

Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat

Von Lecturer (Criminology) Dr. Antje Deckert, LL.M. (VUW), Auckland/Neuseeland

I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt dargelegt, dass die Kriminalisierung eines Verhaltens grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei. Es selbst habe lediglich darüber zu wachen, dass das Strafrecht wegen seiner ultima ratio-Funktion nur dann zum Rechtsgüterschutz eingesetzt werde, wenn das kriminalisierte Verhalten „in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich“¹ sei. Darüber hinaus komme nur das Übermaßverbot für die Überprüfung einer Strafnorm in Betracht. Dem Rechtsgutsbegriff misst das Bundesverfassungsgericht, unter Hinweis auf strafrechtswissenschaftliche Literatur, für die Begrenzung des Strafrechts keinerlei Bedeutung bei, da der Rechtsgutsbegriff nicht in der Lage sei, verbindlich Interessenverletzungen zu bestimmen, „die einer Strafe würdig“² sind.

Vertreter der kritischen Rechtsgutstheorie messen dem Rechtsgutsbegriff jedoch weiterhin eine strafrechtsbeschränkende Bedeutung zu. Zum Grundtatbestand der mit dem Rechtsgutsbegriff „verbundenen Konzepte zählt die Überzeugung, daß das Strafrecht auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen bezogen ist und darin zugleich seine Beschränkung findet. Sie [...] sollen dem Gesetzgeber einen Maßstab dafür liefern, was er bestrafen darf und was er straflos lassen muss“³. Hiergegen wird von Rechtsgutskritikern vorgebracht, dass das „Modell der strafrechtsbegrenzenden Rechtsgutstheorie aus einer Zeit stammt, in der es eine verfassungsrechtlich weitgehend ungebundene Strafgesetzgebung zu bändigen galt“⁴. Im Verfassungsstaat habe der Rechtsgutsbegriff jedenfalls im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen ausgedient – unabhängig von seinem begrenzenden Potential im Rahmen einer teleologischen Gesetzesauslegung.⁵

Zwischen Rechtsgutstheoretikern und Rechtsgutskritikern besteht allerdings Einigkeit darüber, dass die bloße Feststellung einer „unerträglichen Strafbarkeitslücke“⁶ und die ausschließlich so motivierte Schlussfolgerung, dass ihretwegen eine Verhaltenskriminalisierung erforderlich sei, aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht nicht befriedigt, da mit Identifizierung einer sogenannten Strafbarkeitslücke lediglich festgestellt wird, dass das Ergebnis der Strafbarkeitsprüfung nicht gefällt. Vielmehr solle im demokratischen Rechtsstaat jede freiheitsbeschränkende Entscheidung des Gesetzgebers auf einer rationalen Begründung beruhen. Sowohl Bundesverfassungsgericht als auch Rechtsgutstheoretiker und Rechtsgutskritiker verwenden in diesem Zusammenhang den Begriff der Strafwürdig-

keit.⁷ Mithin herrscht Einigkeit darüber, dass die Strafwürdigkeit unabdingbare Voraussetzung für eine Kriminalisierungsentscheidung des Gesetzgebers ist⁸, aber dem Strafwür-

⁷ Siehe BVerfGE 6, 389 (435 f.); 39, 1 (8); *Altpeter*, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, Eine Untersuchung zur Einbeziehung von Strafwürdigkeitsaspekten in das Straftatsystem am Beispiel der vortatbestandlichen und tatbestandlichen Ebene, 1990, S. 1 ff.; *Cramer*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 494; *Engisch*, in: Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 119; *Fischer*, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, 1999, S. 187; *Franzen*, Die Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Submissionskartellen und Bietungsabkommen, 1970, S. 137; *Grasberger*, MschrKrim 1999, 147; *Grassberger*, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 333; *Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963, S. 27; *Hardwig*, GA 1957, 172 (175); *Hobbing*, Strafwürdigkeit der Selbstverletzung – der Drogenkonsum im deutschen und brasilianischen Recht, 1982, S. 1 ff.; *Hoerster*, JZ 1971, 123; *Leferenz*, in: Lackner (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 66; *Lüderssen*, StV 2004, 97 (98); *F. Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (276); *M.-K. Meyer*, Die Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach, 1970, S. 133; *Müller-Dietz*, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 100 f.; *Müller-Emmert*, GA 1976, 293; *Niedermair*, ZStW 106 (1994), 388 (394); *Otto*, NJW 1979, 681 (683); *Probst*, ÖRiZ 1979, 109; *Röhmle*, JA 1977, 183; *Sauer*, in: Engisch (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 122 (S. 124); *Sax*, JZ 1976, 9, 81, 429; *ders.*, ZStW 90 (1978), 927; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, S. 6; *Schulenburg*, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 244 (S. 246); *Seelmann*, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (a.a.O.), S. 261 (S. 261); *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), 565 (567); *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 94; *Usteri*, Strafwürdigkeit der Kuppelei, 1972, S. 115, 122; *Utsch*, Strafrechtliche Probleme des Stalking, 2007, S. 180; *Wagner*, GA 1972, 35; *Wang*, Drogenstraftaten und abstrakte Gefährdungsdelikte, 2003, S. 129.

⁸ Vgl. *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts, 1982, S. 30; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 231; *Gallas*, in: Gallas (Hrsg.), Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 1; *Gallwas*, MDR 1969, 892 (894); *Günther*, JuS 1978, 8 (12); *Hamann* (Fn. 7), S. 27 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 38; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 823; *Müller-Dietz*, Strafe und Staat, 1973, S. 32 ff.; *Otto*, in: Stree (Hrsg.), Gedächtnis-

¹ BVerfGE 90, 145 (172); 92, 277 (326); 96, 10 (25).

² *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (24).

³ *Appel*, KritV 1999, 278.

⁴ *Appel*, KritV 1999, 278.

⁵ *Schmidhäuser*, JuS 1987, 374.

⁶ *Scheffler*, Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa, 2006, S. 32.

digkeitsbegriff wird hinsichtlich seines kritischen Potentials wenig Beachtung geschenkt. Daher soll im Folgenden erörtert werden, ob dem Begriff „Strafwürdigkeit“ ein strafrechtsbegrenzendes Potential zukommen kann und wie sich der Begriff zu den verfassungsrechtlichen Prinzipien, welche laut Entscheidung(en) des Bundesverfassungsgerichts den Strafgesetzgeber beschränken, positioniert.

