

Johannes Kaspar

**Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz
im Präventionsstrafrecht**

Nomos Verlagsgesellschaft

Inhaltsübersicht

1. Teil: Das materielle Strafrecht im Licht des Verfassungsrechts – Problemstellung und verfassungsrechtliche Grundlagen	27
A. Einführung	27
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	51
2. Teil: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und „strafrechtsinterne“ Begrenzungsversuche	193
A. Rechtsgüterschutz	193
B. Strafrecht als „ultima ratio“	243
C. Subsidiarität des Strafrechts	248
D. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	251
E. Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit	254
F. Toleranzprinzip	265
G. Schuldprinzip	267
H. Tatproportionalität	330
I. Zusammenfassung	338
3. Teil: Zur Verhältnismäßigkeit der strafbewehrten Verhaltensnorm	351
A. Allgemeine Maßstäbe der Verfassungsmäßigkeit der strafbewehrten Verhaltensnorm	352
B. Ausgewählte Problembereiche	433
C. Zwischenfazit zum Konzept des „verhältnismäßigen Rechtsgüterschutzes“	516
D. Zur Frage der Reaktion auf unverhältnismäßige strafbewehrte Verhaltensnormen im Rahmen der Rechtsanwendung	519
E. Exkurs: Verhältnismäßigkeit als Grenze von Rechtfertigungsgründen	592

4. Teil: Zur Verhältnismäßigkeit der strafrechtlichen Sanktion	619
A. Die strafrechtliche Sanktion als Grundrechtseingriff	619
B. Der Präventionszweck der strafrechtlichen Sanktionierung	631
C. Verhältnismäßigkeit und „Bestrafungsvoraussetzungen“ – das „Ob“ der Sanktionierung	709
D. Verhältnismäßigkeit und Strafzumessung – das „Wie“ der Sanktionierung	779
5. Teil: Zusammenfassung	861
Literaturverzeichnis	879
Stichwortverzeichnis	911

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Das materielle Strafrecht im Licht des Verfassungsrechts – Problemstellung und verfassungsrechtliche Grundlagen	27
A. Einführung	27
I. Das materielle Strafrecht als Gegenstand verfassungsrechtlicher Betrachtung	27
II. Die unzureichende Erörterung der Problematik und ihre möglichen Gründe	32
1. Bisherige einschlägige Arbeiten	32
2. Mögliche Gründe für die unzureichende Erörterung der Thematik	36
a) Eingeschränkter Grundrechtsschutz im Bereich des Strafrechts	36
b) „Kolonialisierung“ des Strafrechts durch das Verfassungsrecht?	38
c) Entbehrlichkeit aufgrund eigenständiger strafrechtsinterner Ansätze?	39
d) Das Problem der Unbestimmtheit des Verfassungsrechts ...	41
III. Offene Fragen und erhoffter Erkenntnisgewinn	42
1. Die Vernachlässigung der Sanktion als Gegenstand verfassungsrechtlicher Erörterung	42
2. Die Fortentwicklung der verfassungsrechtlichen Dogmatik ...	45
3. Kaum begrenzendes Potenzial des Verfassungsrechts?	47
4. Verfassungsrechtliche Fundierung der „Gesamten Strafrechtswissenschaft“?	48
5. Europäische und internationale Bezüge	49
IV. Gang der Untersuchung	50
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	51
I. Die Dogmatik der Grundrechte	53
1. Einführung: Die Bedeutung der Grundrechte	53

2. Grundrechtstypen	54
a) Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte	54
b) Grundrechtsgleiche Rechte	54
3. Grundrechtsfunktionen und ihre Bedeutung für das materielle Strafrecht	55
a) Klassische Funktionen	55
aa) Die Abwehrfunktion (status negativus)	55
bb) Status positivus	56
b) Objektiv-rechtliche Funktion	57
c) Schutzfunktion	59
aa) Dogmatische Grundlage	60
(1) Ansätze in der Literatur	60
(2) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	62
bb) Voraussetzungen und Reichweite	62
cc) Subjektives Recht auf Schutz?	66
dd) Kritik	69
(1) Entbehrlichkeit der Schutzfunktion?	69
(2) Konturenlosigkeit der Wertordnung?	70
(3) Schwächung der Abwehrfunktion	71
(4) Verschiebung der Gewaltenteilung zum „Jurisdiktionsstaat“	72
ee) Zusammenfassende Stellungnahme	73
ff) Zur Rolle des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	75
gg) Zur Frage der Schutzpflichtenerfüllung durch strafrechtliche Maßnahmen	77
(1) Grundsätzliche Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen „Strafpflicht“	77
(2) Eingeschränkte Relevanz der Schutzfunktion im Strafrecht	78
(3) Mögliche weitere Anwendungsbereiche	81
(a) Defizitäre Strafverfolgung	81
(b) Defizitäre Strafandrohung und Strafzumessung	83
(c) Verfassungsrechtlich verbürgtes „Recht des Opfers auf Bestrafung“?	84
(d) Bekämpfung der Verbrechensfurcht	89
(e) Opferschutz und Opferentschädigung	90
d) Zusammenfassung: Bedeutung der Grundrechtsfunktionen im materiellen Strafrecht	91

