

## Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht

Mario Bachmann\*

**Rezension zu Johannes Kaspar: Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden (Nomos – Neue Schriften zum Strafrecht, Band 6) 2014. 919 Seiten, 158.- €.  
ISBN 978-3-832-97812-9**

**I.** Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann in seiner Bedeutung kaum über-schätzt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat schon in den 1950er-Jahren damit begonnen, ihn als seinen wichtigsten Prüfungsmaßstab zu etablieren.<sup>1</sup> Auch im ver-fassungsrechtlichen Schrifttum ist er als eine wesentliche Schranke staatlichen Han-delns anerkannt. *Klatt/Meister*<sup>2</sup> haben den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jüngst treffend als „Exportschlager“ der deutschen Rechtswissenschaft bezeichnet und ihm einen „einzigartigen internationalen Siegeszug“ bescheinigt.<sup>3</sup> So ist er beispielsweise auf europäischer Ebene sowohl im Recht der Europäischen Union als auch in der EMRK verankert und spielt dementsprechend in der Rechtsprechung von EuGH und EGMR eine zentrale Rolle.

Angesichts dessen ist es erstaunlich, dass das kritische Potenzial des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für den eingriffsintensiven Bereich des materiellen Strafrechts bisher noch nicht hinreichend wahrgenommen und untersucht worden ist. Dabei drängt sich dieser – wie *Kaspar* zutreffend feststellt – als begrenzendes Element ge-radezu auf, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil er auch sonst im Zentrum der Dog-matik um die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen steht (S. 27). *Verf.* will deshalb in seiner dem ehemaligen Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichtes *Win-fried Hassemer* gewidmeten Habilitationsschrift die „Umrisse eines rechtsstaatlichen Präventionsstrafrechts, bei dem Freiheit geschützt wird“ (S. 342), nachzeichnen und dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in den Mittelpunkt der Betrachtung rü-cken.

**II.** Im ersten von insgesamt fünf Teilen des Werkes (einschließlich einer prägnanten Zusammenfassung am Schluss) widmet sich *Kaspar* in einer Einführung zunächst der Frage, warum das materielle Strafrecht und dessen Grenzen bisher nur selten Ge-genstand eingehender verfassungsrechtlicher Untersuchungen waren (S. 36 ff.) und zeigt zudem eine ganze Reihe von Gesichtspunkten auf (S. 42 ff.), die deutlich ma-

\* Dr. iur. Mario Bachmann, Universität zu Köln, Institut für Kriminologie.

1 Vgl. nur *Bachmann/Goeck*, Strafrecht auf dem Prüfstand von Verfassung und Kriminologie, in: Brun-höber/Höffler/Kaspar u.a. (Hrsg.), Baden-Baden 2013, S. 37 (38) m.w.N.

2 JuS 2014, 193.

3 Ausführlich dazu auch *Saurer*, Der Staat 2012, 3 ff.

chen, dass eine Befassung mit grundgesetzlichen Implikationen auch auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts überaus lohnenswert ist.

Im Anschluss daran wendet sich *Kaspar* den verfassungsrechtlichen Grundlagen seiner Untersuchung zu (S. 51 ff.). Hier arbeitet er unter Anknüpfung an eine liberal-rechtsstaatliche Perspektive zunächst die Abwehrfunktion der Grundrechte als deren klassische und zugleich wichtigste Aufgabe heraus (S. 55 f.). Breiten Raum nehmen sodann Erörterungen zur Schutzfunktion der Grundrechte ein (S. 59 ff.), die schon im Grundgesetz (s. etwa Art. 6 Abs. 4) selbst explizit zum Ausdruck kommt und die *Verf.* gegen verschiedentlich im Schrifttum vorgebrachte kritische Einwände verteidigt (S. 69 ff.). Für den Bereich des materiellen Strafrechts sieht *Kaspar* freilich nur einen sehr eingeschränkten unmittelbaren Anwendungsbereich der Schutzfunktion (S. 77). Unter der Geltung des StGB betreffe dies nur den theoretisch denkbaren Fall, dass evidente Beeinträchtigungen von hochrangigen Rechtsgütern (Leib, Leben u.ä.) durch Dritte entweder gar keinem Straftatbestand unterfielen oder Strafverfolgung und Sanktionierung hier in eklatanter Weise unzureichend seien (S. 92). Wesentlich ausgeprägter sei hingegen die indirekte Bedeutung der Schutzfunktion im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis Staat – Täter – (potenzielles) Opfer, da die Perspektive von letzterem auch unterhalb der Schwelle einer staatlichen Schutzpflicht relevant sei, und zwar für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Verbotsnorm und Sanktionierung. Ein möglicher präventiver Effekt für potenzielle Opfer wirke sich nämlich freiheitswährend und damit eingriffslegitimierend aus (a.a.O.).

