

# Tagungsbericht: Strafrecht und Verfassung

## Das Zweite Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler in Berlin 2012

Von Prof. Dr. **Brian Valerius**, Bayreuth

Zum ersten Mal nach der Jungferntagung in Köln im November 2010 trafen sich Ende März 2012 die „Jungen Strafrechtlerinnen und Strafrechtler“ zu einem zweitägigen Symposium an der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Veranstaltung richtete sich an den strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchs im deutschsprachigen Raum, vornehmlich an Doktoranden und Habilitanden. Nahezu hundert Teilnehmer folgten der Einladung der Organisatoren *Dr. Beatrice Brunhöber*, *Dr. Tobias Reinbacher*, *Dr. Moritz Vormbaum* (allesamt Humboldt-Universität zu Berlin), Prof. *Dr. Katrin Höffler* (Universität Tübingen) und Prof. *Dr. Johannes Kaspar* (Universität Augsburg), um sich über verschiedene Aspekte des Tagungsthemas „Strafrecht und Verfassung“ auszutauschen und einen „Dialog zwischen zwei Rechtsgebieten“ (so *Brunhöber* in ihrer Begrüßung) zu führen.

Diesen Dialog betrachtete *Dr. Luis Greco* (Ludwig-Maximilians-Universität München) in seinem Vortrag über „Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht?“ jedenfalls in seiner aktuellen Ausgestaltung eher skeptisch. Er diagnostizierte das zunehmende Bestreben, strafrechtliche Probleme anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu lösen. Die wachsende Orientierung am Grundgesetz mag auf die Hoffnung zurückzuführen sein, die Verbindlichkeit von Thesen durch deren Verankerung in der Verfassung zu erhöhen, einen Rückgriff auf geschriebenes anstatt auf vorpositives Recht überhaupt zu ermöglichen sowie schließlich die Stringenz der Argumentation zu verbessern. Alle diese Vorteile hätten aber auch ihre Kehrseiten, wie *Greco* in seiner Stellungnahme – so der Untertitel seines Referats – „zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft“ aufzeigte.

Damit etwa einer These, die sich auf das Verfassungsrecht beruft, tatsächlich eine erhöhte Verbindlichkeit zuteilwerde, bedürfe es ihrer – nicht zu prophezeienden – Übernahme durch das Bundesverfassungsgericht. Schließe sich das Bundesverfassungsgericht dem hingegen nicht an, drohe die These – wie die jüngste Diskussion um die Rechtsgutlehre nach dem Inzest-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts exemplarisch belege – gänzlich in Misskredit zu geraten. Doch selbst wenn ein Rekurs auf das Verfassungsrecht gelingen sollte, bleibe zu beachten, dass der strafrechtliche Gedanke in seiner „verfassungsrechtlichen Übersetzung“ häufig an Inhalt verliere. Schließlich agiere das Verfassungsrecht insoweit zurückhaltender, als es – negativ – lediglich die Grenzen des rechtlich noch Zulässigen festlege, während das Strafrecht sich – positiv – der Ausarbeitung der bestmöglichen Lösung widme. Die verfassungsrechtliche Verankerung einer These werde diese also nicht notwendigerweise stärken, sondern unter Umständen sogar schwächen.

Mit dem Bemühen, insbesondere bei klassischen grundlagenbezogenen Fragen des Strafrechts überhaupt auf geschriebenes Recht anstatt auf eine über- oder vorpositive Ebene zu verweisen, gehe die Hoffnung einher, dadurch die Argumentation transparenter und überprüfbarer zu gestalten und vor

allem zu vereinfachen. Diese Hoffnung werde aber häufig schon deswegen enttäuscht, weil die Verfassung nicht die notwendige Tiefe aufweise, um aufgeworfene strafrechtliche Fragen erschöpfend zu beantworten. Sie stehe somit – zu denken sei etwa an die wissenschaftliche Auseinandersetzung um die Zulässigkeit der „Rettungsfolter“ – einem Rückgriff auf überpositive Gedanken nur scheinbar entgegen.

