsdogmatik, die in der Diskussion weitgehend unterschätzt worden sei, wenngleich sie ob ihrer abwehrrechtlichen Dimension und differenzierten Ausprägungen (Eingriffs- und Schrankensystematik) für eine Kontrolle der staatlichen Gewalt geradezu prädestiniert zu sein scheine.⁵⁵⁰

Methodisch seien die zu untersuchenden Strafnormen in eine Verhaltensnorm und eine Sanktionsnorm zu zerlegen, wobei die Sanktionsnorm noch einmal in die Primär- (Ausspruch des strafrechtlichen Vorwurfs) bzw. Sekundärsanktion (Übelszufügung) aufgespalten wird.⁵⁵¹ Alle drei Bestandteile müssten verfassungsmäßig sein und gesondert an den durch sie tangierten Grundrechten geprüft werden, woraus sich unterschiedliche Anforderungen ergäben. Die Trennung ermögliche eine passgenaue Verortung von Streitfragen. So könnten etwa die problematischen Fallgruppen der Vorverlagerungs- und abstrakten Gefährdungsdelikte im Rahmen der (grundsätzlich strafrechtsneutralen) Verhaltensnorm unter der Frage diskutiert werden, ob der Gesetzgeber hiermit das zulässige Maß der Verhaltenssteuerung überschreite. Die spezifisch strafrechtlichen Verfassungsgarantien (Schuldgrundsatz, Ne bis in idem) ließen sich allgemein als Begrenzungen, die der Staat bei der Einschränkung des Grundrechtsgebrauchs durch strafrechtliche Regelungen zu beachten hat (sog. Schran-

549 Im Folgenden wird insbesondere auf die Konzepte von *Appel* (Verfassung und Strafe) und *Lagodny* (Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte) eingegangen. Die beiden Ansätze unterscheiden sich in Feinheiten. Im hier interessierenden Kontext soll es aber ausreichen, die verwandten Grundannahmen zu skizzieren.

550 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 311 ff.

551 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 574 ff.; *Lagodny* Schranken, S. 96 ff.; *Staechelín* Strafgesetzgebung, S. 111 ff.

ken-Schranke), in die Prüfung der Sanktionsnorm am Maßstab der Grundrechte integrieren.⁵⁵²

Als weitere Schranken-Schranke sei auch hier wiederum der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in allen drei Prüfungen zu beachten. Während der Zweck der Verhaltensnorm im Schutz von Rechtsgütern (freilich auch hier im formellen Sinne verstanden) bestünde, dienten als Zweck der Sanktionsnorm die Strafzwecke, bei der Primärsanktion insbesondere die Normrehabilitierung.⁵⁵³ Der Gesetzgeber habe eine weite Definitionsmacht. Ihm obliege es, über die zu schützenden Güter und über Art und Umfang ihres Schutzes zu befinden.⁵⁵⁴ Begrenzt würde seine Zwecksetzungsfreiheit einerseits durch das Verbot der Verfolgung explizit verfassungswidriger Zwecke, andererseits müsse er im Rahmen der Primärsanktion den Zweck der Normrehabilitierung in Relation zur Verhaltensnorm setzen.⁵⁵⁵ Dass sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn auch strafrechtsspezifisch angepasst, keine großen Einschränkungen ergeben, wird erkannt und soll durch weitere Limitierungskriterien aufgefangen werden. Hierzu sollen etwa der Gleichheitsgrundsatz, eine zusätzliche rechtsvergleichende Perspektive oder prozessuale Regelungen herangezogen werden.⁵⁵⁶

bb) Kritik und Wertung

Wiederum werden dem Gesetzgeber bei der Pönalisierung weite Beurteilungsspielräume eingeräumt. Ein rein formeller Verbrechensbegriff folge daraus aber aufgrund der bestehenden verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers nicht, die sich insbesondere in der Grundrechtsdogmatik abbildeten. Der Weg, diese Bindungen systematisch offenzulegen, enthält aber methodische Schwachpunkte.