Im Anschluss an allgemeine Ausführungen zur Struktur einer Grundrechtsprüfung (Schutzbereich, Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung) sowie zur Prüfungskompetenz des BVerfG (S. 92 ff.) wendet sich *Verf.* ausführlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu (S. 100 ff.). Die umstrittene Frage nach dessen Rechtsgrundlage beantwortet *Kaspar* dahingehend, dass die Herleitung aus dem „Wesen der Grundrechte“ zu erfolgen habe (S. 105 f.). Das entspricht der h.M. und wird vom *Verf.* vor allem mit Verweis auf die bereits erwähnte liberal-rechtsstaatliche Funktion der Grundrechte begründet: Unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt der Abwehrfunktion müsse ein Grundrechtseingriff nämlich zum einen mit gewichtigen Zwecken begründet werden und zum anderen in möglichst schonender Weise erfolgen (S. 105).

Eingehend setzt sich *Kaspar* sodann mit der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung auseinander (S. 115 ff.). Dabei schickt er zunächst den Hinweis vorweg, dass der Prüfung der Legitimität des eingesetzten Mittels regelmäßig keine eigenständige Bedeutung zukomme, da dies schließlich im Regelfall erst das Ergebnis der noch anzustellenden Verhältnismäßigkeitskontrolle sei. Sinnvoll sei die genannte Prüfung aber in den Fällen, in denen das eingesetzte Mittel offenkundig verfassungswidrig sei (z.B. Preszensur im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG oder Todesstrafe nach Art. 102 GG). *Kaspar* verweist hier darauf, dass dies im Schrifttum vereinzelt als

nicht näher behandelte „Vorfrage“ bezeichnet werde, beschränkt sich aber an dieser Stelle selbst auf den etwas unbestimmten Hinweis, dass in derartigen Fällen der Evidenz eine genauere Prüfung im Rahmen des dreistufigen Schemas Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung entbehrlich sei (S. 115). Genau genommen sind Bestimmungen wie Art. 5 Abs. 1 Satz 3 oder 102 GG auf der letztgenannten Stufe als Schranken-Schranke zu thematisieren. Um eine solche handelt es sich auch beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auf dessen Prüfung es aber in den Evidenz-Konstellationen nicht ankommt.

Zu den wichtigsten Ergebnissen, die *Verf.* im Zuge seiner Erörterungen zur Legitimität des Zwecks erzielt (S. 116 ff.), gehören die Feststellung, dass auf dieser Prüfungsstufe letztlich nur solche Ziele auszuscheiden hätten, die für sich betrachtet (etwa wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 GG) verfassungswidrig seien, ferner der Hinweis darauf, dass bei vorbehaltlos gewährten Grundrechten Güter mit Verfassungsrang im Raum stehen müssten und schließlich die Klarstellung, dass der Gesetzgeber ohne Weiteres mehrere Zwecke nebeneinander verfolgen könne. Mit nachvollziehbarer Argumentation legt *Kaspar* zudem dar, dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung neben den vom Gesetzgeber ausdrücklich intendierten auch andere Zwecke berücksichtigt werden könnten, sofern diese nicht explizit ausgeschlossen worden seien (S. 119 f.).

Der folgenreichste Befund bezüglich des legitimen Zwecks findet sich allerdings im Rahmen von *Kaspars* Erörterungen zur zweiten Prüfungsstufe – der Geeignetheit. Da diese Ebene unbestreitbar empirisch geprägt ist, führt dies, wie *Verf.* völlig zu Recht ausführt, dazu, dass nur solche Zwecke verfolgt werden dürfen, die prinzipiell rationaler Überprüfung zugänglich sind (S. 129 ff.). Für den Bereich des Strafrechts hat dies die (häufig übersehene) Konsequenz, dass metaphysische Strafzwecke wie Schuldausgleich und Vergeltung von Verfassungen wegen unzulässig sind (S. 134 ff.). Stattdessen wird hier zumeist mehr oder weniger stillschweigend akzeptiert, dass bei empirisch nicht überprüfbarer Zwecken letztlich nur eine Angemessenheitskontrolle möglich ist. Ein solches Vorgehen nach dem Motto „was nicht passt, wird passend gemacht“, ist nicht nur grotesk, sondern schlichtweg verfassungswidrig.