4. Die Voraussetzungen einer Grundrechtsverletzung	92
a) Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt	93
aa) Schutzbereich	93
bb) Eingriff	94
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	95
b) Vorbehaltlos gewährte Grundrechte	97
5. Zur Prüfungskompetenz des BVerfG	99
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	100
1. Grundlagen	101
a) Struktur und Terminologie	101
b) Historische Entwicklung und rechtliche Grundlagen	102
aa) Abzulehnende Ansätze	103
bb) Ableitung aus dem Wesen der Grundrechte	105
cc) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „Verfassungsgewohnheitsrecht“	106
c) Anwendungsbereich	106
d) Adressatenkreis	107
e) Verhältnismäßigkeit als Gebot der „Effizienz“?	110
f) Verhältnismäßigkeit als Gebot der „Kohärenz“?	111
g) Verhältnismäßigkeit als „Prinzip“ im Sinne von Alexy?	112
h) Einfachgesetzliche Ausgestaltungen	113
2. Die Legitimität von Mittel und Zweck	114
a) Legitimität des Mittels	115
b) Legitimität des Zwecks	116
aa) Differenzierung nach Art des Grundrechts	117
bb) Differenzierung nach Adressat des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	118
cc) Zulässigkeit der Verfolgung mehrerer Zwecke	118
dd) Keine Beschränkung auf von vornherein intendierte Zwecke	119
ee) Austauschbarkeit von Zweck und Mittel?	120
ff) Verhältnismäßigkeitsabwägungen außerhalb von „Zweck-Mittel“-Konstellationen?	122
3. Die Geeignetheit	124
a) Beurteilungsspielraum aufgrund des prognostischen Charakters der Prüfung	126
b) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht	128
c) Voraussetzung der prinzipiellen Möglichkeit empirischer Überprüfbarkeit	129
d) Folgen für die Auswahl legitimer Eingriffszwecke	130

e)	Zum Strafzweck des „Schuldausgleichs“	134
aa)	Unzulässigkeit der Strafzwecke der Vergeltung und des „Schuldausgleichs“	134
bb)	Vergeltung und Schuldausgleich als Wesen der Strafe ..	138
cc)	Verfassungsrechtliches „Sonderregime“ für Strafen? ..	141
dd)	Die Differenzierung von Zweck und Bemessungsfaktoren	143
f)	Maßstäbe der Kontrolle	146
g)	Zum Problem der Argumentations- und Beweislast	148
aa)	Differenzierung von Argumentations- und Beweislast ..	149
bb)	Indizwirkung und prinzipielle Argumentationslast des Staates	149
cc)	Zum Grundsatz „in dubio pro libertate“	152
dd)	Der Einfluss der grundrechtlichen Schutzfunktion	153
4.	Die Erforderlichkeit	155
a)	Alternative Maßnahmen als „mildere Mittel“	156
aa)	Art der Betrachtungsweise	156
bb)	Personeller Maßstab für die Einstufung als „milderes Mittel“	158
cc)	Die Bedeutung ökonomischer Erwägungen	159
dd)	Strafrecht als milderes Mittel?	161
ee)	Keine Beschränkung auf andere Mittel	163
b)	Gleiche Geeignetheit der „milderen Mittel“	163
5.	Die Angemessenheit	164
a)	Anwendungsbereich	165
aa)	Ausschluss bei normgeprägten Grundrechten	165
bb)	Ausschluss bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalten?	166
cc)	Keine strikte Geltung aufgrund des Prinzipiencharakters?	167
b)	Adressaten der Angemessenheitsprüfung	168
c)	Inhalt der Angemessenheitsprüfung	169
aa)	Funktion der Angemessenheitsprüfung: äußerste Grenze oder Optimierungsauftrag?	170
bb)	Differenzierung nach handelndem staatlichen Organ ..	174
cc)	Die Abwägungsfaktoren	175
(1)	Externe Abwägungsfaktoren	176
(a)	Zweckrelevante Abwägungsfaktoren	176
(b)	Eingriffsrelevante Abwägungsfaktoren	179
(2)	Interne Abwägungsfaktoren	181
dd)	Abgrenzung zur Zumutbarkeitsprüfung	183