Das Verfassungsrecht heranzuziehen mag schließlich auch deshalb nahe liegen, weil auf das Grundgesetz gestützte Argumente wegen des Vorrangs der Verfassung sämtliche sonstigen Begründungsansätze zu dominieren scheinen. Doch drohe dadurch die Konstitutionalisierung des einfachen Rechts, das ggf. sogar der Weiterentwicklung durch Wissenschaft und Gesetzgeber entzogen werden könnte. Außerdem bleibe die Stringenz des Verfassungsrechts lediglich eine formelle, die an dessen Rang anknüpfe; eine inhaltlich-qualitative materielle Überlegenheit verfassungsrechtlicher Argumente scheitere hingegen schon daran, dass diese abstrakter als spezifisch strafrechtliche Begründungsansätze seien.

Sicherlich – so das Fazit *Greco*s – dürfe und solle die Strafrechtswissenschaft das Verfassungsrecht zur Kenntnis nehmen und sich nicht hiervon abschotten. Allerdings berge die verfassungsrechtliche Orientierung Risiken und weise Grenzen auf. Das Verfassungsrecht sei also nicht das verheißene Land für das Strafrecht und lasse viele Fragen unbeantwortet.

*Mario Bachmann* und *Ferdinand Goeck* (beide Universität zu Köln) untersuchten die Bedeutung der präventiven Wirksamkeit von Strafnormen aus verfassungsrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung empirisch-kriminologischer Erkenntnisse. Unter dem Vortragstitel „Ein Blick in den Abgrund? – Strafrecht auf dem Prüfstand von Verfassung und Kriminologie“ legten *Bachmann* und *Goeck* zunächst dar, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein zentrales Einfallstor für die Kriminologie bilde. Empirische kriminologische Befunde ließen sich hierbei auf jeder Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung heranziehen: (1) als Entscheidungshilfe für den Gesetzgeber bei der Sanktionierung neuer sozialschädlicher Verhaltensweisen und somit bei der Festlegung des jeweiligen legitimen Zwecks des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen, (2) insbesondere bei der Beurteilung der general- oder spezialpräventiven Wirkung einer Strafnorm und somit deren Geeignetheit, dem Rechtsgüterschutz zu dienen, (3) bei der Betrachtung alternativer Maßnahmen als gleichsam geeignete, aber weniger schwer in die Grundrechte eingreifende Mittel im Rahmen der Erforderlichkeit und schließlich (4) bei der Angemessenheit einer Maßnahme, da bei der hier vorzunehmenden Güterabwägung etwa auch die Präventionswirkung einer konkreten Strafe zu beachten sei.

Die Realität sehe indes anders aus, da das Bundesverfassungsgericht Strafandrohungen eine generalpräventive Wirkung schlicht unterstelle und abweichende kriminologische Erkenntnisse außer Acht lasse, weil sie nicht eindeutig und gesichert seien. Zudem gestehe es dem Gesetzgeber eine

weitreichende Einschätzungsprärogative zu, wie die Cannabis-Entscheidung deutlich zum Ausdruck bringe. Ebenso billige das Bundesverfassungsgericht dem Tatrichter einen großen Spielraum bei der Entscheidung im Einzelfall zu. Infolge dieser zurückhaltenden Kontrolle der Verhältnismäßigkeit bleibe für kriminologische Erwägungen – so die Diagnose von *Bachmann* und *Goeck* – nur wenig Raum.

Der derzeitige Stand der kriminologischen Forschung spreche Strafandrohungen etwa nur einen geringen negativen generalpräventiven Effekt zu. Die abschreckende Wirkung sei zudem nur einer von mehreren handlungsleitenden Faktoren neben u.a. der individuellen Normakzeptanz bzw. Normbindung und dem subjektiven Entdeckungsrisiko. Die Wechselwirkung dieser Variablen mit der Strafandrohung (z.B. die Bedeutung der Strafandrohung für die Akzeptanz einer Norm und somit deren positive generalpräventive Wirkung) sei komplex und im Einzelnen noch ungeklärt. Unstreitig gehe mit der Erhöhung von Strafen jedenfalls kein größeres Maß an Abschreckung der Allgemeinheit einher.