Im Anschluss hieran widmet sich *Verf.* der ebenfalls stark empirisch geprägten Prüfungsstufe der Erforderlichkeit (S. 155 ff.). Wie in Bezug auf die Ebene der Geeignetheit weist er es auch hier richtigerweise dem Staat zu, darzulegen, dass keine milderen und gleich geeigneten Mittel zur Verfügung stehen (S. 163). Etwaige Zweifel müssen sich wiederum zu Gunsten des Bürgers auswirken (S. 164). Ist ein alternatives Mittel nur geringfügig weniger geeignet, bringt es aber gleichzeitig einen deutlichen Gewinn an Freiheit mit sich, sollte dieser Umstand – worauf *Kaspar* richtigerweise hinweist – auf der Ebene der Angemessenheit Berücksichtigung finden (a.a.O.). Er

nennt derartige, auf letztgenannter Stufe zu berücksichtigende Umstände „interne Abwägungsfaktoren“ (S. 181 ff.).

Mit Ausführungen zu letztgenannter Prüfungsstufe schließt *Verf.* den ersten Teil seines Werkes ab (S. 164 ff.). Da er in Anknüpfung an *Alexy* die Grundrechte (auch) als Optimierungsgebote versteht, ist es konsequent, dass es seiner Ansicht nach im Rahmen der Angemessenheitskontrolle nicht nur um eine negative Prüfung im Sinne des Ausschlusses „schlechthin unangemessener“ Maßnahmen gehen kann (S. 170 ff.). Einer in gewisser Weise „positiven“ Verhältnismäßigkeitsprüfung wird man sich – wie *Kaspar* überzeugend darlegt (S. 173 f.) – in der Tat selbst dann nicht völlig entziehen können, wenn man dem *Alexy*'schen Grundrechtsverständnis nicht folgt, da die Eingriffsintensität im Bereich des materiellen Strafrechts besonders hoch ist, was nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts mit einer erhöhten verfassungsrechtlichen Kontrolle einhergehen muss.

Hinsichtlich der Kriterien für die auf der Ebene der Angemessenheit vorzunehmende Abwägung differenziert *Verf.* zwischen externen und – den bereits erwähnten – internen Faktoren (S. 176 ff.). Innerhalb der erstgenannten Kriterien unterscheidet er wiederum zwischen zweckrelevanten Gesichtspunkten (abstraktes Gewicht der bedrohten Rechtsgüter, Grad von deren Gefährdung) sowie eingeschränkten Aspekten (Rang des betroffenen Grundrechts, Intensität der tatsächlichen Eingriffswirkungen). Dem lässt sich gut folgen.

**III.** Im Zentrum des zweiten Teils der Abhandlung steht die Frage, in welcher Beziehung die bereits erwähnten strafrechtsinternen Begrenzungsversuche zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stehen (S. 193 ff.). *Verf.* thematisiert hier zunächst die Rechtsgutslehre. Dabei kommt es ihm darauf an, diese mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu verbinden (S. 211). Einen offenkundigen Verknüpfungspunkt scheint insoweit bereits die erste Prüfungsstufe des legitimen Zwecks zu sein. Während auf dieser Ebene aber nur evident verfassungswidrige und empirisch nicht überprüfbare Ziele ausscheiden, plädiert die h.L. für einen (materiellen) Rechtsgutsbegriff, der darüber hinausgehende Beschränkungen des Strafgesetzgebers ermöglichen soll. Bis heute ist es jedoch nicht gelungen, ein entsprechendes Konzept überzeugend darzulegen (S. 218). *Kaspar* hält deshalb die Ebene der Angemessenheit für den Ort, an dem das kritische Potenzial der Rechtsgutstheorie am besten zur Geltung kommen kann (S. 222 ff.). Letztere beinhaltet nämlich eine Reihe von Kriterien, die auch für die Gesamtabwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle relevant werden. Hierzu gehört etwa, dass die relative Ferne zum Schutz individueller Rechtsgüter, durch die kollektive Belange gekennzeichnet sind, bei der Angemessenheitskontrolle berücksichtigt werden muss – jedenfalls dann, wenn man wie *Kaspar* einer personalen Rechtsgutstheorie folgt (S. 230), die Individualinteressen ein besonderes Gewicht zuspricht. Im Zuge seiner Ausführungen zu den übrigen strafrechtsinternen

Begrenzungsversuchen arbeitet *Verf.* präzise heraus, dass die meisten von ihnen (u.a. Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts) nicht über das hinausgehen, was ohnehin Gegenstand der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist (S. 339).