e) Kritik an der Angemessenheitsprüfung	184
(1) Unerwünschte Folgen	184
(2) Nivellierung des Grundrechtsschutzes	186
(3) Beliebigkeit der Ergebnisse	186
d) „Angemessenheit“ außerhalb von Zweck-Mittel- Verhältnissen	190
2. Teil: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und „strafrechtsinterne“ Begrenzungsversuche	193
A. Rechtsgüterschutz	193
I. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts	194
1. Der Begriff des Rechtsguts	194
2. Die Funktion der Ermittlung des Rechtsguts	196
a) Das Rechtsgut als „Abkürzung des Zweckgedankens“	196
b) Die systemkritische Funktion der Rechtsgutstheorie	198
3. Strafrechtliche Konsequenzen	201
4. Die Reichweite der Rechtsgutstheorie	203
II. Verfassungsrechtliche Bezüge der Rechtsgutstheorie	205
1. Die personale Rechtsgutslehre	205
2. Rechtsgutstheorie und Untermaßverbot	208
3. Folgen bei fehlendem Rechtsgut	209
III. Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz	211
1. Rechtsgüterschutz und Zweckbestimmung	212
a) Verfassungsrechtliche Maßstäbe	212
b) Besondere Anforderungen bei Strafnormen?	213
aa) Die Rechtsprechung des BVerfG	214
bb) Erforderlichkeit eines „Verfassungsgutes“ (Bottke)	215
cc) Verfassungsrechtlicher „Wertbezug“ des geschützten Rechtsguts (Sax)	217
c) Zusammenfassung	218
2. Rechtsgüterschutz und Geeignetheit	219
3. Rechtsgüterschutz und Erforderlichkeit	221
4. Rechtsgüterschutz und Angemessenheit	222
a) Eingriffsrelevante Faktoren	223
aa) Gewicht des beeinträchtigten Grundrechts	223
bb) Die Bedeutung der Strafbewehrung	224
cc) Zur Bedeutung der Höhe der angedrohten Strafe	227

b) Zweckrelevante Faktoren	229
aa) Schutzwürdigkeit des Rechtsguts und Gewicht des verfolgten Zwecks	229
bb) Schädlichkeit der verbotenen Handlung	232
cc) Die Bedeutung der Verwerflichkeit der Handlung	235
IV. Kritik am folgenorientierten Charakter der Prüfung	238
V. Zusammenfassung: „Verhältnismäßiger Rechtsgüterschutz“ als Aufgabe des Strafrechts	241
B. Strafrecht als „ultima ratio“	243
I. Die zwei Komponenten des ultima-ratio-Gedankens	243
II. Die Bezüge zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	244
1. Erforderlichkeit	244
2. Angemessenheit	245
3. Grundrechtliche Schutzpflicht	246
4. Ergebnis	246
C. Subsidiarität des Strafrechts	248
D. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	251
E. Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit	254
I. Die Konzeption im Einzelnen	254
1. Strafbedürftigkeit	254
2. Strafwürdigkeit	255
II. Verfassungsrechtliche Bezüge	256
1. Strafbedürftigkeit	256
2. Strafwürdigkeit	258
3. Zusammenführung beider Aspekte	264
F. Toleranzprinzip	265
G. Schuldprinzip	267
I. Das strafrechtliche Schuldprinzip und seine Funktionen	269
1. Sanktionsermöglichung	270
2. Sanktionsgestaltung und -limitierung	273
a) Schuldprinzip und allgemeines Strafrecht	273
b) Schuldprinzip und Jugendstrafrecht	276
3. Sanktionsbegründung („Keine Schuld ohne Strafe“)?	279
II. Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	283
1. Sanktionsermöglichung	283

2. Sanktionsgestaltung und -limitierung	284
a) Keine Kongruenz von Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiten Sinn	285
b) Abweichende Maßstäbe der Angemessenheitsprüfung	286
aa) Zweck-Mittel-Relation	287
bb) Berücksichtigung individueller Belastungen und anderer präventionsrelevanter Umstände	288
cc) Externe Grenze oder (auch) Bemessungsfaktor?	290
c) Stimmen in der Literatur	291
d) Suspendierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Strafzumessung?	293
aa) Die Rolle von Vergeltung und Schuldausgleich als Strafzweck	293
bb) Strafzumessungsrecht als Anhaltspunkt	296
cc) Schuldprinzip als strengerer Maßstab?	298
dd) Abstrakte Sanktionsdrohung als Bezugspunkt?	303
ee) Ausufernde Rechtsschutzmöglichkeiten?	308
ff) Besonderheiten der richterlichen Strafzumessung	309
3. Strafe ohne Vorwurf? Die Ansicht von Ellscheid und Hassemer	312
a) Einzelne Aspekte der Ansicht von Ellscheid und Hassemer . .	313
aa) Aporien des Schuldgrundsatzes im Strafrecht	313
bb) Folgerungen	314
(1) Neukonzeption eines Systems der strafrechtlichen Haftung	314
(2) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maßprinzip	315
b) Kritik in der Literatur	317
aa) Die Ansicht von Stratenwerth	318
bb) Die Ansicht von Arthur Kaufmann	319
cc) Die Ansicht von Hirschberg	322
dd) Die Ansicht von Müller-Dietz	323
c) Stellungnahme	324
aa) Aufgabe des Tadelements	324
bb) „Tadel“ und Prävention	325
cc) Die Rolle der Maßregeln	328
dd) Der „Grund“ strafrechtlicher Haftung	328
ee) Zur Verhältnismäßigkeit als Maßprinzip der Strafe	329
H. Tatproportionalität	330
I. Parallelen zu Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip	331