Auch das wissenschaftliche Schrifttum nehme empirische Befunde nicht oder zumindest nicht mit der gebotenen Sorgfalt zur Kenntnis bzw. erkläre diese unter Verweis auf einen (vermeintlichen) „common sense“ für zweitrangig. Dies sei nicht zuletzt deswegen bedenklich, da gerade im Bereich von Kriminalität und Strafrecht viele verzerrte Vorstellungen und irrationale Ängste zu verzeichnen seien; zu denken sei etwa an die derzeit gefühlte quantitative und qualitative Zunahme von Jugendkriminalität oder die vermeintliche Zunahme von Sexualdelikten an Kindern Ende der 1990er-Jahre. Die Kriminologie schein nach allem für das Verfassungsgericht wie für die Wissenschaft eine „lästige Begleitwissenschaft“ zu sein. Dies gelte nicht zuletzt für die Kriminalpolitik, wie die jüngste (mangelnde) Bemühung von Sachverständigen anlässlich der Neuregelung der Sicherungsverwahrung als Reaktion auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17.12.2009 belege.

Die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.6.2009 nahm *Dr. Christina Globke* (Universität Mainz) zum Anlass, den „Strafbegriff im europäischen Kontext“ näher zu untersuchen. Das Verfassungsgericht hatte die Sicherung der Rechtspflege als zentrale Aufgabe staatlicher Gewalt bezeichnet und eine Harmonisierung der nationalen Strafrechtsordnungen an enge Voraussetzungen geknüpft, die zudem den Mitgliedstaaten substantielle Handlungsfreiräume belassen müsse. Dass das Strafrecht wegen seiner Grundrechtsrelevanz somit als für im Wesentlichen integrationsfest erklärt wurde, lasse sich mit dem jeweiligen Verständnis von Strafe erklären.

Aus grundrechtsdogmatischer Sicht handele es sich bei der Verhängung von Strafe um einen Grundrechtseingriff. Strafrechtsspezifisch an diesem Eingriff sei, dass hiermit der Unrechtsvorwurf einhergehe, persönlich vorwerfbar eine bestimmte Rechtsnorm als für sich nicht verbindlich abgelehnt zu haben. Dieser Vorwurf einer sozialetischen Fehlentscheidung berühre das Allgemeine Persönlichkeitsrecht mit seiner Verbindung zur Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG. Legitimieren lasse sich dieser Eingriff durch den hiermit verfolgten Zweck, der nach der herrschenden Vereinigungstheorie in

Vergeltung einerseits sowie der Verhinderung bzw. Verringerung künftiger Straftaten andererseits bestehe. Die generelle Geeignetheit sowie die Erforderlichkeit des Unrechtsvorwurfs, diesen Zweck zu erreichen, könnten angesichts des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers nicht in Abrede gestellt werden. Bei der Angemessenheit bleibe festzuhalten, dass der Unrechtsvorwurf nicht gegen den Achtungsanspruch der Menschenwürde verstoße, da er sich auf eine eigenverantwortliche Handlung beziehe – das Schuldprinzip konkretisiere also diesen Achtungsanspruch – und lediglich eine rechtliche und keine moralische Bewertung enthalte. Die Befugnis, ein solches negatives Urteil abzugeben, sei aus dem Bekenntnis in Art. 1 Abs. 2 GG abzuleiten, wonach der Schutz fundamentaler Rechte die Grundvoraussetzung eines verfassten Gemeinwesens sei. Werde dieser Grundkonsens aber durch den Verstoß gegen Rechtsnormen letztlich abgelehnt, dürfe der Staat einen sozialetischen Unrechtsvorwurf erheben.

Im Recht der Europäischen Union werde hingegen der Strafbegriff im Wesentlichen als Kompetenzbegriff verwendet. Um eine europäische Zuständigkeit zu begründen, würden der autonom auszulegende Begriff weit verstanden und vor allem die Rechtsfolgen eines Verstoßes herangezogen und Verhältnismäßigkeitsabwägungen vorgenommen. Der Unrechtsvorwurf spiele hierbei keine Rolle. Der EuGH etwa erkenne das Schuldprinzip zwar an, schein es aber über den Vertrauensschutz zu präzisieren. Für den europäischen Strafbegriff sei die Schuld somit nicht konstitutiv.