II. Definition des Strafwürdigkeitsbegriffes

In der strafrechtswissenschaftlichen Literatur besteht bislang Uneinigkeit über die Definition des Strafwürdigkeitsbegriffes, soweit er im Kontext legislativer Pönalisierungsentscheidungen gebraucht wird. Diese Uneinigkeit wird insbesondere dadurch deutlich, dass der Begriff der Strafwürdigkeit willkürlich durch die Termini Strafbedürfnis und Strafbedürftigkeit ersetzt wird⁹ und hierdurch Missverständnisse entstehen.¹⁰

Im Rahmen der Diskussion um eine neue Systemstufe, welche die Strafwürdigkeit als methodisches Prinzip im Straftatsystem zu integrieren suchte, wurde dem Strafwürdigkeitsbegriff in den 1970er Jahren mit Hilfe der Explikationsmethode eine Bedeutung zugeordnet, die der ihm zugedachten Korrekturfunktion Rechnung trug.¹¹ Der Strafwürdigkeitsbegriff wurde in diesem Kontext u.a. wie folgt definiert: Strafwürdig bedeutet „so gefährlich und so verwerflich, so unerträglich als Beispiel sozialwidrigen Verhaltens, daß [...] eine Reaktion mit der Strafe als dem schärfsten Mittel staatlichen Zwangs [...] notwendig und angemessen erscheint.“¹² Strafwürdig ist ein Verhalten, das „sozialethisch zu missbilligen ist, weil es geeignet ist, die sozialen Beziehungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft erheblich zu gefährden oder zu schädigen.“¹³ Da bei Verwendung der Explikationsmethode einem Begriff eine bestimmte Bedeutung in einem spezifischen Kontext zugeordnet wird, lassen sich diese Definitionen des Strafwürdigkeitsbegriffes nicht ohne weiteres auf den Kontext legislativer Pönalisierungsentscheidungen übertragen. Da aber die Semantik eines jeden Wortes, die Bedeutung welche ihm zugeordnet werden kann, limitiert, kann mit Hilfe der analytisch-semantischen Methode ermittelt werden, welche Bedeutung dem Strafwürdigkeitsbegriff zukommen kann bzw. welche Bedeutungen dem Strafwürdigkeitsbegriff zukommen können. Sollten dem Begriff mehrere Bedeutungsmöglichkeiten zukommen, kann die für den Kontext legislativer Kriminali-

sierungsentscheidungen billige Definition herausgearbeitet werden.¹⁴

Zunächst gilt es jedoch die Termini Strafbedürfnis und Strafbedürftigkeit, welche oft synonym mit dem Strafwürdigkeitsbegriff verwendet werden, zu definieren und vom Strafwürdigkeitsbegriff abzugrenzen.

1. Strafbedürfnis

Das Strafbedürfnis ist ein emotionales, gesellschaftliches Verlangen¹⁵ und entstammt wie alle weiteren menschlichen Bedürfnisse der Gefühlswelt.¹⁶ Der Gesetzgeber riskiert mithin von sachfremden Erwägungen beeinflusst¹⁷ zu werden und einem irrationalen Strafbedürfnis zu folgen, um sich anschließend juristischer Denkformen zur nachträglichen Rationalisierung seiner Entscheidung zu bedienen¹⁸. Will der Gesetzgeber ein rationales Strafrecht schaffen, müssen Strafbedürfnisargumente aus jeder Pönalisierungsdebatte herausgehalten werden. Der Strafbedürfnisbegriff ist daher im Kontext strafrechtlicher Normgenese unbrauchbar. Lässt der Gesetzgeber zu, dass Emotionen den Strafgesetzgebungsprozess bestimmen, so läuft vor allem der Grundsatz, dass das Strafrecht die ultima ratio des Gesetzgebers sei,¹⁹ Gefahr, unterminiert zu werden.

2. Strafbedürftigkeit

Insbesondere der Strafbedürftigkeitsbegriff wird in der Literatur oft nicht vom Strafwürdigkeitsbegriff differenziert. „Was mancher für ein Problem der Strafwürdigkeit hält, stellt ein anderer als Problem der Strafbedürftigkeit dar (und umgekehrt).“²⁰ Es wird u.a. vertreten, dass im Kontext strafrechtlicher Normgenese

schrift für Horst Schröder, 1978, S. 53; Sax, in: Bettermann/Nipper-dey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 3/2, 1959, S. 909; Volk, ZStW 97 (1985), 871 (898).

⁹ Siehe Eser, in: Schröder/Zipf (Fn. 7), S. 257 (S. 258); Maiwald, in: Schröder/Zipf (Fn. 7), S. 9 (S. 12); Sauer (Fn. 7), S. 124; Stratenwerth, in: Grünwald/Miehe (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffenstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, S. 177 (S. 188); Volk, ZStW 97 (1985), 871 (872).

¹⁰ Vgl. Altpeter (Fn. 7), S. 9; Schmidhäuser (Fn. 5), S. 374.

¹¹ Zusammenfassung bei Altpeter (Fn. 7), S. 47 ff.

¹² Gallas (Fn. 8), S. 16.

¹³ Otto (Fn. 8), S. 54 f.

¹⁴ Deckert, Strafwürdigkeit und Strafgesetzgebung – dargestellt am Beispiel des Vortäuschens diplomatischer Immunität, 2009, S. 52 ff.

¹⁵ Altpeter (Fn. 7), S. 25; Alwart (Fn. 8), S. 51; Hassemer, ZRP 2004, 93; Scheffler, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems – unter Berücksichtigung wissenschaftstheoretischer Voraussetzungen und des gesellschaftlichen Strafbedürfnisses, 1987, S. 90.

¹⁶ Altpeter (Fn. 7), S. 25; Hassemer, ZRP 2004, 93.

¹⁷ Alwart (Fn. 8), S. 52; Brüchert, Bewährungshilfe 1999, 275 (276); Hassemer, ZRP 2004, 93 (94); Köberer, KrimJ 1983, 184 (194).

¹⁸ Jäger, in: Reiwald (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, 1973, S. 20 (S. 31); Köberer, KrimJ 1983, 184 (194).

¹⁹ BVerfGE 88, 203 (258); 96, 245 (249); BVerfG NJW 2008, 1137 (1138); Dubber, ZStW 117 (2005), 485 (504); Kempf, AnwBl. 1997, 370 (371 m.w.N.); Lagodny, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Fn. 7), S. 83 ff.; s.a. Müller-Dietz (Fn. 7), S. 108 f.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 26 f.; Sternberg-Lieben, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Fn. 7), S. 65 (S. 67); Vogel, StV 1966, 110 (113).

²⁰ Alwart (Fn. 8), S. 55 m.w.N.