II. Fehlende Relevanz des verfolgten Zwecks	332
III. Das Problem der Bemessung und Begrenzung	335
I. Zusammenfassung	338
I. Deckungsgleichheit	339
II. „Kontrollüberschuss“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung	339
III. Grenzenlosigkeit eines reinen Präventionsstrafrechts?	341
IV. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als einheitlicher Kontrollmaßstab	346
1. Die Ebene der Sanktion	346
2. Die Ebene der Verbotsnorm	349
3. Teil: Zur Verhältnismäßigkeit der strafbewehrten Verhaltensnorm	351
A. Allgemeine Maßstäbe der Verfassungsmäßigkeit der strafbewehrten Verhaltensnorm	352
I. Schutzbereich	352
1. Spezielle Freiheitsgrundrechte	353
a) Beispiele	353
b) Einschränkung des Schutzbereichs	354
2. Allgemeine Handlungsfreiheit	357
a) Umfang des Schutzbereichs	357
b) Die negative Komponente der allgemeinen Handlungsfreiheit	359
c) Beschränkung des Schutzbereichs bei strafbarem Verhalten?	359
II. Eingriff	363
1. Die Unterscheidung von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm ..	363
2. Der Eingriffscharakter der strafbewehrten Verhaltensnorm	364
a) Fehlender Eingriffscharakter?	364
b) Zur Bedeutung der Folgen der Zuwiderhandlung	365
3. Verhaltensnorm und Bestimmtheitsgebot	367
4. Zum Eingriffscharakter der isolierten abstrakten Sanktionsdrohung	370
a) Grundrechtsrelevanz der abstrakten Sanktionsdrohung	370
b) Individuelle Betroffenheit	371
c) Das Gebot „schuldangemessenen Strafens“	371

d) Besonderheiten bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der abstrakten Strafdrohung	372
aa) Abstrakt-generelle Betrachtungsweise	372
bb) Die Bedeutung der Obergrenze des Strafrahmens	374
cc) Die Bedeutung der Untergrenze des Strafrahmens	376
dd) Sonderproblem: absolute Strafdrohungen und sonstige zwingende Rechtsfolgen	379
e) Fazit: Die untergeordnete Bedeutung der abstrakten Sanktionsdrohung	381
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	381
1. Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung	381
2. Die Verhältnismäßigkeit der strafbewehrten Verhaltensnorm ..	382
a) Legitimität von Zweck und Mittel	383
aa) Ausschluss der Repression	384
(1) Keine Relevanz für die strafbewehrte Verhaltensnorm	384
(2) Zum Inhalt des „Zwecks“ der Repression	387
bb) Ausschluss spezialpräventiver Zielsetzungen	388
cc) Ausschluss der Zielsetzung der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“	389
dd) Zur generalpräventiven Zielsetzung der strafbewehrten Verhaltensnorm	390
(1) Unterscheidung von Präventionszweck und Präventionsweg	391
(2) Unterscheidung der verschiedenen Arten von Generalprävention	393
(a) Negative Generalprävention	393
(b) Positive Generalprävention	394
(c) Die Bedeutung der Realisierung der Androhung	395
(3) Zur ex-ante-Perspektive der strafbewehrten Verhaltensnorm	396
b) Geeignetheit	398
aa) Die generelle Präventionseignung	398
bb) Die strukturelle Präventionseignung	403
(1) Bestimmtheit als Grundvoraussetzung struktureller Präventionseignung?	404
(2) Möglichkeit der „rationalen Steuerung“	405
(3) Unschädlichkeit von Verhaltensweisen	408
(a) Kollektive Rechtsgüter	408
(b) Abstrakte Gefährdungsdelikte	409