Die besondere Stellung des Strafrechts bei der Integration resultiere also daraus, dass – auf europäischer Ebene noch verkannt – das Schuldprinzip die strafrechtliche Verkörperung der Menschenwürdegarantie darstelle. Dieses Verständnis von Strafe bereite der europäischen Integration Schwierigkeiten, wenn es zum unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes zähle. In diesem Fall dürften zur Umsetzung des europäischen Rechts keine Normen erlassen werden, die einen Unrechtsvorwurf ohne Rücksicht auf das Schuldprinzip erheben. Kollisionen zwischen den Rechtsordnungen seien daher nicht ausgeschlossen. Solange bei der Umsetzung europäischen Rechts dem deutschen Gesetzgeber aber Umsetzungsspielräume verblieben und der Allgemeine Teil anwendbar sei, sollte dem Schuldprinzip Rechnung getragen werden können.

Einer weiteren vieldiskutierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts widmete sich *Dr. Denis Basak* (Goethe-Universität Frankfurt am Main). Er interpretierte das Judikat zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue vom 23.6.2010 als „die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht und [betrachtete] ihre Folgen für die anderen Aspekte des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG)“.

Nach der klassischen Lesart des Gesetzlichkeitsprinzips richte sich das Rückwirkungsverbot zwar an Gesetzgeber und Rechtsanwender, betreffe aber nur den Gesetzeswortlaut, nicht hingegen die Rechtsprechung. Das Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts gewährleiste die Alleinzuständigkeit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, über das „ob“ und „wie“ der Strafbarkeit zu entscheiden, und wende

sich demzufolge in erster Linie an den Gesetzgeber. Gleiches gelte infolge dieser Zuständigkeitsverteilung für den Bestimmtheitsgrundsatz. Das Analogieverbot als Gegenstück des Bestimmtheitsgrundsatzes richte sich schließlich an den Rechtsanwender. In ihrem Zusammenspiel sicherten die vier Einzelprinzipien eine rechtsstaatliche Strafrechtsanwendung.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue enthalte wesentliche neue Aussagen zum Bestimmtheitsgrundsatz und zur verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte. Zwar zitiere das Verfassungsgericht im Wesentlichen bekannte Formulierungen aus der einschlägigen Rechtsprechung und verweise u.a. auf die Möglichkeit, verfassungsrechtliche Bedenken gegen eigentlich unbestimmte Begriffe durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung zu entkräften. Es leite hieraus aber nunmehr einen Auftrag für die Rechtsprechung ab, unbestimmte Normen im Wege der Auslegung zu präzisieren und zu konkretisieren. Durch diesen Wechsel der Perspektive werde die eigentliche Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes aufgegeben. Denn der Gesetzgeber dürfe künftig Normen erlassen, die erst die Rechtsprechung hinreichend bestimme. Die Rechtsprechung werde dadurch nicht nur zu einem zusätzlichen Adressaten des Bestimmtheitsgrundsatzes. Vielmehr werde der Gesetzgeber faktisch aus seiner Pflicht entlassen, Strafgesetze genau und fragmentarisch zu formulieren. Die Rechtsprechung fungiere in Zukunft als Ergänzungsgesetzgeber. Die Idee der gegenseitigen Kontrolle der Gewalten bleibe dadurch ebenso auf der Strecke.

Diese Neujustierung des Bestimmtheitsgrundsatzes ziehe auch Folgen für die anderen Einzelprinzipien des Gesetzlichkeitsprinzips nach sich. So drohe das Analogieverbot an Bedeutung zu verlieren, da es einen bestimmten Gesetzeswortlaut voraussetze; überlasse es der Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung, die Grenzen des strafwürdigen Verhaltens festzulegen, verlagere sich das Problem in den unklaren Bereich des Bestimmtheitsgrundsatzes. Beim Rückwirkungsverbot werde sich vermehrt die Frage nach der Zulässigkeit rückwirkender Änderungen der Rechtsprechung stellen, da solche in Bezug auf den Anwendungsbereich einer Norm in den Auswirkungen einer Gesetzesänderung entsprechen. Schließlich verliere das Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts erheblich an Bedeutung, da fraglich sei, ob die Rechtsprechung bei der ihr aufgetragenen Konturierung von Normen tatsächlich noch einschränkend oder im eigentlichen Sinne strafbegründend tätig werde. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts – so *Basak* in seinem abschließenden Fazit – stelle daher eine Zäsur dar, welche das Verhältnis der einzelnen Elemente des Art. 103 Abs. 2 GG völlig neu bestimme und die Teilaspekte des Gesetzlichkeitsprinzips deutlich schwäche.