- sich die Begriffe in ihrer Bedeutung überschneiden;²¹
- ihnen keine eigene Bedeutung zukommt;²²
- die Strafwürdigkeit eine Strafbedürftigkeit voraussetzt;²³
- sich bei fehlender Strafwürdigkeit die Frage nach der Strafbedürftigkeit schon gar nicht stelle;²⁴ und
- dass die Strafbedürftigkeit die Strafwürdigkeit voraussetzt und mit der Strafwürdigkeit die Strafbedürftigkeit in aller Regel gegeben sei.²⁵

Diese Meinungsvielfalt lässt sich bei genauerem Hinsehen auf eine mangelnde Definition des Strafwürdigkeitsbegriffes im Kontext legislativer Pönalisierungsentscheidungen zurückführen.

Dem Strafbedürftigkeitsbegriff wird in der Literatur übereinstimmend die Funktion eines Zweckmäßigkeitssurteils zuerkannt.²⁶ Laut *Stächelin* handelt es sich beim Strafbedürftigkeitsbegriff „verfassungsrechtlich gewendet [...] um eine Frage der Verhältnismäßigkeit des Mittels Strafe.“²⁷ Mit der Feststellung der Strafbedürftigkeit werde ein Urteil darüber gefällt, ob das Mittel Strafrecht erforderlich sei, d.h. dass es kein milderes Mittel gibt, um den mit ihm angestrebten Zweck zu erreichen.²⁸ Nicht zu verwechseln sei dieser Strafrechtswert mit dem Strafzweck. So spricht auch das Bundesverfassungsgericht davon „das Mittel des Strafrechts“²⁹ einzusetzen, nicht „das Mittel der Strafe“.

Um die Strafbedürftigkeit eines Verhaltens zu bestimmen, müsse laut *Stächelin* zunächst ein Strafrechtswert als Maßstab ermittelt werden.³⁰ Den Strafrechtswert zu bestimmen, setze jedoch voraus, die Funktion des Strafrechts von der Funktion des Zivil- und Verwaltungsrechts abgrenzen zu können. „Wenn aber das Strafrecht etwas anderes bezweckt als das Zivil- oder Verwaltungsrecht, und dieser abweichende Strafrechtswert als Maßstab für die Erforderlichkeitsprüfung dient, dann muss sich die Strafbedürftigkeit bei der Prüfung immer automatisch ergeben.“³¹ Der Versuch einer funktionellen Abgrenzung des Strafrechts von anderen Rechtsgebieten muss auch schon deshalb scheitern, weil jede Normativierung eines Interesses die Beeinträchtigung desselben zu verhindern

sucht. Der Zweck der gesetzgeberischen Entscheidung erschöpft sich darin, einen Interessenausgleich in einer spezifischen Konfliktsituation zwischen Staat und Bürger oder Bürger und Bürger zu schaffen. Die Rechtsgebiete unterscheiden sich allerdings in den Rechtsmitteln und insbesondere in den Sanktionsmitteln, derer sich der Gesetzgeber innerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereiches bedienen kann. Während ihm im Verwaltungsrecht Genehmigungsvorbehalt, Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang zur Verfügung stehen, sucht der Gesetzgeber im Zivilrecht Interessenkonflikte mittels Vertragsstrafe, Schadenersatzzahlung und Nachbesserungsrecht auszugleichen. Das Strafrecht bedient sich ausschließlich des Mittels Strafe. Daher lässt sich mit *Appel* zustimmend festhalten, dass Strafe lediglich ein spezifisches Mittel zu Normrehabilitation ist.³² Die strafrechtliche Sanktion ist eine Rechtsfolge, die sich von zivil- oder verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen nur durch die Intensität des Grundrechtseingriffs unterscheidet und daher spezifischer verfassungsrechtlicher Rechtfertigung bedarf.³³ Der Bestimmung eines Strafrechtswerts, welcher nach Ansicht von Rechtsgutbefürwortern im Rechtsgüterschutz liegt, bedarf es hinsichtlich einer legislativen Kriminalisierungsentscheidung aber auch deshalb nicht, weil die den ultima ratio-Gedanken begründende Härte des strafrechtlichen Eingriffs nicht vom Strafrechtswert abhängt, sondern sich der ultima ratio-Grundsatz auf jeglichen Gebrauch des Strafrechts bezieht.³⁴ Mithin existiert ein spezifischer Strafrechtswert, welcher sich vom Zivil- oder Verwaltungsrechtswert unterscheidet, nicht. Steht einem schutzwürdigen Interesse eine Handlung gegenüber, die ihrerseits auf einem nicht schutzwürdigen Interesse beruht, so muss diese Handlung als beschränkungswürdig bezeichnet werden, da der Normadressat durch die näher bestimmte Rechtsfolge entweder in einem speziellen Grundrecht, zumindest aber in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit beschränkt wird. Zweck einer jeden gesetzgeberischen Rechtsfolgenformulierung ist mithin, den Normadressaten von beschränkungswürdigen Handlungen abzuhalten bzw. zur Vornahme gebotener Handlung anzuhalten. Welcher Rechtsfolge innerhalb welchen Rechtsgebietes sich der Gesetzgeber zum Interessenschutz bedient, ist Teil der gesetzgeberischen Entscheidung, welche jedoch weder durch einen Strafrechtswert noch durch die Strafbedürftigkeit bestimmt wird. Im Strafrecht werden beschränkungswürdige Handlungen entsprechend der exklusiven Rechtsfolge gemeinhin als strafwürdig bezeichnet.

3. Strafwürdigkeit

Im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen wurde der Strafwürdigkeitsbegriff bislang nicht definiert. Mit Hilfe der Bedeutungsanalyse kann dem Strafwürdigkeitsbegriff mindestens eine Bedeutung zugeordnet werden.

Den beiden Wortbestandteilen des Strafwürdigkeitsbegriffs, „Strafe“ und „würdig“, wohnt bereits eine Bedeutung inne. Daher handelt es sich bei dem Terminus nicht um eine linguistische Neuschöpfung, die nur bei der Benennung von

²¹ Alwart (Fn. 8), S. 55 m.w.N.

²² Altpeter (Fn. 7), S. 1 m.w.N.

²³ Günther, JuS 1978, 8 (12) Volk, ZStW 97 (1985), 871 (893).

²⁴ Alwart (Fn. 8), S. 55; Otto, NJW 1979, 681 (683).

²⁵ Jescheck/Weigend (Fn. 8), S. 38, 450; Seher, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Fn. 7), S. 39 (S. 54).

²⁶ Bloy (Fn. 8), S. 35, 37; Frisch, in: Eser/Kaiser/Weigand (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993, S. 201 (S. 203); Günther, JuS 1978, 8 (11); Jescheck/Weigend (Fn. 8), S. 50 f.; Otto (Fn. 8), S. 57; ders., NJW 1979, 681 (683); Sax (Fn. 8), S. 933.

²⁷ Siehe Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 65.

²⁸ Deckert (Fn. 14), S. 60.