(c) Versuchsdelikte	411
(d) Ungewisse Kausalzusammenhänge	412
(4) „Verhalten“ als zwingender Bezugspunkt der strafrechtlichen Verhaltensnorm	413
c) Erforderlichkeit	414
aa) Externe alternative Mittel	414
(1) Alternative außerstrafrechtliche Steuerungsmodelle	414
(2) Selbstschutzmöglichkeiten des Opfers als milderes Mittel?	419
bb) Interne alternative Mittel	421
(1) Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeit	421
(2) Einführung eines „Interventionsrechts“	422
(3) Die Ausgestaltung der Strafnorm selbst	423
(a) Die Ausgestaltung des Tatbestandes	423
(b) Die Ausgestaltung der Strafdrohung	423
(4) Andere Strafnormen	426
d) Angemessenheit	427
aa) Entbehrlichkeit der Abwägung?	428
bb) Generelle Bezugspunkte der Abwägung	429
cc) Abwägungszuständigkeit	430
dd) Abwägungsfaktoren	431
(1) Externe Faktoren	431
(a) Zweckrelevante Faktoren	431
(b) Eingriffsrelevante Faktoren	431
(2) Interne Abwägungsfaktoren	432
ee) Zwischenergebnis:	433
B. Ausgewählte Problembereiche	433
I. Zum strafrechtlichen Schutz von Moralvorstellungen	436
1. Die generelle Problematik des Schutzes von Moralvorstellungen	436
a) Legitimer Zweck	437
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	439
c) Angemessenheit	440
aa) Zweckrelevante Faktoren	440
bb) Eingriffsrelevante Faktoren	444
cc) Ergebnis der Abwägung	445
2. Die Strafbarkeit des Inzests (§ 173 StGB)	445
a) Der legitime Zweck des Inzestverbots	448
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	449

c) Angemessenheit	450
aa) Zweckrelevante Faktoren	450
bb) Eingriffsrelevante Faktoren	453
cc) Ergebnis der Abwägung	453
II. Verbot autonomer Selbstschädigung	457
1. Keine grundrechtliche Pflicht zum Schutz vor Selbstschädigung	459
2. Abwehrrechtliche Betrachtung des Schutzes vor autonomer Selbstschädigung	461
a) Legitimer Zweck	462
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	462
c) Angemessenheit	463
3. Konkrete Beispiele	463
a) Tötung auf Verlangen, § 216 StGB	463
aa) Legitime Schutzzwecke	465
bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	466
cc) Angemessenheit	469
(1) Externe Faktoren	469
(a) Zweckrelevante Faktoren	469
(b) Eingriffsrelevante Faktoren	473
(2) Interne Faktoren	473
(3) Ergebnis der Abwägung	474
b) Das Verbot der Körperverletzung bei sittenwidriger Einwilligung (§ 228 StGB)	479
aa) Der legitime Zweck der §§ 223, 228 StGB	480
bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	480
cc) Angemessenheit	481
(1) Externe Faktoren	481
(a) Zweckrelevante Faktoren	481
(b) Eingriffsrelevante Faktoren	487
(2) Interne Faktoren	488
(3) Ergebnis der Abwägung	488
c) Verbot der Lebendorganspende zugunsten fremder Personen	489
aa) Legitime Zwecke	490
bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	491
cc) Angemessenheit	494
(1) Externe Faktoren	494
(a) Zweckrelevante Faktoren	494
(b) Eingriffsrelevante Faktoren	496
(2) Interne Faktoren	496

(3) Ergebnis der Abwägung	497
d) Verstoß gegen § 29 I 1 Nr. 1, Nr. 3 BtmG	498
aa) Legitimer Schutzzweck	500
bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	501
cc) Angemessenheit	503
(1) Die Maßstäbe der Abwägung nach dem BVerfG ..	503
(2) Die Angemessenheitsprüfung im Einzelnen	505
(a) Externe Faktoren	505
(aa) Zweckrelevante Faktoren	505
(bb) Eingriffsrelevante Faktoren	508
(b) Interne Faktoren	509
(3) Ergebnis der Abwägung	509
(4) Zur Tragfähigkeit der sog. „prozessualen Lösung“ des BVerfG	511
(a) Die Argumentation des BVerfG	511
(b) Kritik in der Literatur	512
(c) Eigene Stellungnahme	513
C. Zwischenfazit zum Konzept des „verhältnismäßigen Rechtsgüterschutzes“	516
I. Der Gesetzgeber als Adressat	516
II. Der Rechtsanwender als Adressat	519
D. Zur Frage der Reaktion auf unverhältnismäßige strafbewehrte Verhaltensnormen im Rahmen der Rechtsanwendung	519
I. Die „strafbewehrte Verhaltensnorm“ als Bezugspunkt	520
II. Zur Aufgabe des Strafrichters als Rechtsanwender und Rechtssetzer	522
III. Systematische Verankerung der Reaktionsmöglichkeiten	523
1. Die Ebene des Tatbestands	523
a) Auslegung des Tatbestands	523
aa) Einfache Auslegung	523
bb) Verfassungskonforme Auslegung	526
cc) Grundrechtsorientierte Auslegung	530
b) Rechtsfortbildung	532
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung	532
bb) Voraussetzungen und Reichweite	533
cc) Konkrete Beispiele	535
(1) Die Geldwäsche-Entscheidung des BVerfG	535
(2) Beleidigungen im Kreis enger Vertrauter	535
(3) „Kernbereichsfälle“	538