Der Ausgangspunkt einer Auftrennung in Verhaltens- und Sanktionsnorm mag auf die begrüßenswerte Intention zurückzuführen sein, hierdurch ein Mehr an analytischer Präzision zu erreichen. Letztlich geht sie aber auf Kosten einer in diesem Kontext erforderlichen ganzheitlichen Be-

552 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 560 ff.

553 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 577.

554 *Lagodny* Schranken, S. 318 ff.; *Appel* Verfassung und Strafe, S. 454 f.

555 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 577 f.

556 *Appel* Verfassung und Strafe, S. 583 ff.; zum Gleichheitsgrundsatz auch *Lagodny* Schranken, S. 453 ff., 491 ff.

trachtungsweise. Gerade die für die Legitimitätsfrage maßgebliche Verschränkung von Verhaltensvorschrift und Strafbewehrung wird durch eine isolierte und unterschiedlich strenge Prüfung aufgegeben.⁵⁵⁷ Hierdurch geht kritisches Potenzial verloren. Dem Versuch einer Schärfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die etwas nachgeschoben wirkenden Kriterien des Gleichheitssatzes, der Rechtsvergleichung und der Einbeziehung prozessualer Lösungen ist das Bemühen um eine Begrenzung anzumerken. Ein klar nachvollziehbares und zur konkreten Umsetzung geeignetes Prüfungsprogramm ergibt sich aus diesen Aspekten indes nicht. Schließlich wird die strafrechtliche Rechtsgutslehre zurückgewiesen, ohne dass Möglichkeiten ihrer Einbindung in das zuvor beschriebene System verfassungsrechtlicher Vorgaben ausgelotet worden wären.

3. Integrative Ansätze einer Strafrechtsbegrenzung

Die bisherige Darstellung zeigt, dass Konzepte einer Strafrechtsbegrenzung stark von ihrem jeweiligen disziplinären Zugang geprägt sind. Einer Zusammenführung verfassungsrechtlicher und strafrechtstheoretischer Aspekte schien über lange Jahre auch ein gewisser gegenseitiger Argwohn unter Strafrechtswissenschaftlern auf der einen und Staatsrechtlern auf der anderen Seite entgegenzustehen, der sich mitunter in Feststellungen einer generellen dogmatischen Unvereinbarkeit ausdrückte.⁵⁵⁸ Erst seit vergleichsweise kurzer Zeit werden die Fragen nach einem legitimen Strafrecht stärker in einem gemeinsamen Diskurs verhandelt, für den der zunehmend häufiger gebrauchte Begriff des Strafverfassungsrechts sinnbildlich steht.⁵⁵⁹

557 Kudlich ZStW 127 (2015), 635 (653); Staechelin Strafgesetzbuch, S. 164.

558 Lagodny Schranken, S. 536 kommt etwa zu dem Ergebnis, das materielle Strafrecht entziehe sich der verfassungsrechtlichen Überprüfung prinzipiell. Zur dogmengeschichtlichen Parallelität Kudlich ZStW 127 (2015), 635 (649 Fn. 48).

559 Exemplarisch Jahn/Brodowski JZ 2016, 969 (970); Burchard, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/ Brodowski (Hrsg.), Strafrechtspflege, 2016, S. 27 (28 ff.); zur verstärkten Hinwendung der Rechtsgutslehre zum Verfassungsrecht bereits oben Teil 3 A. II. 1. a) cc).

a) Schärfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Rechtsgutsbegriff

Vielfersprechend wirken dabei insbesondere Ansätze einer Integration des systemkritischen Rechtsgutsbegriffs in das Prüfungsraster des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Als verfassungsrechtliche Negativschränke staatlicher Eingriffe ist dessen grundsätzliche Bedeutung auch für das Strafrecht anzuerkennen.⁵⁶⁰ Sein durch die Handhabung des Bundesverfassungsgerichts eingebüßtes kritisches Potenzial lässt sich wiederherstellen, indem die einzelnen Prüfungsstufen nicht gänzlich der Wertung des Gesetzgebers überlassen werden, sondern an geeigneter Stelle eine Aufladung durch die Kriterien eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs erfahren.