Wiederum einer internationalen Komponente des ambivalenten Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und Strafrecht wendete sich *Dr. Dr. Milan Kuhli* (Goethe-Universität Frankfurt am Main) zu. Unter der Frage „Poena sine lege?“ nahm er Stellung „zum Phänomen dynamischer VStGB-Verweisungen auf ungeschriebenes Völkerrecht“ und befasste sich mit der Verweisungstechnik zahlreicher Straftatbestände des VStGB, deren Verwirklichung einen Verstoß gegen Vö-

kergewohnheitsrecht voraussetzt. Beispielsweise fordert die Vertreibung als in § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB genanntes Verbrechen gegen die Menschlichkeit einen „Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts“ und das Kriegsverbrechen des Aushungerns von Zivilpersonen gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Alt. 2 VStGB einen „Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht“.

Bei diesen durchweg dynamischen Verweisungen sei fraglich, ob hier noch von einer gesetzlich bestimmten Strafbarkeit im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG gesprochen werden könne. Würde insoweit der materielle Gesetzesbegriff herangezogen, wäre auch Völkergewohnheitsrecht erfasst. Das aus der Norm abgeleitete Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts zeige allerdings, dass das Gesetzlichkeitsprinzip – auch im Hinblick auf die dem Grundrecht bzw. zumindest grundrechtsgleichen Recht zugrunde liegenden Prinzipien wie den Gewaltenteilungsgrundsatz, das Demokratieprinzip und das Prinzip der Rechtssicherheit – einschränkend ausulegen sei. Die genannten Prinzipien könnten durch gesetzliche Verweisungen auf Völkergewohnheitsrecht zwar erheblich beeinträchtigt werden. Allerdings enthielten die betreffenden Strafvorschriften in der Regel auch weitere Merkmale, welche die Tatbestände hinreichend einschränkten. Unter ergänzender Heranziehung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots sei es demnach zulässig, in Straftatbeständen auf einzelne vergleichsweise unbestimmte Merkmale oder auch Verweisungen auf unbestimmtes Recht zurückzugreifen, solange der Normadressat den übrigen Merkmalen das Risiko einer Bestrafung entnehmen könne. Die Internationalität der vom VStGB erfassten Sachverhalte verringere den Schutzgehalt des Gesetzlichkeitsprinzips dabei nicht. Eine Anwendung dieser Grundsätze auf die einschlägigen Straftatbestände führe zu dem Ergebnis, dass lediglich die dynamische Verweisung in § 7 Abs. 1 Nr. 10 Var. 8 VStGB (Verfolgung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit) in Art. 103 Abs. 2 GG eingreife.

Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs komme infolge der vorbehaltlosen Gewährleistung des Gesetzlichkeitsprinzips nur durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht. Etwaige Widersprüche, die bei der uneingeschränkten Anwendung einzelner Verfassungsrechtssätze entstünden, seien daher im Wege der praktischen Konkordanz aufzulösen. Ein solcher schonender Ausgleich sei auch bei Art. 103 Abs. 2 GG möglich, dessen Schutzniveau zur Wahrung der Verfassungseinheit für punktuelle Fälle herabgesenkt werden könne. Eine dynamische Verweisung auf Völkergewohnheitsrecht im Verfolgungstatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 10 Var. 8 VStGB sei allerdings durch kollidierendes Verfassungsrecht nicht geboten, so dass die Vorschrift gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoße.

Die übrigen Tatbestände des VStGB, die auf Völkergewohnheitsrecht verweisen, seien zwar im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip zulässig. Bedenken gegen das Rechtsinstitut der Verweisung außerhalb des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 2 GG ließen sich aber nicht leugnen. Strafgesetzliche Verweisungen auf Völkergewohnheitsrecht – mögen sie im Einzelfall auch sinnvoll erscheinen – sollten daher nach Möglichkeit die Ausnahme bleiben.