2. Die Ebene der Rechtswidrigkeit	541
a) Grundrechtliche Einflüsse auf existierende Rechtfertigungsgründe	542
b) Grundrechte als selbstständige Rechtfertigungsgründe	544
aa) Beispiele in der Rechtsprechung und der Literatur	545
bb) Methodische Grundlage	549
cc) Reichweite	551
dd) Kritik	552
(1) Fehlende Bestimmtheit	552
(2) Unzulässige Verwerfung	554
(3) Zutreffende systematische Einordnung auf der Ebene der Rechtfertigung?	555
ee) Weitere Beispiele	557
(1) Art. 4 I GG als Rechtfertigungsgrund für „Gewissenstaten“?	557
(2) Art. 6 II GG als Rechtfertigungsgrund für Züchtigungen?	562
(a) Tatbestandslösung	563
(b) Lösung über anerkannte Rechtfertigungsgründe	564
(c) Rechtfertigung aus Art. 6 II 1 GG	565
ff) Dogmatische Folgefragen	566
(1) „Notwehrprobe“	566
(2) Subjektives Rechtfertigungselement	567
(3) Irrtumsfragen	567
(4) Behandlung „rechtfertigungsnaher“ Fälle	568
c) Zur Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Strafrechtswidrigkeit	570
IV. Reaktionsmöglichkeiten bei abstrakten Gefährdungsdelikten de lege lata und de lege ferenda	572
1. Konkrete Gefährlichkeitsdelikte	573
a) Begrenzungsbedarf aus verfassungsrechtlichen Gründen ...	573
b) Beispiele	574
c) Begründungsansätze	577
d) Methodische Grundlage	579
e) Kritik	581
f) Konkretisierung am Beispiel der oben diskutierten Delikte ..	585
aa) § 173 StGB	585
bb) § 216 StGB	586
cc) § 228 StGB	587
dd) § 8 I 2 TPG	587

ee) § 29 BtmG	588
2. Kumulationsdelikte	588
E. Exkurs: Verhältnismäßigkeit als Grenze von Rechtfertigungsgründen ...	592
I. Schutzrechtliche Betrachtung	594
1. Regelmäßige Irrelevanz der Schutzfunktion	595
2. Grundrechtliche Schutzpflicht und Festnahmerecht	596
3. Grundrechtliche Schutzpflicht und Notwehr	597
II. Abwehrrechtliche Betrachtung	600
1. Rechtfertigungsgründe als staatliche „Genehmigung“ zum Eingriff?	600
2. Zusätzliche Anforderungen an die „Zurechnung“ des Verhaltens	602
3. Konkrete Beispiele	604
a) Festnahmerecht, § 127 I StPO	604
b) Züchtigungsrecht	605
c) Notwehr, § 32 StGB	607
aa) Das Handeln des Verteidigers als dem Staat zuzurechnendes Verhalten	607
bb) Folgen	609
(1) Die Notwehr als funktionales Äquivalent zur Strafe	609
(2) Bindung zulässiger Verteidigung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	610
(a) Methodische Grundlage	611
(b) Auswirkungen auf den Umfang des Notwehrrechts	612
(c) Verhältnismäßigkeit als umfassende Begründung der Notwehrbegrenzung?	615
(d) Auswirkungen auf die Strafbarkeit der Beteiligten	617
4. Teil: Zur Verhältnismäßigkeit der strafrechtlichen Sanktion	619
A. Die strafrechtliche Sanktion als Grundrechtseingriff	619
I. Die Rolle der Opportunitätseinstellungen	619
II. Der Schuldspruch	621
1. Der Eingriffscharakter des Schuldspruchs	622
2. Besondere Bedeutung des Schuldspruchs als „Primärsanktion“	625

3. Schuldpruch und „Absehen von Strafe“	627
III. Geldstrafe	628
1. Die Geldstrafe als Grundrechtseingriff	628
2. Verwarnung mit Strafvorbehalt	629
IV. Freiheitsstrafe	629
V. Exkurs: Todesstrafe und Verfassung	630
B. Der Präventionszweck der strafrechtlichen Sanktionierung	631
I. Die verschiedenen Dimensionen der Strafzweckbetrachtung	632
1. Strafzweck oder Strafrechtzweck?	632
2. „Idealistischer“ oder „realistischer“ Maßstab der Strafzweckbetrachtung?	633
3. Unterscheidung von Präventionszweck und Präventionsweg ...	634
II. Die Präventionswege aus verfassungsrechtlicher Sicht	634
1. Generalprävention	636
a) Generalprävention im geltenden Recht	636
b) Zur negativen Generalprävention	638
aa) Inhalt: „Androhungsrealisierungsprävention“	638
bb) Mögliche verfassungsrechtliche Einwände	639
(1) Verstoß gegen Art. 1 I GG?	639
(2) Ungeeignetheit?	642
(3) Selektive Bestrafung als milderes Mittel?	643
(4) Expansiver Charakter der negativ generalpräventiv begründeten Strafe?	645
c) Zur positiven Generalprävention	648
aa) Inhalt	648
(1) Lerneffekt	649
(2) Vertrauenseffekt	650
(3) Normbestätigung	651
(4) Befriedigungseffekt	653
(5) Opfergenugtuung	654
(6) Expressive Funktion der Strafe	655
bb) Mögliche verfassungsrechtliche Einwände	656
(1) Verstoß gegen Art. 1 I GG?	656
(2) Unwirksamkeit / Fehlende empirische Beweisbarkeit?	658
(3) Ausschluss außerstrafrechtlicher Mittel als Problem der Erforderlichkeit?	661
(4) Expansiver Charakter der positiv-generalpräventiv begründeten Strafe?	662