So wird zum einen gefordert, den Rechtsgutsbegriff in die im Rahmen der Angemessenheit einer Pönalisierung vorzunehmende Güterabwägung einzustellen. Ihre stark normative Ausrichtung berge grundsätzlich die Gefahr, im Ergebnis allein die subjektiven Wertungen des Prüfenden widerzuspiegeln.⁵⁶¹ Der insoweit bestehende Bedarf an wertender Klassifizierung auf Schutzgutseite könne jedoch gerade durch die Heranziehung der Kriterien des Rechtsgutsbegriffs gedeckt werden und für eine Präzisierung der Prüfung sorgen, ob das durch die Norm geschützte Interesse der Gewalt des Strafrechts proportional ist.⁵⁶²

Überzeugender erscheint es indes, die Setzung des legitimen Zwecks der Strafnorm durch den Gesetzgeber und somit bereits den Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand des Rechtsgutsbegriffs zu überprüfen.⁵⁶³ Nimmt man die einhellig vorgenommene Qualifizierung des Strafrechts als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes ernst und sollen straflegislatorische Entscheidungen vor ihrer Umsetzung einer kriminalpolitischen Diskussion zugänglich gemacht werden, muss sich bereits der verfolgte Zweck einer Pönalisierung gewissen einschränkenden Legitimitätskriterien stellen. Nur so gelingt eine Verzahnung maßgeblicher Topoi wie Sozial-

⁵⁶⁰ Vgl. *Hefendehl* JA 2011, 401 (404 ff.).

⁵⁶¹ *Staechelín* Strafgesetzgebung, S. 162.

⁵⁶² *Staechelín* Strafgesetzgebung, S. 163 f.; selbst *Lagodny* Schranken, S. 424 ff. erkennt hier eine mögliche Verwendungsart des Rechtsgutsbegriffs, wenngleich er es deutlich zurückhaltender formuliert.

⁵⁶³ In diesem Sinne *Hassemer*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens* (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 57 (60); *Hefendehl* GA 2007, 1 (2); *Greco* ZIS 2008, 234 (238); SK-StGB/Jäger Vor § 1 Rn. 11 f.; *Thurn* KJ 2009, 74 (82); *Müller-Dietz* Strafe und Staat, S. 16; krit. *Engländer* ZStW 127 (2015), 616 (627 f.); *Stuckenberg* GA 2011, 653 (657); *Gärditz* JZ 2016, 641 (649).

schädlichkeit und Subsidiarität im Sinne einer konsistenten und operationalisierbaren Begrenzung. Die Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit lassen sich an einem dem Leitbild eines liberalen Strafrechts angepassten Bezugspunkt ausrichten und werden vor ihrer Aufweichung infolge diffuser Zwecksetzungen bewahrt. Stellt man Rechtsgutserwägungen erst in der Angemessenheit an, verzichtet man auf deren präzisierende Wirkung für die Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung und akzeptiert das Risiko, dass diese im einigermaßen unkontrolliert ablaufenden Abwägungsvorgang überspielt werden.

Wie bereits ausgeführt wird der Gesetzgeber dadurch nicht gezwungen, strafrechtliche Mittel nur zum Schutz eines vorab definierten Katalogs an Rechtsgütern einzusetzen. Ein solcher kann nicht mit der notwendigen definitorischen Schärfe gebildet werden. Der eigenständig gesetzte Zweck, den der Gesetzgeber mit der Kriminalisierung zu erreichen versucht, ist aber an den Kriterien eines „von unten materialisierten“ Rechtsgutsbegriffs zu messen. Wird er diesen nicht gerecht, ergibt sich daraus jedenfalls ein gravierendes Legitimationsdefizit.⁵⁶⁴