Herzstück des zweiten Abschnitts ist freilich die Erörterung des Verhältnisses zwischen dem Schuldprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (S. 267 ff.). Hier knüpft *Kaspar* an einen Aufsatz von *Günter Ellscheid* und *Winfried Hassemer* aus dem Jahr 1975 an, indem diese dafür plädieren, sich von einem Vorwurfscharakter der Strafe zu verabschieden, da sich individuelle Schuld nie sicher feststellen lasse. So weit geht *Verf.* zwar nicht, denn er erkennt Schuld durchaus als notwendige, aber freilich nicht als hinreichende Bedingung strafrechtlicher Sanktionierung an (S. 269 ff., 324 f.): Wem eine Tatbestandsverwirklichung – etwa aus den Gründen der §§ 19, 20 StGB – nicht vorgeworfen werden könne, dürfe selbstverständlich nicht bestraft werden. Eine von ihm als „sanktionsbegründend“ bezeichnete Funktion des Schuldprinzips lehnt er hingegen ab. Eine Bestrafung, der ein präventiver Zweck fehle, könnte nicht mit dem Verweis auf die Existenz einer Schulduntergrenze legitimiert werden (S. 279 ff.). Schon das gegenwärtige Sanktionssystem beruhe auf dem Gedanken, dass nicht stets aus dem Vorliegen von Schuld eine Pflicht zur Bestrafung resultiere – andernfalls seien Maßnahmen der Diversion (§§ 153 ff. StPO, 45, 47 JGG) verfassungswidrig (S. 279 f.).

Wie *Ellscheid/Hassemer* ist *Kaspar* zudem der Ansicht, dass es einer Neukonzeption des Strafrechts auf der Grundlage des Präventionsgedankens und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als begrenzendem Element bedürfe (S. 329 f.). Einem solchen Ansatz wird vielfach eine Tendenz zur uferlosen Ausweitung und Verschärfung des Strafrechts entgegengehalten, die sich nur mit dem Schuldprinzip vermeiden ließen. *Kaspar* entlarvt dies hier und an anderen Stellen seines Werkes als unbegründete Vorurteile (S. 298 ff., 341 ff., 645 ff., 662 ff.). Wie er u.a. mit Recht ausführt, lässt bereits die Tatsache, dass es nur sehr wenige Gerichtsentscheidungen gibt, in denen eine Sanktionierung tatsächlich wegen Überschreitung der Schuldobergrenze als verfassungswidrig eingestuft wurde, Zweifel daran aufkommen, ob das Schuldprinzip wirklich ein strengerer Maßstab ist als der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (S. 300 f.). Vielmehr habe letzterer sogar größeres kritisches Potenzial, weil es mit den Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit auch zwei Ebenen gebe, auf denen nicht nur abstrakte normative Wertungen vorzunehmen seien, sondern es auch um empirisch überprüfbare Feststellungen gehe (S. 286, 303). Nicht zuletzt deswegen ist es richtig, wenn *Kaspar* kritisiert, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im materiellen Strafrecht neben dem Schuldprinzip häufig gar nicht thematisiert werde bzw. keine hinreichende Abgrenzung zwischen beiden erfolge (S. 284 ff.). Deshalb sei es auch nicht verwunderlich, dass bisher der Eindruck vorherrsche, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könne nur wenig zur Strafrechtsbegrenzung bei-

tragen (S. 303). In der Tat ist es so, dass das kritische Potenzial des vorgenannten Grundsatzes bisher noch gar nicht hinreichend erkannt worden ist. Vor allem im Bereich der Strafzumessung wird – auch seitens des BVerfG – häufig gar nicht die Frage nach einem legitimen Zweck oder nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Sanktionierung gestellt (S. 286). Die Prüfungsebene der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn wird zudem vielfach für entbehrlich erachtet, obwohl sie – entgegen mancher Behauptung – nicht mit der Problematik der Schuldangemessenheit kongruent ist. Wie *Verf.* zutreffend darlegt, geht es bei ersterer nämlich nicht nur um die eher diffuse Relation zwischen Anlass (schuldhaft begangene Straftat) und Mittel (Strafe), sondern vielmehr auch darum, ob der mit der Sanktionierung verbundene Grundrechtseingriff in einem angemessenen Verhältnis zum dadurch erzielbaren Zweck (Prävention zukünftiger Straftaten) steht (S. 287).

IV. Im dritten Teil seines Werkes (S. 351 ff.) vertieft *Kaspar* seine bisherigen Ausführungen und rückt die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Strafnormen ins Zentrum seiner Erörterungen. Dabei wendet er sich gegen die „Trennungstheorie“ und spricht sich für eine gemeinsame Prüfung von Verhaltensnorm und Sanktionsandrohung aus. Alles andere sei eine künstliche Trennung und schwäche zudem die verfassungsrechtliche Kontrolldichte (S. 363 ff.). Sodann setzt sich *Verf.* mit der Frage auseinander, was eigentlich legitimer Zweck von Strafnormen sein kann und gelangt dabei zu dem Ergebnis, dass allein die Generalprävention in Betracht komme (S. 390 ff.), und zwar sowohl in ihrer negativen (Abschreckung) als auch in ihrer positiven Spielart (Normbekräftigung).