(5) Abhängigkeit von Meinungsumfragen?	666
(a) Die „asymmetrische“ Relevanz empirisch ermittelter Sanktionsbedürfnisse	668
(b) Aufklärungspflicht des Staates	671
(6) Positive Generalprävention als „verkappte Vergeltung“?	673
d) Zusammenfassung	675
2. Spezialprävention	676
a) Spezialprävention im geltenden Recht	676
b) Inhalt	678
aa) „Androhungsrealisierung“ als Ausdruck des Abschreckungsgedankens	678
bb) Resozialisierung	678
(1) Ermöglichung „individuellen Rechtsfriedens“	679
(2) Wiedereingliederung des Täters	680
(3) Vermeidung von Desozialisierung	683
(4) Sühne	684
(5) Förderung des Täters	685
cc) Sicherung	688
c) Verfassungsrechtliche Bedenken	690
aa) Verstoß gegen Art. 1 I GG	690
bb) Unwirksamkeit	692
cc) Expansiver Charakter	693
d) Zusammenfassung	697
3. Systematisierung der „Präventionswege“	697
a) Die vergeltende Vereinigungstheorie	698
b) Die Ansicht des BVerfG	699
c) Die präventive Vereinigungstheorie von Roxin	701
d) Eigene Position: Theorie der verhältnismäßigen Generalprävention	703
C. Verhältnismäßigkeit und „Bestrafungsvoraussetzungen“ – das „Ob“ der Sanktionierung	709
I. Systematische Stellung und Funktion der „Bestrafungsvoraussetzungen“	709
II. Die Bestrafungsvoraussetzungen auf der Deliktsebene der „Schuld“	711
1. Schuldfähigkeit, § 20 StGB	712
2. Verbotsirrtum, § 17 StGB	716
3. Entschuldigender Notstand und Notwehrexzess (§§ 33, 35 StGB)	717

III. „Verhältnismäßigkeit“ als übergreifende materielle	
Bestrafungsvoraussetzung der dritten Deliktsstufe	720
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen und Terminologie	720
2. Kritik	723
3. Ausweitung der Konzeption	725
a) Einbeziehung von Strafausschließungsgründen und	
Strafaufhebungsgründen	725
aa) Rücktritt als Beispiel fehlender Verhältnismäßigkeit der	
Bestrafung	726
bb) Strafzweckrelevante Strafausschlussgründe	727
cc) Dogmatische Folgefragen	728
b) Keine Beschränkung auf gesetzlich ausdrücklich geregelte	
Ausschlussgründe	729
aa) Methodische Grundlage eines übergesetzlichen	
Ausschlusses der Verhältnismäßigkeit	729
bb) Beispiele	731
(1) Singuläre Zwangssituationen	731
(2) Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	732
4. Abgrenzung zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit ..	733
5. Abgrenzung zu „prozessualen Bestrafungsvoraussetzungen“ ..	737
a) Verjährung	738
aa) Ausgangspunkt: Fehlende Präventionsbedürfnisse nach	
Zeitablauf	738
bb) Argumente gegen einen (auch) materiellen Charakter	
der Verjährung	739
(1) Kein zwingend materieller Charakter fehlender	
präventiver Bedürfnisse	739
(2) Verjährung als nachträglich eintretender,	
„tatkomplexfremder“ Umstand	740
(3) Verjährung als unrechts- bzw. schuldneutraler	
Aspekt?	741
(4) Art. 103 II GG als Abgrenzungskriterium?	742
cc) Eigene Stellungnahme	744
b) Strafantrag	747
c) Besonderheiten einer historischen Umbruchsituation:	
BVerfGE 92, 277	749
6. Abgrenzung zu mildereren Sanktionsformen	753
a) Opportunitätseinstellungen	753
aa) §§ 153, 153a StPO als Ausdruck des	
Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	753