Über dessen konkrete Konsequenz für die Bewertung der betroffenen Tatbestände herrscht indes selbst unter Vertretern einer verfassungsrechtlichen Integration des Rechtsgutsbegriffs Uneinigkeit. Aus der mangelnden Übereinstimmung eines vorgeblichen Schutzgutes mit den entwickelten Komponenten des Rechtsgutsbegriffs unmittelbar den Schluss der Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift zu ziehen, könnte wiederum das dem Gesetzgeber bei der Zweckbestimmung eingeräumte Beurteilungsermessen verkennen.⁵⁶⁵ Aus diesem Grund werden in den konkreten Ableitungen eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutskonzepts mitunter zwar verfassungsrechtlich fundierte, letztlich aber nur kriminalpolitisch wirkende Postulate gesehen, die sich an den Gesetzgeber insbesondere im Gesetzgebungsverfahren richteten, während sie nach betätigter Ermessensausübung allenfalls noch eine grobmaschige Kontrolle legislatorischer Entscheidungen ermöglichten.⁵⁶⁶ Eine defensive Auslegung der Rechtsgutserwägungen als unverbindliche Argumentationstopoi bzw. strafrechtswissenschaftliche Hilfestellung für den Gesetzgeber kaschiert jedoch das durch deren verfassungsrechtliche Einbettung und Materialisierung gerade begründete Potenzial, den anzuerkennenden gesetzgeberischen Spielraum im Sinne eines

564 Wohlers GA 2002, 15 (17).

565 Vgl. Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 93.

566 Roxin/Greco Strafrecht AT I § 2 Rn. 94; wohl auch Kudlich ZStW 127 (2015), 625 (651).

liberalen Strafrechts zulässig einzugrenzen. Die Beschränkung der Aufgabe des Strafrechts auf den Schutz von Rechtsgütern und deren verfassungsrechtliche Materialisierung lassen sich so durchaus als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz oder Grundentscheidung des Grundgesetzes auffassen, mit denen jede Entscheidung des Gesetzgebers in Einklang stehen muss.⁵⁶⁷ Die die jeweilige Vorschrift betreffende Konsequenz eines als illegitim zu bewertenden Rechtsguts darf daher nicht nur bei offensichtlicher Unzulänglichkeit im Verdikt der Verfassungswidrigkeit bestehen.⁵⁶⁸ Nach hier vertretener Ansicht kann eine Strafvorschrift jenseits eines den genannten Legitimitätsanforderungen entsprechenden Rechtsguts vor der Verfassung keinen Bestand haben.

b) Ergänzende Begrenzungskriterien

Wiederum ist aber zu erwähnen, dass eine Konkretisierung des Zwecks über den Rechtsgutsbegriff eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung legitimer Strafnormen sein kann. Insbesondere abstrakte Gefährdungsdelikte oder Tatbestände im Vorfeld einer tatsächlichen Rechtsgutsbeeinträchtigung erhielten durch einen auf Rechtsguterwägungen verengten Prüfungsmaßstab einen bedenklichen Freifahrtschein ausgestellt. Auch die Art und Weise eines strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes muss daher einer Legitimationskontrolle unterliegen. Hierbei bieten sich wiederum Verknüpfungen zwischen strafrechtsspezifischen Kriterien und den weiteren Stufen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an.

Die Geeignetheit einer Pönalisierung ist demnach nicht nur strafzweckbezogen hinsichtlich der präventiven Wirkung der Norm zu überprüfen – angesichts der Prognoseabhängigkeit dieser Fragestellung würden sich hier wiederum weite Beurteilungsspielräume des Gesetzgebers auftun –, sondern hat auch eine Analyse der Deliktsstruktur zu umfassen.⁵⁶⁹ Diese soll auf die Beziehung zwischen den tatbestandlich erfassten Verhaltensweisen und der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts eingehen und die Gefährdungsintensität einzelner Tathandlungen aufzeigen. Die zu über-

⁵⁶⁷ S. Sondervotum *Hassemer* zu BVerfGE 120, 224 (256 f.).

⁵⁶⁸ Für einen derartigen Evidenz-Maßstab als „Mittelweg“ indes *Jahn* Vogel-Symposium, 2016, S. 63 (82 f.); *Roxin/Greco* Strafrecht AT I § 2 Rn. 94.