²⁹ BVerfGE 1, 46 f.; Kayßer, Abtreibung und Grenzen des Strafrechts, 1997, S. 79.

³⁰ Stächelin (Fn. 27), S. 119.

³¹ Deckert (Fn. 14), S. 122 m.w.N.

³² Schlette, AöR 2000, 306 (306 f.).

³³ Deckert (Fn. 14), S. 123 m.w.N.

³⁴ Dubber, ZStW 117 (2005), 485 (504 f.).

neuartigen Gegenständen möglich ist.³⁵ Es gilt daher, die einzelnen Wortbestandteile auf ihre Bedeutung zu untersuchen und eventuelle Begriffsstreuungen zu identifizieren. Die Bedeutungsanalyse hat den Vorteil, dass sie die Zuordnung mehrfacher Wortbedeutungen erlaubt, und diese sinnvoll voneinander abgegrenzt werden können.

Das Basiswort „Strafe“ wird allgemeinsprachlich als übelzufügende Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten verstanden³⁶ und erfasst mithin die in der Strafrechtswissenschaft unterschiedenen Strafmittel der Strafandrohung, Strafverhängung und Strafvollstreckung. Das Basiswort streut daher nicht in seiner Bedeutung.

Das Suffixoid „würdig“ streut hingegen in seiner Bedeutung. Er kann ausdrücken, das im Basiswort Genannte solle getan werden, sei verdient oder erfordere es. Unter Berücksichtigung des Basisworts „Strafe“ kommen daher drei Bedeutungsvarianten für den Strafwürdigkeitsbegriff in Betracht:

- wegen einer bestimmten Handlung sollte gestraft werden;³⁷
- für eine bestimmte Handlung sei Strafe erforderlich; und
- eine bestimmte Handlung habe Strafe verdient.

a) Der Strafwürdigkeitsbegriff im Sinne von „es sollte gestraft werden“

Das Wort „sollen“ hat elf verschiedene Bedeutungsvarianten³⁸, von denen jedoch nur zwei sinnvoll mit dem Basiswort „Strafe“ verbunden werden können. Zum einen kann ausgedrückt werden, dass das im Basiswort Genannte (Strafe) zu erwarten oder wünschenswert sei, womit jedoch auf Emotionen verwiesen wird, die bereits im Rahmen der Definition des Strafbedürfnisbegriffes als unbrauchbar bewertet wurden, soweit der Gesetzgeber ein rationales Strafrecht schaffen will. Zum anderen kann mit dem Wort „sollen“ ausgedrückt werden, dass ein bestimmtes Verhalten (hier das Strafen) geboten ist. Da das Wort „gebieten“ denselben Bedeutungsgehalt wie „erforderlich“ oder „nötig“ hat, ist diese Bedeutungsvariante des Wortes „sollen“ mit der nachfolgenden Bedeutungsvariante identisch.

b) Der Strafwürdigkeitsbegriff im Sinne von „Strafe ist erforderlich“

Im Rahmen der Definition des Strafbedürftigkeitsbegriffes wurde bereits erörtert, dass dieser die Straferfordlichkeit erfasst. Die Bedeutungsanalyse des Wortes „erforderlich“ demonstriert, warum der Begriff in der Literatur einheitlich verwendet wird; der Terminus streut nämlich in seiner Bedeutung nicht. Das Suffixoid „-bedürftig“ bedeutet „nötig“ oder „werde

gebraucht“. Auch das Wort „nötig“ kann durch „werde gebraucht“ ersetzt werden. Das Wort „nötig“ selbst kann durch den Suffixoid „-bedürftig“ ersetzt werden und meint „für einen bestimmten Zweck unerlässlich, erforderlich“.

Da die Suffixoide „-würdig“ und „-bedürftig“ beide durch das Wort „erforderlich“ ersetzt werden können, überrascht es nicht, dass den Begriffen Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit keine differenzierte Bedeutung zugeordnet wurde,³⁹ bis dem Strafwürdigkeitsbegriff im Rahmen der Diskussion um eine neue Systemstufe, welche die Strafwürdigkeit als methodisches Prinzip im Straftatsystem zu integrieren suchte, eine eigenständige Bedeutung zugeschrieben wurde.

Werden die Begriffe Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit im Sinne von „Strafe ist erforderlich“ gebraucht, sind sie in ihrer Bedeutung identisch. Sie bedeuten, dass wegen einer bestimmten Handlung eine Strafe zur Erfüllung des (Straf-) Rechtszwecks, d.h. Interessenschutz, erforderlich sei. Wird der Strafwürdigkeitsbegriff hingegen im Sinne von „Strafe verdienen“ gebraucht, kann ihm eine separate Bedeutung zukommen. Da im Strafrecht die Termini Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit getrennt verwendet werden und dem Strafbedürftigkeitsbegriff nur die Bedeutung „Strafe ist erforderlich“ zukommen kann, weil er in seinem Bedeutungsgehalt nicht streut, ergeben sich zwei Bedeutungsvarianten für den Strafwürdigkeitsbegriff. Zum einen kann es eine Strafwürdigkeit im weiteren Sinne geben, welche die Strafbedürftigkeit mit umfasst. Zum anderen kann es eine Strafwürdigkeit im engeren Sinne geben, deren Bedeutungsgehalt sich allein aus der nachfolgend zu analysierenden Bedeutungsvariante ergibt.

c) Der Strafwürdigkeitsbegriff im Sinne von „Strafe verdienen“

Mit dem Wort „verdienen“ wird das Werturteil gefällt, dass etwas oder jemand eine bestimmte Reaktion oder Einschätzung gemäß seiner oder ihrer Beschaffenheit, Tun oder Ähnlichem zu Recht erhalten habe. Im Zusammenhang mit dem Basiswort „Strafe“ wird mit der Strafwürdigkeit mithin das negative Werturteil gefällt, dass ein bestimmtes Verhalten (Tatstrafrecht, nicht Täterstrafrecht!) aufgrund ihrer Qualität die Strafe „zu Recht“ erhalte. „Zu Recht“ ist die Strafe, nach dem Bedeutungsgehalt dieses Wortes, erhalten, wenn

- ein anerkannter Anspruch auf Strafe besteht – eine Diskussion, die im Rahmen der strafrechtlichen Normgenese irrelevant ist;
- die Strafe dem Rechtsempfinden gemäß ist, wobei Emotionen als Grundlage strafrechtlicher Normgenese bereits im Rahmen des Strafbedürfnisbegriffes ausgeschlossen wurden;
- die Strafe mit der Gesamtheit der Gesetze, den allgemeinen Normen und Prinzipien – kurz der verfassungsmäßigen Ordnung – im Einklang steht; und
- wenn die Strafe angemessen ist.⁴⁰

³⁵ Altpeter (Fn. 7), S. 13 ff.