Da die bisher vorliegenden empirischen Erkenntnisse immerhin den Schluss zulassen, dass vom Kriminaljustizsystem im Ganzen gewisse abschreckende Effekte ausgehen,<sup>4</sup> ist es richtig, wenn *Kaspar* von einer grundsätzlichen Präventionseignung von Strafnormen ausgeht (S. 402). Hinsichtlich der positiven Variante der Generalprävention muss man hingegen von einem „non liquet“ sprechen. Das ist gemeint, wenn *Verf.* konstatiert, dass man hier aufgrund des langfristigen und komplexen Wirkungszusammenhangs eher auf Spekulationen angewiesen sei (a.a.O.). Von der weiteren Entwicklung der Sanktionsforschung wird es im Übrigen auch abhängen, ob von den Prüfungsstufen der Geeignetheit und Erforderlichkeit zukünftig eine noch stärkere strafrechtsbegrenzende Wirkung ausgehen wird als dies bisher der Fall ist.

Anhand einiger ausgewählter Problembereiche führt *Kaspar* sodann das kritische Potenzial des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Ebene der Strafgesetzgebung vor Augen (S. 433 ff.). Dabei kommt er zunächst zu dem Ergebnis, dass der Inzesttatbestand (§ 173 StGB) und das strafbewehrte Verbot einer Lebendorganspende zwischen einander fremden Personen nach § 8 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 19 Abs. 1

4 Näher hierzu *Bachmann/Goeck* (Fn. 1), S. 37 (47 ff.) m.w.N.

Nr. 2 Transplantationsgesetz verfassungswidrig seien (S. 445 ff. u. 489 ff). § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) könne nur als abstraktes Gefährdungsdelikt zum Schutz vor in Wahrheit nicht autonomen Entscheidungen gerechtfertigt werden (S. 463 ff.). Ferner geht *Kaspar* davon aus, dass die Strafbarkeit der Körperverletzung bei sittenwidriger Einwilligung (§§ 223, 228 StGB) wohl entfallen könnte, ohne dass dies eine nennenswerte präventive Einbuße im Bereich der Körperverletzungsdelikte nach sich zöge (S. 488). Schließlich sei die Strafbarkeit des Sich-Verschaffens oder des Besitzes von Cannabis gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 3 BtMG dann nicht mehr verfassungsrechtlich zu legitimieren, wenn ex ante mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit selbst eine abstrakte Gefahr ausgeschlossen oder stark minimiert sei (S. 510). Auch wenn diesen Ergebnissen gewiss nicht jeder uneingeschränkt zustimmen wird, zeigen *Kaspars* Erörterungen doch eindrucksvoll, dass eine konsequent durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung allein schon deshalb ein Gewinn ist, weil sie der Argumentation Struktur und Transparenz verleiht und damit den naturgemäß großen Wertungsspielraum bei der Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ein Stück von ihrem oftmals willkürlich anmutendem Charakter nimmt.

Sind Strafnormen unverhältnismäßig, ergibt sich das Problem, wie darauf im Rahmen der Rechtsanwendung reagiert werden kann. Deshalb ist es folgerichtig ist, dass *Verf.* hierauf in einem größeren Kapitel (S. 519 ff.) näher eingeht, denn in den wenigsten Fällen wird von einer vollständigen Nichtigkeit und der Pflicht zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG auszugehen sein. Auf Tatbestandsebene sieht *Verf.* – naheliegenderweise – Formen der Auslegung und der Rechtsfortbildung, um Verhältnismäßigkeitserwägungen berücksichtigen und zugleich eine Strafnorm wenigstens in Teilen aufrechterhalten zu können (S. 523 ff.).

Möglichkeiten der verfassungskonformen oder zumindest grundrechtsorientierten Auslegung bestehen nach *Kaspar* auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Konkret gehe es hier darum, durch eine entsprechende Interpretation von Rechtfertigungsgründen die Verfassungsmäßigkeit eines Straftatbestandes sicherzustellen (S. 542). Dies sei auch in der Rechtsprechung anerkannt und lasse sich in den meisten Fällen über generalklauselartige oder sonst ausfüllungsbedürftige Begriffe, die die meisten Rechtfertigungsgründe (z.B. §§ 34, 193 StGB) enthielten, bewerkstelligen (a.a.O.). Wo dies nicht möglich sei, kämen die Grundrechte auch als selbstständige Rechtfertigungsgründe in Betracht (S. 544 ff.). Die Beispiele, die *Kaspar* hierfür anführt, überzeugen allerdings nicht in Gänze. So sollen körperliche Züchtigungen von Kindern durch ihre Eltern dann nach Art. 6 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein, wenn die entsprechenden Handlungen „nur unwesentlich über der absoluten Bagatellgrenze“ lägen, die generell für die Bejahung Tatbestandsmäßigkeit nach § 223 StGB gefordert wird (S. 566). Das schafft jedoch schwierige Abgrenzungsprobleme und droht die § 1631

Abs. 2 BGB zu Grunde liegende gesetzgeberische Intention (Durchsetzung einer gewaltfreien Erziehung) zu konterkarieren.