Mit „Zuständigkeitsfragen beim Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft nach der Föderalismusreform I“ setzte sich *Dr. Erol Pohlreich* (Humboldt-Universität zu Berlin/Bundesverfassungsgericht) auseinander. Die vielfach geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken an der Verlagerung der Kompetenz für die Vollzugsgesetzgebung auf die Länder vermochte er nicht zu teilen. Hinter den Bemühungen, eine verfassungsrechtlich verankerte Pflicht zu einer unitarischen Vollzugsgesetzgebung zu begründen, stehe wohl die Sorge um die Zukunft des Resozialisierungsgebots in der Vollzugspraxis. Vor allem die strafvollzugsrechtliche Literatur äußere sich kritisch gegenüber der Zuständigkeitsverlagerung und befürchte einen an populistischen Erwägungen orientierten „Wettbewerb der Schäßigkeit“, d.h. einen Wettlauf um den niedrigsten Vollzugsstandard. Solchen Einwänden bleibe entgegenzuhalten, dass völker-, europa- und verfassungsrechtliche Bindungen der Absenkung des Vollzugsstandards Grenzen setzen. Nicht zuletzt habe der Landesgesetzgeber das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Resozialisierungsgebot zu beachten. Ein auf die Wiedereingliederung von Gefangenen in die Gesellschaft ausgerichteter Strafvollzug sei demzufolge keine bloße Option, sondern eine von Verfassungen wegen gebotene und alternativlose Notwendigkeit.

Ebenso vermögen Einwände, voneinander abweichende Strafvollzugsgesetze der Länder verstießen gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz, nicht zu überzeugen. Denn in einem Bundesstaat sei es gerade nicht erforderlich, dass die Länder die ihnen zugewiesenen Regelungsmaterien einheitlich ordneten. Art. 3 Abs. 1 GG beziehe sich nur auf Normen ein und desselben Gesetzgebers und verpflichte die Länder nicht zu einer unitarischen Vollzugsgesetzgebung.

Die aktuelle Verteilung der Zuständigkeiten erscheine aber lediglich auf den ersten Blick eindeutig. Vielmehr lasse sich der für die Vollzugsgesetzgebung zuständige Gesetzgeber nur schwer bestimmen, wie das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4.5.2011 zur Verfassungsmäßigkeit der Sicherungsverwahrung verdeutliche. Demnach müsse der Bundesgesetzgeber die wesentlichen Leitlinien eines freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts selbst regeln und sicherstellen, dass landesrechtliche Regelungen diese konzeptionelle Ausrichtung nicht unterlaufen. Die Länder seien hingegen dafür zuständig, das Abstandsgebot sichernde Normen für einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug der Sicherungsverwahrung zu erlassen.

Entgegen der teilweise heftigen Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stimmte *Pohlreich* dieser Zuständigkeitsverteilung zu und verwies auf den Sachzusammenhang mit dem Kompetenztitel „Strafrecht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Da der Strafrechtsbegriff sämtliche staatliche Reaktionen auf Straftaten einschließlich freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung wie der Sicherungsverwahrung umfasse, sei der Bundesgesetzgeber auch dafür zuständig, die Voraussetzungen für die Anordnung und Fortdauer der Sicherungsverwahrung zu normieren. Da sich die Sicherungsverwahrung in der vom Bundesverfassungsgericht postulierten Weise von der bisherigen Vollzugspraxis grundlegend unterscheide und demzufolge ein strafrechtliches Novum darstelle, müsse der für die Anordnung

der Sicherungsverwahrung zuständige Strafgesetzgeber selbst die dadurch drohende Freiheitsentziehung in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise regeln. Zwischen den Voraussetzungen der Anordnung und den wesentlichen Leitlinien der Sicherungsverwahrung bestehe also ein zwingender Konnex.