³⁶ Köbler, Juristisches Wörterbuch, 14. Aufl. 2007, S. 397; Langer (Fn. 8), S. 274; Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht, 1972, S. 10; Sproß, Die Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter, 1992, S. 297.

³⁷ Siehe auch Alwart (Fn. 8), S. 21; ähnl. Schmidhäuser (Fn. 7), S. 6.

³⁸ Vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 827.

³⁹ Altpeter (Fn. 7), S. 1 m.w.N.

⁴⁰ Deckert (Fn. 14), S. 66 ff. m.w.N.

Demnach können dem Strafwürdigkeitsbegriff zwei Bedeutungsvarianten zukommen. Zum einen kann ausgedrückt werden, dass das negative Werturteil gefällt wird, dass der Einsatz des Strafrechtsmittels angesichts der Qualität der Handlung angemessen sei. Zum anderen kann ausgedrückt werden, dass das negative Werturteil gefällt wird, dass der Täter gemäß der Qualität der von ihm begangenen Handlung die Strafe rechtmäßig, d.h. in Einklang mit der verfassungsmäßigen Ordnung erhalte. Beide Definitionen verweisen auf bekannte verfassungsrechtliche Prinzipien. Die Angemessenheit ist Teil der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip selbst ist Teil der verfassungsmäßigen Ordnung. Um sich *Stächelins* Wortwahl anzueignen: verfassungsrechtlich gewendet handelt es sich bei der Strafwürdigkeit im engeren Sinne um die Angemessenheitsprüfung (oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) und bei der Strafwürdigkeit im weiteren Sinne um die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn.

Diese duale Definition des Strafwürdigkeitsbegriffes kommt dem Verständnis von *Sax* am nächsten, der die Strafwürdigkeit in das „Strafe-Verdienen“ und das „Der-Strafe-Bedürfen“ unterteilt. Letzteres Element beziehe sich auf die Strafe als das mildeste zur Verfügung stehende Mittel, während das „Strafe-Verdienen“ das Urteil sei „daß der Unwertgehalt eines gemeinschaftsstörenden Verhaltens hinreichend massiv ist, um zu dem erheblichen Maß an Unwert, das dem Handelnden durch Bestrafung bescheinigt wird, in eine erträgliche Proportion zu treten.“⁴¹ Allerdings unterteilt *Sax* nicht hinsichtlich einer Strafwürdigkeit im engeren und weiteren Sinne.

Setzt man die Feststellung der Strafwürdigkeit eines Verhaltens für dessen Kriminalisierung als unabdingbar voraus – und dies tun Bundesverfassungsgericht, Rechtsgutstheoretiker und Rechtsgutskritiker gleichermaßen – ergibt sich aus den erörterten Strafwürdigkeitsdefinitionen, dass die Legitimität einer legislativen Pönalisierungsentscheidung im Verfassungsstaat allein aus der verfassungsmäßigen Ordnung und ihren Prinzipien herzuleiten ist. Diese Idee ist nicht neu und wurde bereits von *Lagodny*, *Appel* und *Stächel* – allerdings mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung – eingehend untersucht.

III. Verfassung und Strafgesetzgebung

Als „längst überfällig“ bedauert *Hassemer* die Verbindung zwischen strafrechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Traditionen. Deren Verknüpfung sei „nicht nur plausibel“, sondern auch „zeitgerecht und nahe liegend“ und sei viel zu lange „stiefmütterlich behandelt“ worden.⁴² Der moderne Strafgesetzgebungsprozess orientiere sich zu wenig an verfassungsrechtlichen Grundsätzen und sei daher für „politisch opportune Straf-Regeln“⁴³ zu offen. Kritisiert wird hiermit die „Rechtsgutstheorie als überpositives Legitimationsinstrument“⁴⁴. Erörtert werden muss daher, warum dem Rechtsgutsbegriff im

etablierten Verfassungsstaat bei legislativen Kriminalisierungsentscheidungen keine strafrechtslimitierende Bedeutung mehr zukommt und sich seine Funktion mithin auf die teleologische Auslegung begrenzt.

1. Systemkritische Rechtsgutstheorie im Verfassungsstaat

Der Rechtsgutsbegriff wird unter anderem definiert „als ein – z.B. durch die Verfassung [...] anerkannter – werthafter Zustand oder als rechtlich schützenswertes [...] Interesse“⁴⁵. Ungeachtet der anhaltenden Unbestimmtheit des Rechtsgutsbegriffes, ergebe sich aus der Werteordnung, was Strafrechtsgut sein könne und was nicht. Werde ein Interesse nicht von der Werteordnung geschützt, so könne es sich gar nicht erst zum Strafrechtsgut materialisieren.⁴⁶ In einer konstitutionellen Rechtsordnung muss die benannte Werteordnung zwingend mit der Werteordnung der Verfassung übereinstimmen. Da die Verfassung das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern und deren grundsätzliche Rechte und Pflichten regelt, ist die so konstituierte Staatsgewalt an die Verfassung als oberste Norm gebunden und ihre Macht über die Normunterworfenen durch sie begrenzt. Mithin würde eine von der verfassungsrechtlichen Werteordnung abweichende strafrechtliche Werteordnung den konstitutionellen Grundsätzen der Grundrechtsbindung und des Vorrangs der Verfassung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG) zuwider laufen.⁴⁷ Nach dem weiten Grundrechtsverständnis wird durch die grundgesetzliche Werteordnung jedoch jedes Interesse geschützt. Selbst für das sogenannte offensichtlich kriminelle Handeln ist der Schutzbereich der Grundrechte potentiell eröffnet.⁴⁸ Dieser Schutz muss dann erst recht für das durch die kriminelle Handlung beeinträchtigte Interesse (das sogenannte Strafrechtsgut) gelten. Wenn jedoch jedes irgendwie geartete Interesse von der grundgesetzlichen Werteordnung als grundsätzlich werthaft anerkannt wird, ergibt sich aus der Werteordnung nicht, ob ein Interesse ein Strafrechtsgut im Sinne der Rechtsgutstheorie ist. Ein Abgrenzungspotential entfaltet der Rechtsgutsbegriff durch die Bezugnahme auf die verfassungsrechtliche Werteordnung daher nicht.

Zudem ist der Rechtsgutsbegriff ein „Begriff der allgemeinen Rechtslehre“⁴⁹, da sich rechtlich schützenswerte Interessen gleichermaßen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht finden. Mithin ist dem Rechtsgutsbegriff kein Kriterium immanent, welches das zivil- oder verwaltungsrechtlich zu schützende Interesse vom strafrechtlich zu schützenden Interesse unterscheidet.