Des Weiteren ist es zwar richtig, wenn *Kaspar* auch bei den Grundrechten als Rechtfertigungsgründen ein subjektives Rechtfertigungselement als Kompensation für das verwirklichte Handlungsunrecht fordert (S. 567). Allerdings lässt er hierfür die subjektive Kenntnis der rechtfertigenden Lage genügen und lehnt einen „Willen zur grundrechtlichen Betätigung“ ab (a.a.O.). Wie bei anderen Rechtfertigungsgründen auch, erscheint der Verzicht auf ein solches zusätzliches Element allerdings in den Konstellationen fragwürdig, in denen der Täter eine objektiv gegebene und von ihm erkannte Rechtfertigungslage lediglich als günstige Gelegenheit für eine „Racheaktion“ o.ä. ausnutzen will und es ihm auf Verteidigung, Grundrechtsbestätigung oder dergleichen gar nicht ankommt.

Besondere Erwähnung verdienen schließlich die Ausführungen des *Verf.* zu den Reaktionsmöglichkeiten bei abstrakten Gefährdungsdelikten (S. 572 ff.). Korrekturbedarf bestehe hier in Bezug auf völlig ungefährliche Handlungen, die keinerlei Beeinträchtigung von Rechtsgütern befürchten ließen und deren Strafbarkeit daher mangels Geeignetheit unverhältnismäßig sei (S. 573 f.). Diese Problematik stellt sich etwa bei § 306a Abs. 1 StGB. Hier ist hoch umstritten, ob in den Fällen eine teleologische Reduktion vorgenommen werden muss, in denen eine Gefährdung anderer Menschen absolut sicher ausgeschlossen werden kann.<sup>5</sup> Unabhängig davon, ob man *Kaspar*, der letzteres bejaht, im Ergebnis folgen will oder nicht, muss man doch uneingeschränkt zugestehen, dass dessen Einwände gegenüber denjenigen, die sich gegen eine teleologische Reduktion aussprechen, jedenfalls sehr beachtlich sind (S. 581 ff.).

Am Ende des dritten Teils befasst sich *Verf.* schließlich in einem Exkurs mit der Frage, inwieweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzende Wirkung für die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe entfaltet (S. 592 ff.). Dies erscheint – wie er selbst einräumt – auf den ersten Blick ungewöhnlich, da es sich bei letzteren gerade nicht um staatliche Freiheitsbeschränkungen handelt und damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranken eigentlich gar nicht zum Zuge kommt (a.a.O.). Eine veränderte Sachlage ergibt sich aber im Hinblick auf § 32 StGB, wenn man nämlich die darin geregelte Notwehr in Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht auch auf das Prinzip der Rechtsbewährung stützt. Dann werde der sich Verteidigende, wie *Kaspar* ausführt, nicht nur individualschützend, sondern auch in einer dem Staat zurechenbaren Weise tätig, weshalb die Abwehrhandlung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sei und dann z.B. eine Tötung zur Verteidigung geringer Sachwerte ausscheiden müsse (S. 607 ff.). Den in Rede stehenden Grundsatz als Grundlage für Notwehrbeschränkungen heranzuziehen, habe den

<sup>5</sup> S. zu dieser Frage auch *Bachmann*, NStZ 2009, 667 (670 f.) m.w.N.

Vorteil, dass es sich bei ihm um einen rechtlichen und nicht um einen „ethischen“ Maßstab handle (S. 615 f.). De lege lata lasse sich seine Berücksichtigung im Wege verfassungskonformer Auslegung des Merkmals der „Gebotenheit“ bewerkstelligen. Wie *Kaspar* selbst darlegt, wäre eine bedeutsame Konsequenz der skizzierten Sichtweise, dass sich der vollständige Ausschluss des Notwehrrechts in der Konstellation der Absichtsprovokation, in der sich der Provokateur im Extremfall sogar töten lassen müsste, nicht mehr verfassungsrechtlich zu legitimieren sei (S. 616).<sup>6</sup>

V. Im vierten Teil des hier zu besprechenden Werks geht es – folgerichtig – um die Sanktionierung im Einzelfall (S. 619 ff.). *Kaspar* gelangt hier zu dem Ergebnis, dass die individuelle Strafe nach generalpräventiven Gesichtspunkten unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bemessen sei. Spezialpräventive Aspekte seien dabei nicht unmittelbarer und eigenständiger Aspekt, sondern nur insoweit relevant als sie generalpräventive Bedürfnisse beeinflussen könnten (S. 631 ff., 708). § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB, wonach die Schuld Grundlage der Strafzumessung sei, stehe einer solchen Sichtweise nicht zwingend entgegen, denn sie enthalte nach dem gesetzgeberischen Willen keine Festlegung auf bestimmte Strafzwecke, so dass eine Interpretation im vorgenannten Sinne möglich sei. *Kaspar* versteht Schuld im Rahmen von § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB demnach als „Ausmaß der Rechtsfriedensstörung“ (S. 781 ff.) und unterbreitet zur Klarstellung dessen auch einen Vorschlag für eine Neuformulierung vorgenannter Norm (S. 848).