„Wechselwirkungen von Strafrecht und Verfassungsrecht am Beispiel der Nötigung“ zeigte *Dr. Dorothea Magnus* (Universität Hamburg) auf. Sie betrachtete das Wechselspiel von verfassungsrechtlicher und strafrechtlicher Rechtsprechung beim Gewaltbegriff des § 240 StGB anhand zentraler Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Der Vergeistigung des Gewaltbegriffs durch den Bundesgerichtshof bis zum Laeppe-Urteil vom 8.8.1969, wonach auch die Ausübung psychischen Zwangs die Gewaltalternative des Nötigungstatbestandes verwirkliche, stand sie skeptisch gegenüber. Schließlich würden dadurch der Gewaltbegriff ins Uferlose ausgedehnt und Willensbeeinträchtigungen kriminalisiert, die nur den seelischen Bereich betreffen. Außerdem sollten friedliche Sitzdemonstrationen zur Meinungskundgabe nicht sanktioniert werden, da sie Ausdruck der Meinungs- und Versammlungsfreiheit seien. Die dritte Sitzblockaden-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.1.1995, welche die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG erachtete, bleibe daher als äußerst positiv zu bewerten.

Mittlerweile sei hingegen wieder eine Tendenz des Bundesverfassungsgerichts zu bemerken, den Gewaltbegriff auszudehnen. So wurde in einem Beschluss aus dem Jahre 2007 das bedrängende Auffahren im Straßenverkehr als nötigende Gewalt eingestuft und eine entsprechende strafgerichtliche Entscheidung bestätigt. Dem sei zu widersprechen, da die Furcht des genötigten Autofahrers in der Regel eine rein psychisch-seelische Reaktion darstelle, jedenfalls ausschließlich psychisch vermittelt werde. Vielmehr biete sich die Drohung mit dem empfindlichen Übel eines künftigen Aufpralls als einschlägige Variante des Nötigungstatbestandes an.

Weit entfernt von seiner Rechtsprechung in der dritten Sitzblockaden-Entscheidung habe sich das Bundesverfassungsgericht zudem durch den Beschluss vom 7.3.2011, mit dem es die sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verfassungsrechtlich nicht beanstandete. Die dadurch abgeseignete Konstruktion des Bundesgerichtshofs, dass Passanten auf einer Fahrbahn auf die erste Reihe herannahender Fahrzeuge lediglich psychischen, auf die weiteren Reihen jedoch physischen Zwang ausübten, da ihnen das Verhalten der Fahrzeugführer der ersten Reihe und das dadurch errichtete unüberwindbare physische Hindernis für die nachfolgenden Fahrzeuge zugerechnet werden müsse, sei jedoch mehr als zweifelhaft. Schließlich hänge es vom Zufall ab, ob sich ein oder mehrere Fahrzeuge näherten, und sei die Einwirkung auf die zweite Reihe, die letztlich als Nötigung geahndet würde, gegenüber der Einwirkung auf der ersten Reihe nur eine indirekte und schwächere.

Gewalt setze nach *Magnus* sowohl das Aufwenden von Kraft auf Seite des Nötigenden als auch eine körperliche Zwangswirkung beim Genötigten voraus, um dessen Willen einzuschränken. Welches Ausmaß an Krafterwirkung und

Zwangswirkung erforderlich sei, folge aus einer situations- und opferabhängigen Betrachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Die lediglich psychische Einwirkung auf das Opfer genüge als sog. mentale Gewalt hingegen nicht, könne aber unter Umständen die Drohungsalternative verwirklichen. Nach diesen Maßstäben verwirklichten auch Internetblockaden und Flashmob-Aktionen als neue Erscheinungsformen der politischen Meinungskundgabe nicht den Nötigungstatbestand. Während bei Internetblockaden die körperliche Zwangswirkung auf die Webseite und nicht auf den Nutzer gerichtet sei, fehle es beim Flashmob bereits an der Ausübung körperlichen Zwangs gegenüber anderen Personen.

Zum Abschluss stellte *Dr. Antje Schumann* (Universität Leipzig) anhand einer Auseinandersetzung mit der Aussage- und Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren die Frage „Prinzip statt Gesetz?“ und berichtete „vom Schwinden der Orientierungs- und Bindungsfunktion der StPO“ anhand „§§ 136, 136a StPO als Beispiel“. Gegenstand ihres Vortrags waren zwei Entscheidungen des 5. *Strafsenats* aus den Jahren 1987 und 2010, die sich mit der Verwertbarkeit von Informationen aus verdeckten Befragungen des Beschuldigten in einer Haftanstalt befassten. Die Entscheidungen ließen einen Wandel in der Methodik der Rechtsfindung erkennen, der als „weg vom Gesetzesrecht und hin zum allgemeinen Prinzip“ charakterisiert werden könne.