Rechtsgutstheoretiker suchen dieses Dilemma dadurch zu lösen, dass das Strafrecht Rechtsgüter nur vor Verhaltensweisen schützen solle, die rechtsgutsschädigend bzw. sozialschäd-

⁴¹ *Sax* (Fn. 8), S. 924 ff.

⁴² Siehe *Hassemer*, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Fn. 7), S. 57 (S. 58); ähnlich: *Gallwas*, MDR 1969, 892 (893); *Gössel*, GA 1990, 369 (371).

⁴³ *Naucke*, KritV 1973, 258.

⁴⁴ *Seher* (Fn. 25), S. 39.

⁴⁵ *Frisch* (Fn. 26), S. 203; weitere Definitionen bei *Appel*, KritV 1999, 278 (283 m.w.N.).

⁴⁶ *F. Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (280).

⁴⁷ *Sax* (Fn. 8), S. 911; a.A. *Hamann* (Fn. 7), S. 25 f.

⁴⁸ BVerfGE 90, 145 (171).

⁴⁹ *Amelung*, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Fn. 7), S. 155 (S. 155 m.w.N.).

lich sind.⁵⁰ Der Sozialschädlichkeitsbegriff sei geeignet, „strafwürdiges Unrecht von nicht strafwürdigem Unrecht abzugrenzen und für den Gesetzgeber einen Maßstab darzustellen.“⁵¹ Ob Sozialschädlichkeit vorliege, müsse „in einem Beurteilungsverfahren ermittelt werden, das sich mit den sozialetischen Grundentscheidungen der Gesellschaft [...] bewertend auseinandersetzt. Je höher der Rang eines Rechtsgutes in dieser Wertordnung ist, um so eher wird jede erhebliche Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes strafwürdig erscheinen. Je geringer der Rang ist, umso mehr wird es angemessen sein, nur einzelne Angriffe gegen dieses Rechtsgut, denen nämlich ein besonderes Maß an Sozialunwert zukommt, [...] als strafwürdig einzuordnen. Insofern bestimmen Handlungs- und Erfolgsunwert die Strafwürdigkeit einer Verhaltensweise.“⁵² Die Anerkennung eines Strafrechtsgutes bestimmt sich also nach dem Erfolgsunwert (Schwere der Verletzung) und dem Handlungsunwert (Angriffsweg) der Verletzungshandlung. Mithin kommt es nicht allein auf die bloße Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes an, um es zum sogenannten Strafrechtsgut zu erheben, sondern entscheidendes Abgrenzungskriterium für dessen Qualifizierung ist die Art und Weise, in der es angegriffen wird (Angriffsweg).⁵³ Wenn aber entscheidendes Abgrenzungskriterium nicht das angegriffene Rechtsgut selbst ist, sondern die Qualität der Verletzungshandlung (Angriffsweg), kommt dem Rechtsgutsbegriff kein ausreichendes Abgrenzungspotential für die Strafrechtslimitierung zu, denn der Angriffsweg wird von den bisher zum Rechtsgutsbegriff entwickelten Lehren nicht von diesem umfasst.⁵⁴

Hiergegen wenden Rechtsgutstheoretiker ein, dass der Angriffsweg schon begrifflich ein Handlungsobjekt voraussetzt und deshalb die Strafwürdigkeit des Angriffsweges erst dann geklärt werden könne, wenn das Objekt – also das Rechtsgut – feststehe.⁵⁵ Da aber für jedes irgendwie geartete Interesse der Schutzbereich der Grundrechte potentiell eröffnet ist,⁵⁶ kann der Gesetzgeber unbegrenzt Strafrechtsgüter erschaffen. Mithin ist ein Rechtsgut nichts anderes als ein rechtlich schützenswertes Interesse. Durch die Bewertung, „dass es rechtlich schützenswert sei, verändert sich das Interesse nicht substantiell. Wenn sich kein substantieller Unterschied zwischen einem Interesse und einem Rechtsgut finden lässt, dann lässt dies allein den Schluss zu, dass das Rechtsgut lediglich beschreibt, was der Gesetzgeber als schützenswertes Interesse festgestellt hat, dann ist das Interesse die pränormative Entsprechung des Rechtsguts. Eine zwingende Notwendigkeit für die Feststellung eines Rechtsgutes als Handlungsobjekt besteht also für die strafrechtliche Normfindung nicht. Das Interesse

des Handlungsadressaten, welches durch die Handlung beeinträchtigt wird, ist ausreichendes Handlungsobjekt. Mit dieser Erkenntnis muss der kritischen Rechtsgutslehre eine entschiedene Absage erteilt werden.“⁵⁷

Dass der Rechtsgutsbegriff für legislative Pönalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat nicht unabdingbar ist, beweist die anglo-amerikanische Rechtsordnung, welche ohne diesen Begriff „oder ein entsprechendes Synonym“⁵⁸ auskommt. Dort wird seit dem 19. Jahrhundert das harm principle für die Legitimation von Pönalisierungsentscheidungen herangezogen.⁵⁹ Nach dem harm principle können Handlungen kriminalisiert werden, die unmittelbare Schädigungen eines Interesses eines anderen hervorrufen. Die Verwendung des Interessenbegriffes wirkt dabei der Tendenz der Rechtsgutstheorie entgegen „potentielle Rechtsgüter dadurch auszudehnen, dass der Rechtsgutsbegriff sehr weit gefasst und insbesondere auf die Anbindung an die Interessen einzelner verzichtet wird.“⁶⁰ Das harm principle beschränkt sich jedoch nicht nur auf den Schutz des verletzten Interesses, sondern berücksichtigt auch das Interesse des Normadressaten, indem es erfordert, dass kein anderes gleich wirksames milderes Mittel zum Schutz des Interesses zur Verfügung stehen darf.⁶¹ Mithin verweist das harm principle – ebenso wie die hier erörterte Definition der Strafwürdigkeit im weiteren Sinne – auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Das weite Grundrechtsverständnis vertraut auf die Dogmatik der Grundrechte und auf die Abwägungsergebnisse des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Wenn „man Vertrauen in die Richtigkeit der Ergebnisse der hergebrachten Grundrechtsdogmatik vom Schutzbereich, Eingriff, Schranken und Schranken-Schranken setzt, wäre es doch verwunderlich, wenn ausgerechnet bei den strafbewehrten Verbotsnormen diese Dogmatik kein akzeptables Ergebnis hervorbringen sollte.“⁶² Dennoch wird ein streng verfassungsrechtlich orientiertes Strafrecht kritisiert.