Den naheliegenden Einwand, dass die grob skizzierte Konzeption einer generalpräventiven Strafbegründung ohne strenge Bindung an das Schuldprinzip zu maßlosen Strafen führe, vermag *Verf.* unter Hinweis auf die empirische Forschungslage endgültig zu entkräften (S. 645 ff.). Geklärt ist nämlich, dass mit härteren Strafen in der Regel kein höheres Maß an Abschreckung der Allgemeinheit verbunden ist. Die Ursache hierfür liegt in der sogenannten nicht-linearen Abschreckungswirkung der Strafschwere begründet. Demnach lassen sich durch Strafdrohungen unterhalb einer gewissen Schwelle (z.B. sehr geringe Geldstrafen) keinerlei Abschreckungswirkungen erzielen. Gleiches gilt jedoch für ein „mehr“ an Strafe oberhalb eines bestimmten Schwellenwertes (z.B. zwölf statt „nur“ zehn Jahren Freiheitsstrafe). Lediglich innerhalb eines engen Bereichs zwischen den jeweiligen Schwellenwerten kann eine Strafrahmenveränderung überhaupt generalpräventive Effekte bewirken. Die Anhebungen des Gesetzgebers bewegen sich jedoch häufig oberhalb der Schwellenwerte. Das dürfte im Übrigen auch der Grund dafür sein, dass sich die Todesstrafe in kriminologischen Untersuchungen gegenüber langjährigen Haftstrafen nicht als generalpräventiv wirksamer erwiesen hat.<sup>7</sup>

6 S. auch die Überlegungen des *Verf.* zu einer Reformulierung von § 32 in Rechtswissenschaft 2013, S. 40 ff.

7 S. hierzu und zum Vorstehenden *Bachmann/Goeck* (Fn. 1), S. 37 (49) m.w.N.

Auch aus der Perspektive der positiven Generalprävention ergibt sich keine Tendenz zu übermäßig harten Strafen, was u.a. schon daraus folgt, dass derartige Sanktionen nicht geeignet sind, den Rechtsfrieden sowie das Vertrauen in die Rechtsordnung wiederherzustellen (S. 662). *Kaspar* verweist hier mit Recht darauf, dass die Bestrafungswünsche der Allgemeinheit sehr differenziert und gerade nicht von einem übermäßigen Verlangen nach Härte geprägt sind (S. 666). Vielmehr folge aus der These einer gewissen „Austauschbarkeit von Sanktionen“, dass im Zweifel eher die mildere Strafe zur Anwendung gebracht werden sollte (S. 667 f.). Zwar mögen drakonische Straferwartungen je nach Fragestellung durchaus in Umfragen zu ermitteln sein. Lägen diese Vorstellungen nun womöglich deutlich über dem status quo des Sanktionsniveaus, bedeute dies zunächst einmal nur, dass bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen der Mehrheit der Bevölkerung möglicherweise verfehlt würden, nicht aber – und dies wäre für die Rechtfertigung einer Strafverschärfung notwendig – dass dadurch schon Rechtsfriede und Stabilität ernsthaft gefährdet wären (S. 669). Wie *Verf.* zutreffend feststellt, bedürfte es hierfür weiterer empirischer Erkenntnisse der gestalt, dass ein Kriminalitätsanstieg nicht nur im Hell-, sondern auch im Dunkelfeld zu verzeichnen sei und dieser nicht mit anderen Faktoren erklärt werden könne (a.a.O.).