bb) Die Interpretation von „Schuld“ und „öffentlichem Interesse“ in §§ 153, 153a StPO	754
cc) Opportunitätseinstellungen als Ausdruck fehlender materieller „Strafwürdigkeit“	756
dd) Abgrenzung zum Strafausschlussgrund der „Unverhältnismäßigkeit“ der Bestrafung	757
b) Absehen von Strafe	758
aa) Präventive Erwägungen als Anlass zum „Absehen von Strafe“	758
(1) § 60 StGB	758
(2) § 46a StGB	762
(3) § 46b StGB	764
(4) Ungeschriebene Fälle des Absehens von Strafe	765
bb) Die Bedeutung der Obergrenze der „verwirkten Strafe“	765
cc) Abgrenzung zum Strafausschluss und zu §§ 153 ff. StPO	767
7. Weiterentwicklung von Strafausschlussgründen de lege ferenda	768
a) Leichte Fahrlässigkeit	768
b) Schuldfähigkeit	769
c) Untauglicher Versuch	770
d) „Umkehrhandlungen“ des Täters	771
8. Kritik und abweichende Konzeptionen	772
IV. Zusammenfassung	777
D. Verhältnismäßigkeit und Strafzumessung – das „Wie“ der Sanktionierung	779
I. Grundlagen	779
1. Der systematische Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung als Ausgangspunkt	779
2. Die gesetzlichen Vorgaben in § 46 StGB	781
3. Verhältnismäßigkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessungstheorien	784
a) Punktstrafe	784
b) Spielraumtheorie	785
c) Strafzumessung in der Rechtsprechung des BVerfG	786
d) Stellenwerttheorie	787
e) Theorie vom sozialen Gestaltungsakt	787
f) Tatproportionalität	788
g) Präventive Basis plus „Tatproportionalität“	789

h) Präventive Basis plus „Schuldangemessenheit“	791
i) Asymmetrische Spielraumtheorie (Streng)	795
k) Strafzumessungsschuld als „Derivat der Generalprävention“ (Jakobs)	797
II. „Verhältnismäßige Generalprävention“ statt „Schuldangemessenheit“	799
1. Zweckorientierung statt reiner „Schuldorientierung“	800
2. Auswirkung auf die relevanten Strafzumessungsfaktoren	800
a) Zweckrelevante Faktoren	801
aa) Negative Generalprävention	802
bb) Positive Generalprävention	806
b) Eingriffsrelevante Faktoren	810
3. Retrospektiver oder prospektiver Charakter der Zumessungsentscheidung	811
a) Bedeutung der Fragestellung	812
b) Herrschende Ansicht: Schwerpunkt auf retrospektiver Betrachtung	814
c) Rein prospektiver Charakter?	814
d) Gemischt retrospektiv-prospektive Betrachtungsweise	816
4. Grundrechtsoptimierung statt „Schuldmaßoptimierung“	818
5. Entbehrlichkeit der limitierenden Funktion des „Schuldprinzips“ auf Strafzumessungsebene	821
III. Der Strafzumessungsvorgang im Einzelnen	822
1. Strafraumen	822
2. Ermittlung und Gewichtung der Strafzumessungstatsachen	823
3. Die Bestimmung der verhältnismäßigen Strafe	823
a) Der Einstieg in den Strafraumen	823
b) Die Bestimmung des Strafmaßes	824
aa) Geeignetheit	825
(1) Keine besondere Relevanz der Geeignetheitsprüfung	825
(2) Der „bereinigte status quo“ als Indiz für das Ausmaß der Rechtsfriedensstörung	825
(a) Der „status quo“ des üblichen Sanktionsmaßes	825
(b) Die „Bereinigung“ des status quo als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	826
bb) Erforderlichkeit	827
(1) Orientierung am „bereinigten status quo“	827
(2) Keine Unterscheidung zwischen Strafzumessung im engeren und im weiteren Sinn	828

(3) Berücksichtigung der Belastungen des Täters	829
(4) „Sanktionsdisposition“ des zu Verurteilenden? ...	830
cc) Angemessenheit	831
IV. Ausgewählte Problempunkte	832
1. Ungleichheit der Strafzumessung	832
2. Problem der Bindung an zwingende Vorgaben des Gesetzgebers	833
a) Lebenslange Freiheitsstrafe	834
b) Untergrenze der Strafraumen	839
c) Andere zwingende Rechtsfolgen	843
3. Freiheitsstrafe für Bagatelldaten?	845
V. Kriminalpolitische Folgerungen	847
1. Vorschlag für eine Neuformulierung von § 46 StGB	848
a) § 46 I StGB	848
b) § 46 II StGB	848
2. Einheitsstrafe	849
3. Reform der Strafraumen	850
4. Weitere Ausdifferenzierung des Sanktionensystems	853
a) Vermeidung von Freiheitsstrafe	854
b) Erleichterungen bei der Geldstrafe	856
5. Die Rolle der Maßregeln	856
6. Ausbau und Stärkung kriminologischer Forschung	858
7. Milderungstendenz	858
5. Teil: Zusammenfassung	861
Literaturverzeichnis	879
Stichwortverzeichnis	911