2. Argumente gegen einen verfassungsrechtlichen Ansatz

Gegen ein streng verfassungsrechtlich orientiertes Strafrecht wird vorgebracht, dass das Strafrecht, die systemkritische Rechtsgutstheorie eingeschlossen, älter sei als die Verfassung und diese Quelle stütze sich nun mal auf die Prinzipien von Gesetzlichkeit, Schuldgrundsatz und Existenz eines Rechtsgutes.⁶³ Mithin wird gefordert, das Strafrecht ausschließlich auf seine eigene Tradition zu gründen. Hiergegen ist einzuwenden, dass im Verfassungsstaat das Strafrecht kein Subsystem sein darf. *Lagodny* meint, dass der Zusammenhang von verfassungs- und strafrechtlich geschützten Interessen nur deshalb wenig offensichtlich sei, weil die grundrechtlich geschützten individuellen Interessen bei der Schaffung der

⁵⁰ BVerfG NJW 2008, 1137 (1138 ff.); *F. Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (292); *Müller-Emmert*, GA 1976, 293 (301); *Otto* (Fn. 8), S. 54 f.; *Sternberg-Lieben* (Fn. 19), S. 66.

⁵¹ *Müller-Emmert*, GA 1976, 293.

⁵² *Otto* (Fn. 8), S. 55 f.

⁵³ *Gallas* (Fn. 8), S. 9 f.; *Stächelin* (Fn. 27), S. 57; *Wohlers*, GA 2002, 15 (17).

⁵⁴ *Hefendehl*, GA 2002, 21 (28); *F. Meyer*, ZStW 115 (2003), 249 (279).

⁵⁵ *Stächelin* (Fn. 27), S. 56.

⁵⁶ BVerfGE 90, 145 (171).

⁵⁷ *Deckert* (Fn. 14), S. 93.

⁵⁸ *Hirsch*, GA 2002, 2 (3).

⁵⁹ *Hirsch*, GA 2002, 2 (3).

⁶⁰ *Hirsch*, GA 2002, 2 (3).

⁶¹ *Feinberg*, *The Moral Limits of Criminal Law*, Bd. 4, 1988, S. XIX.

⁶² *Stächelin* (Fn. 27), S. 104.

⁶³ *Hassemer* (Fn. 42), S. 58.

Verfassung bereits durch das materielle Strafrecht geschützt waren.⁶⁴ Die strafrechtlichen Grundsätze sind, weil essentiell für das allgemeine Rechtsverständnis, bei deren Formulierung in die Verfassung und ihre Prinzipien eingeflossen, so dass sich nach Vollendung dieses Prozesses nunmehr umgekehrt eine Legitimation und Limitierung für das Strafrecht aus der Verfassung ergibt. Die traditionellen strafrechtlichen Limitierungsgrundsätze sind überflüssig geworden, seitdem sie Teil der Verfassung geworden sind.⁶⁵

Seit der Zeit der Aufklärung ergeben sich aus dem rechtlichen Modell des Gesellschaftsvertrages Konsequenzen für das Strafrecht: es darf nur angewandt werden bei der Verletzung eines festgeschriebenen Freiheitsrechtes (*nullum crimen sine lege*); die Grenzen des Strafrechts müssen bestimmt sein (Analogieverbot, Bestimmtheitsgebot); die Strafbefugnis des Staates leitet sich von den Freiheitsrechten des Normadressaten ab (*ultima ratio*, *in dubio pro reo*, Verhältnismäßigkeitsprinzip).⁶⁶ Offensichtlich ist der Einfluss des Strafrechts in Art. 101 (gesetzlicher Richter) und Art. 104 GG (Freiheitsentziehung). Aber auch die anderen strafrechtlichen Prinzipien lassen sich im deutschen Grundgesetz wiederfinden. So hat der strafrechtliche *nulla poena sine lege*-Grundsatz den Grundstein für ein prinzipielles Rückwirkungsverbot für alle Gesetze gelegt.⁶⁷ Ebenso verhält es sich mit dem Gesetzlichkeitsprinzip (*nullum crimen sine lege*).⁶⁸ Der strafrechtliche Schuldgrundsatz und das verfassungsrechtliche Übermaßverbot sind ebenfalls identisch.⁶⁹ „Das Subsidiaritätsprinzip ist die strafrechtliche Variante des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.“⁷⁰ Ebenso fällt auf, dass die grundrechtlich geschützten Interessen auf Leben, Freiheit und körperliche Unversehrtheit die vordersten Plätze in der Rangliste der Grundrechte einnehmen und Verletzungen dieser Grundrechte im Strafrecht mit den höchsten Strafrahmen bedroht sind. „Kurz gesagt: Was bereits im Strafrecht hohen Stellenwert hatte, hat auch hohen Stellenwert in der Verfassung gefunden. Das Strafrecht kann daher als vorverfassungsrechtliches Wertesystem bezeichnet werden. Doch nicht nur die strafrechtliche Werthierarchie spiegelt sich in der Verfassung wider. Von entscheidender Bedeutung ist, dass insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip, welchem die gesamte verfassungsmäßige Ordnung unterliegt, u.a. aus dem Strafrecht entwickelt wurde.“⁷¹ Die vom Strafrecht herausgearbeitete vergeltende Gerechtigkeit im Sinne einer proportionalen Tatvergeltung, war neben der zuteilenden Gerechtigkeit und dem Gedanken, dass Recht dem einzelnen oder der Gesell-

schaft zu dienen habe, eine der drei Hauptquellen, aus denen sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verallgemeinerter Kontrollmaßstab für das staatliche Handeln entwickelt hat.⁷² Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat verfassungsrechtlichen Rang⁷³ und ist übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns.⁷⁴ Der Gesetzgeber hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz daher auch bei der strafrechtlichen Normgenese zu berücksichtigen und kann sich bezüglich der Strafrechtsbegrenzung nicht auf den Rechtsgutsbegriff zurückziehen, denn diesem ist schon rein begrifflich das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht immanent.

Diese Überlegungen führen zum Ergebnis, dass der Rechtsgutsbegriff rein deskriptiver Natur ist, d.h., er ist „diejenige kategoriale Synthese, mit welcher juristisches Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze zu erfassen bestrebt ist“⁷⁵; die „Abkürzung des Zweckgedankens einer Strafrechtsnorm“⁷⁶. Ihm kommt daher eine nicht zu unterschätzende „Funktion als Mittel teleologischer Auslegung und für die systematische Gliederung des Besonderen Teils“⁷⁷ zu.