In seiner Entscheidung von 1987 verneinte der 5. *Strafsenat* zwar mangels förmlicher Vernehmung die unmittelbare Anwendung der Vernehmungsvorschriften, zog sie aber entsprechend heran. Horchen Strafverfolgungsorgane einen Beschuldigten durch einen Mithäftling aus, liege darin ein unzulässiger Zwang gemäß §§ 136a Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO, da das an sich zulässige Zwangsmittel der Haft prozessordnungswidrig ausgenutzt werde. Im Jahre 2010 erklärte der *Senat* hingegen den gesamten Regelungsgehalt der Vernehmungsvorschriften für nicht anwendbar. Die Zulässigkeit einer verdeckten Befragung sei unmittelbar an der Verfassung, namentlich auf einen Verstoß gegen den „nemo tenetur“-Grundsatz und somit gegen das Prinzip eines fairen Strafverfahrens zu überprüfen. Entsprechend dem Verständnis des Bundesgerichtshofs von der Selbstbelastungsfreiheit als Abwesenheit von Zwang zur Aussage oder Mitwirkung am Strafverfahren untersuchte der 5. *Strafsenat* nur noch das Vorliegen von Zwang, den er im vorliegenden Fall bejahte. Dabei stellte er aber nicht mehr auf das Ausnutzen der äußeren Haftbedingungen ab, sondern auf den inneren Aussagezwang des Gefangenen.

Wenngleich der 5. *Strafsenat* in beiden Fällen ein Verwertungsverbot annahm, offenbare der methodische Vergleich folgenreiche Unterschiede. Indem sich der *Senat* 2010 von der traditionellen Rechtsfindung durch die Anwendung und Auslegung des einfachen Verfahrensrechts entferne und auf die Verfassung als unmittelbaren Prüfungsmaßstab berufe, setze er die jeweilige Wertentscheidung des Gesetzgebers außer Kraft und schwinde sich für die verdeckte Befragung zum Gesetzgeber auf. Dieser Durchgriff auf ein vermeintlich übergeordnetes verfassungsrechtliches Prinzip verschlechtere die Rechtsstellung des Beschuldigten in der Haftanstalt, dessen Inhaftierung als solche trotz der damit einhergehenden

äußeren Zwangswirkung einer verdeckten Befragung nicht mehr zwingend entgegenstehe.

Ohnehin sei es unhaltbar, ausschließlich bei Zwang einen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit anzunehmen. Schließlich verstehe der Bundesgerichtshof die Selbstbelastungsfreiheit als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Im Verfassungsrecht sei inzwischen aber anerkannt, dass auch Einwirkungen, die nicht auf Zwang beruhen, einen Grundrechtseingriff bedeuten können. Die verdeckte Befragung stelle daher wegen ihres täuschenden Elements einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur verdeckten Befragung überschreite demzufolge die Grenzen der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung und verstoße gegen den Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt. Mangels spezifischer Rechtsgrundlage bleibe die verdeckte Befragung daher unzulässig oder gelten die Regeln über die Vernehmung, so dass mangels Belehrung regelmäßig von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen sei.

Die Vorträge auf dem Zweiten Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler in Berlin 2012 beleuchteten das Verhältnis und das Zusammenspiel von Straf- und Verfassungsrecht aus unterschiedlichsten Blickwinkeln, sei es aus empirischer wie dogmatischer, verfassungs- wie strafrechtlicher, materiell- wie verfahrensrechtlicher Sicht oder auch aus völker- wie europa- oder nationalrechtlicher Perspektive. Dem Auditorium wurde dadurch ein weit gefächertes Spektrum an rechtswissenschaftlichen Ansätzen und Gedanken dargeboten, die zu weiterführenden und tiefgehenden Diskussionen einluden. Die Organisatoren legten somit den Grundstein für die erfolgreiche dauerhafte Fortführung der noch jungen Tradition und weckten schon jetzt die Vorfreude auf das nächste Symposium, das voraussichtlich im November 2013 an der Goethe-Universität Frankfurt am Main stattfinden wird.