Vor dem geschilderten Hintergrund ergibt sich zwangsläufig die Frage, wie ein Gericht vorzugehen hat, wenn es im Einzelfall auf der Grundlage des von *Kaspar* entwickelten Konzepts „verhältnismäßiger Generalprävention“ ein konkretes Strafmaß bestimmen soll. *Verf.* räumt diesbezüglich zunächst ein, dass empirische Erkenntnisse über die generalpräventiven Wirkungen bestimmter Strafen nicht vorlägen und vom Gericht natürlich auch nicht selbst ermittelt werden könnten. Die Aufgabe der Richterin bzw. des Richters werde jedoch dadurch wesentlich erleichtert, dass es auf die isolierte Wirkung der einzelnen Strafe auch gar nicht ankomme, da nur entscheidend sei, dass die Sanktion in verallgemeinerungsfähiger Weise die Gewähr dafür biete, dass die Strafnorm in Zukunft wieder ernst genommen und der Rechtsfrieden wiederhergestellt werde. Generalprävention sei ihrem Wesen nach „Kumulationsprävention“ (S. 644 f., 664 f., 875). Aufgrund der unsicheren empirischen Grundlagen der generalpräventiven Wirkung der Strafe und des Auftrags des Rechtsanwenders zur Grundrechtsoptimierung müsse sich die Strafe für einen Fall ohne besonders erschwerende Umstände am unteren Ende des denkbaren Spektrums bewegen (S. 824). Die bisherige Praxis, wonach die Strafe im Regelfall im ersten Drittel des Strafrahmens angesetzt werde, erfahre daher mit dem Konzept der verhältnismäßigen Generalprävention erstmals eine theoretische Grundlage (a.a.O.).

Als Orientierungspunkt für die weitere Konkretisierung des Strafmaßes schlägt *Verf.* sodann den von ihm sog. „bereinigten status quo“ vor und meint damit, dass das für die jeweilige Straftat übliche Sanktionsniveau in einer bestimmten Region als

Ausdruck einer generalpräventiv ausreichenden Reaktion interpretiert werden können. Letzteres sei aber noch durch einen Vergleich mit anderen Regionen zu bereinigen, was konkret bedeute, dass ein andernorts geltendes niedrigeres Niveau, das nicht zu präventiven Einbußen führe, als Annäherung an das „generalpräventive Minimum“ vorzugswürdig sei (S. 825 ff.). Wie *Kaspar* zutreffend feststellt, wären deshalb die alten Forderungen nach einer Ermittlung des üblichen Sanktionsniveaus durch die Kriminologie und der bundesweiten Einführung einer Strafzumessungsstatistik unbedingt zu begrüßen und neu zu erheben (S. 826).

Besondere Erwähnung verdient schließlich der Vorschlag des *Verf.*, § 46 Abs. 2 StGB zu reformieren (s. dazu seinen Vorschlag auf S. 848) und in diesem Zusammenhang insbesondere solche Kriterien zu streichen, die sich – wie z.B. die Gesinnung des Täters – nicht als Ausdruck eines generalpräventiven Bedürfnisses qualifizieren ließen, was vor dem Hintergrund von *Kaspars* Konzeption nur konsequent ist. Dies gilt auch für seine Anregung, nach Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit den neuen einheitlichen Strafausschlussgrund „Unverhältnismäßigkeit der Bestrafung“ zu etablieren, unter dem sich die bisher zur Prüfungsstufe der Schuld gehörenden Aspekte (z.B. §§ 17, 19, 20, 33, 35 StGB), der Rücktritt (§ 24 StGB) sowie einige der bisherigen Strafausschlussgründe (z.B. § 258 Abs. 6 StGB) vereinigen ließen. All diese Regelungen liege nämlich der Gedanke fehlender präventiver Notwendigkeit einer Bestrafung zu Grunde (S. 711 ff.).

VI. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass das hier besprochene Werk einen eindrucksvollen Beleg dafür liefert, wie ausgesprochen erhellend und weiterführend es sein kann, wenn man einen bestehenden Grundsatz – vorliegend den der Verhältnismäßigkeit – einmal konsequent zur Anwendung bringt. Es ist erstaunlich, dass dies im materiellen Strafrecht bisher nicht geschehen ist. *Kaspar* gelingt es jedenfalls mit außergewöhnlicher argumentativer Kraft. Seinen Ausführungen lässt sich gut folgen, auch wenn die Zahl der Verweise „nach unten“ doch recht groß ist, was im Allgemeinen für die Nachvollziehbarkeit eines Gedankengangs wenig förderlich ist. Es bleibt zu hoffen, dass die vielen Anknüpfungspunkte für die Weiterentwicklung des von *Kaspar* erarbeiteten Konzepts der „verhältnismäßigen Generalprävention“ zukünftig tatsächlich aufgegriffen werden. Das gilt insbesondere, um lediglich ein Beispiel herauszugreifen, für die Kriminologie, der in dem in Rede stehenden Werk – wie im Übrigen auch in manch jüngerem Entscheidungen von EGMR und BVerfG<sup>8</sup> – eine zentrale Rolle zukommt. Ohnehin hat ein so weitreichendes Konzept wie das von *Kaspar* nur dann eine realistische Chance auf adäquate Verwirklichung, wenn alle beteiligten Akteure (einschließlich der Kriminalpolitik) mitwirken. Der Mühe wäre es in jedem Fall wert!

8 Ausführlich dazu *Knauer*, NK 2014, S. 162 ff.