⁵⁶⁹ Vgl. *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter, S. 96; *Wohlers* GA 2002, 15 (17 ff.); *Frisch*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Rechtsgutstheorie, 2003, S. 215 (227 f.); in diese Richtung auch Sondervotum *Grafshof* zu BVerfGE 90, 145 (199, 201 f.).

prüfende Strafnorm ist im Hinblick auf ihre Tatbestandsstruktur einer Deliktskategorie zuzuordnen, die ihrerseits spezifische Anforderungen an die Legitimität stellt, wobei die abstrakten Gefährdungsdelikte und ihre Unterteilung im Fokus stehen.⁵⁷⁰ In diesem Sinne lässt sich auch das Begrenzungsstopos der Angriffswege integrieren, demzufolge der Benennung eines möglichst konkreten Rechtsguts stets eine Auswahl der für strafwürdig erachteten Beeinträchtigungen nachfolgen muss und in dem insofern der wichtige Gedanke der Fragmentarität zum Ausdruck kommt.⁵⁷¹

Im Rahmen der Erforderlichkeit sind alternative Regelungssysteme zum Schutz des identifizierten Rechtsguts in den Blick zu nehmen. Existieren in ihnen Sanktionsformen für die Verletzung statuerter Verhaltensvorschriften, sind diese insbesondere bei geplanten Neukriminalisierungen in ihrer Zweckrichtung und Wirkweise den avisierten strafrechtlichen Rechtsfolgen gegenüberzustellen. Inwiefern eine strafrechtliche Absicherung der Verhaltensvorschriften einen vergleichsweise größeren Schutz des Rechtsguts gewährt, ist auch unter Auswertung vorliegender empirischer Erkenntnisse zu beurteilen. Zu einer Präzisierung kann hierbei auch das ultima ratio-Prinzip beitragen. Jedenfalls dann, wenn in ihm nicht nur eine bloße Beschreibung der allgemeinen Verhältnismäßigkeit gesehen wird, sondern ihm ein eigenständiger Mehrwert insofern zugesprochen wird, als er die Erforderlichkeitsprüfung modifiziert. Einem solchen, auf Operationalisierbarkeit ausgelegten Vorschlag zur strafrechtsspezifischen Aufladung des Erforderlichkeitsmaßstabs durch das ultima ratio-Prinzip zufolge sollen etwa Alternativen zur Kriminalstrafe nicht nur bei gleich effektiver Zweckerreichung vorzuziehen sein. Die hinreichende Zielerreichung durch ein alternatives Mittel soll bereits genügen, wenn dies für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar ist.⁵⁷²

Schließlich bildet die Prüfungsstufe der Angemessenheit ein Korrektiv, in dem die Ableitungen zu Rechtsgut, Deliktsstruktur und Angriffswegen unter normativen Gesichtspunkten zusammengeführt und hinsichtlich der Frage einer bestehenden Proportionalität zwischen angestrebtem Zweck und Beeinträchtigung der Freiheitssphäre der Betroffenen in eine Abwägung eingestellt werden können.

570 *Von Hirsch/Wohlers*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 196 (197 ff.).

571 *Stächel* in: *Strafgesetzbuch*, S. 56 f.

572 *Jahn/Brodowski* JZ 2016, 969 (976 ff.); eine ähnliche Modifikation befürworten *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* *Strafrecht AT* § 3 Rn. 19, denen zufolge die Erforderlichkeit nur bei Unverzichtbarkeit des Einsatzes des Strafrechts anzunehmen sei.

III. Zusammenfassung und Folgen für den weiteren Verlauf der Untersuchung

Der Ausschluss einer durch internationale Vorgaben etablierten Kriminalisierungspflicht sowie einer bereits durch den Regelungsgegenstand indizierten verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit kennzeichnet die §§ 265c, 265d StGB als Produkt eines frei ausgeübten strafgesetzgeberischen Ermessens. Sie eignen sich damit grundsätzlich als Gegenstand einer allgemeinen Legitimationskontrolle von Strafnormen, hinsichtlich deren Dichte und Herleitung jedoch auf keinen allgemein anerkannten Maßstab zurückgegriffen werden kann. Bemühungen um die Entwicklung von Kriterien legitimer Strafnormen lassen sich sowohl in der strafrechtlich bzw. staatsrechtlich geprägten Wissenschaft als auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts feststellen.

Eine Würdigung dieser Ansätze hat ergeben, dass der systemkritische Rechtsgutsbegriff zwar schillernd ist, er bei der Überprüfung der Legitimität strafrechtlicher Tatbestände jedoch nicht unbeachtet bleiben darf. Über die Funktion der Strafe als Mittel zu einem bestimmten Zweck herrscht weitgehend Einigkeit. Dann wirkt dieser aber auch notgedrungen auf ihre inhaltliche Ausgestaltung und Begrenzung zurück.⁵⁷³ Dies gilt, obschon es bisher nicht gelungen ist, eine präzise Definition dessen zu formulieren, was als Rechtsgut strafrechtlichen Schutz verdient und sonstige Interessen aus dem Bereich des Strafwürdigen ausscheidet.

Den Anforderungen eines einerseits verfassungsrechtlich fundierten, andererseits gesetzgebungskritischen Legitimitätsmaßstabs für Strafnormen entspricht die Integration eines nicht definitorisch festgelegten, aber verfassungsrechtlich materialisierten Rechtsgutsbegriffs als Bezugspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Um dessen übrige Prüfungsstufen nicht zu entwerten, sind sie an den Rechtsgutsüberlegungen anzubinden und unter Berücksichtigung der konkreten Deliktsstruktur der überprüften Tatbestände wenn möglich mit vorhandenen sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen über die bereichsspezifische Wirkweise des Strafrechts zu unterlegen.

Übertragen auf die Legitimationsprüfung der §§ 265c, 265d StGB erfordert dies zunächst eine Bewertung der den Tatbeständen seitens des Gesetzgebers zugrunde gelegten Rechtsgutsentwürfe anhand der beschriebenen Materialisierungskriterien (dazu B.). Lässt sich ein legitimes Schutzgut ausmachen, stellt sich im Anschluss die Frage nach Geeignetheit, Erforder-

573 Müller-Dietz Strafe und Staat, S. 6.

lichkeit und Angemessenheit der Strafnormen gerade im Hinblick auf das Rechtsgut, wobei die Struktur der Tatbestände näher zu untersuchen sein wird (dazu C.). Schließlich sind die Normen an der klaren verfassungsrechtlichen Grenze des Bestimmtheitsgrundsatzes in Art. 103 Abs. 2 GG zu messen (dazu D.).

B. Rechtsgut

Entsprechend der aufgezeigten Erforderlichkeit, das strafrechtlichen Tatbeständen zugrunde liegende Rechtsgut zu identifizieren und zu bewerten, werden im Folgenden die §§ 265c, 265d StGB auf ein schützenswertes Rechtsgut überprüft. Den Ausgangspunkt bildet hierbei der historische Wille des Gesetzgebers. Anhand einer Auswertung von Gesetzentwürfen, vorangehenden Beratungen und publizierten Äußerungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Akteure ist die intendierte Schutzrichtung der Tatbestände zu ermitteln. Da das die zu überprüfenden Tatbestände beinhaltende Gesetz im Kontext einer allgemeinen Tendenz der zunehmenden strafrechtlichen Regulierung des Sports steht,⁵⁷⁴ werden im Hinblick auf vorgebrachte und sich überschneidende Schutzgutsaspekte verwandte Gesetzentwürfe in den Blick genommen. Ferner erfolgt auch eine Auseinandersetzung mit Vorschlägen, die hinsichtlich der Rechtsgutsfrage in der die einschlägige Gesetzgebung begleitenden wissenschaftlichen Literatur formuliert wurden. Die auf diese Weise gefundenen Rechtsgüter sind jeweils an den aufgezeigten Materialisierungskriterien zu messen. Dabei sind sie insbesondere auf einen hinreichend bestimmten, nicht über bloße Moralvorstellungen konstituierten Gehalt zu überprüfen, dessen reale Verletzbarkeit eine sozialschädliche Dimension aufweist. Hierüber ist ihre Tauglichkeit als legitimer Bezugspunkt einer sich anschließenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bewerten.

574 Exemplifizierend seien die Referentenentwürfe des bayerischen Justizministeriums für ein Sportschutzgesetz vom 30.11.2009, www.justiz.bayern.de/media/entwurf_sportschutzgesetz_30112009.pdf bzw. für ein Gesetz zum Schutz der Integrität des Sports vom 12.3.2014, www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/sport.pdf, sowie das Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport vom 10.12.2015, BGBl. 2015 I S. 2210, genannt.