3. Systemkritische verfassungsrechtliche Ansätze

Im Hinblick auf den Verfassungsbezug der hier erörterten Strafwürdigkeitsdefinition(en), ist eine kritische Auseinandersetzung mit den wegweisenden Arbeiten von *Lagodny*, *Appel* und *Stächelin*, welche für ein verfassungsrechtlich orientiertes Strafrecht plädieren, unabdingbar.

a) *Lagodny*

*Lagodny*s zentrale Fragestellung lautet: „Welche Verhaltensweisen darf der Gesetzgeber von Grundrechts wegen nicht verbieten oder jedenfalls nicht mit Kriminalstrafe sanktionieren?“⁷⁸ Unter Ablehnung der Rechtsgutstheorie konzentriert sich *Lagodny* in seiner Habilitationsschrift auf die Ermächtigung des Gesetzgebers zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik. Unter Bezugnahme auf *Bindings* Normentheorie⁷⁹ unterscheidet er zwei Teile einer Strafnorm: die Verhaltensvorschrift und die Sanktionsvorschrift.

Die Verhaltensvorschrift definiert *Lagodny* als einen abstrakt-generellen Rechtssatz, „der dem einzelnen ein Handeln oder Unterlassen rechtlich bindend vorschreibt, also einen Ver-

⁶⁴ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum staatlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, 1996, S. 4; ähnlich *Vogel*, StV 1966, 110 (110).

⁶⁵ Vgl. *Lagodny* (Fn. 19), S. 86.

⁶⁶ *Hassemer*, ZRP 1992, 378 (379 f.).

⁶⁷ Vgl. *Appel*, Jura 2000, 571; *Woessner*, NJW 1966, 1729 (1733).

⁶⁸ *Kempf*, AnwBl. 1997, 370.

⁶⁹ BVerfGE 73, 206 (253 m.w.N.).

⁷⁰ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 49.

⁷¹ *Deckert* (Fn. 14), S. 103.

⁷² *Kluth*, JA 1999, 606 m.w.N.; *Wieacker*, in: Lutter/Stimpel/Wiedemann (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 867.

⁷³ BVerfGE 19, 342 (348 f.).

⁷⁴ BVerfGE 23, 127 (133).

⁷⁵ Vgl. *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1, 1919, S. 94; ähnlich *Grünhut*, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, 1930, Bd. 1, 1930, S. 1.

⁷⁶ *Grünhut* (Fn. 74), S. 8.

⁷⁷ *Roxin* (Fn. 19), S. 14; ähnlich *Hirsch*, GA 2002, 2 (13); *Kahlo*, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Fn. 7), S. 13 (S. 26 m.w.N.).

⁷⁸ *Lagodny* (Fn. 64), S. 1.

⁷⁹ *Lagodny* (Fn. 64), S. 80.

stoß hiergegen untersagt⁸⁰. Demnach sind Verhaltensvorschriften nicht gleichzusetzen mit strafrechtlichem Unrecht.⁸¹ „Die Frage, welche Sanktionsordnung der Gesetzgeber wählt, hat mit der Legitimation von Verhaltensvorschriften grundsätzlich noch nichts zu tun.“⁸² Laut *Lagodny* werden durch Verhaltensvorschriften entweder spezielle Freiheitsgrundrechte oder subsidiär die allgemeine Handlungsfreiheit tangiert;⁸³ und mit der Sanktionsnorm ermächtigt der Gesetzgeber a) zu dem staatlichen Schuldvorwurf und b) der Verhängung eines strafrechtlichen Sanktionsmittels.⁸⁴ Der staatliche Schuldvorwurf stelle einen eigenständigen Grundrechtseingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG dar und sei mithin ein eigenständiges Sanktionsmittel.⁸⁵ Mit dem Sanktionsrecht setzt sich *Lagodny* nicht auseinander. Er stellt lediglich fest, dass die strafrechtliche Sanktion einen weiteren Grundrechtseingriff darstelle.⁸⁶

Mit *Lagodnys* These, dass der staatliche Schuldvorwurf ein eigenständiges Sanktionsmittel darstelle, muss sich vorliegend auseinandergesetzt werden, da die Bejahung dieser These im „regulären“ Verfahrensgang (d.h. die Strafverhandlung endet mit einem Schuldspruch und einer materiellen Strafverhängung) im Hinblick auf das verfassungsrechtlich normierte Verbot der Doppelbestrafung problematisch erscheint. *Lagodny* argumentiert, da isolierte Schuldfeststellungen ohne nachfolgende Sanktion möglich seien (angeführt wird als Beispiel § 60 StGB), sei der Schuldspruch „kein strafrechtliches Nichts, sondern der Ausspruch einer öffentlichen Missbilligung des Angeklagten, dem ein darüber hinausgehendes Übel nicht auferlegt wird. Was vom Gesetzgeber als isolierte Sanktion vorgesehen [sei, müsse] auch als gesonderter Eingriff angesehen werden.“⁸⁷ *Lagodny* meint, da ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwer wiege, weil die menschliche Würde auf dem Spiel stehe⁸⁸, müsse sich die Rechtfertigung einer strafrechtlichen Normgenese auch an diesem Eingriff ausrichten.

Gegen *Lagodnys* Argumentation ist vorzubringen, dass der sogenannte Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch den Schuldspruch jedenfalls ausbleibt, wenn der verurteilte Täter den Schuldspruch nicht als Stigmatisierung oder Vorwurf begreift, sondern hiervon sichtlich unbeeindruckt bleibt.⁸⁹ Des Weiteren bleibt unklar, warum *Lagodny* davon ausgeht, dass dem Schuldspruch notwendig ein materielles Sanktionsmittel, welches einen Grundrechtseingriff verwirklicht, zu folgen habe, um dem Zweck der Normrehabilitierung gerecht zu werden. Der verfassungsrechtliche Grundsatz *nulla poena sine lege* ist bekannt, aber ein vergleichbarer Grundsatz, der

besagt, dass einem strafrechtlichen Schuldspruch zwingend eine materielle Sanktion in Form einer Freiheits- oder Geldstrafe zu folgen habe, wird von *Lagodny* nicht herausgearbeitet. Auch mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz kommt man hier nicht weit, da, solange bei gleichen Voraussetzungen von der Auferlegung einer materiellen Sanktion abgesehen wird, der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleibt. Es wird daher vorgebracht, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung sanktionsbefreiender Normen lediglich anerkannt hat, dass eine Normrehabilitierung auch auf andere Art und Weise als durch eine Freiheits- oder Geldstrafe erreicht werden kann. Auf andere Art und Weise meint hier nicht eine Normrehabilitierung durch den Schuldspruch, sondern durch ein anderes, der Tatschuld gegenüberstehendes verhältnismäßiges Instrument,⁹⁰ z.B. die ausreichende Einwirkung der Strafverhandlung auf den Täter (§ 56 StGB) und die natürliche Gerechtigkeit (§ 60 StGB). Da der Richter in diesen Fällen verpflichtet ist, im Schuldspruch das Instrument der ausgleichenden Gerechtigkeit zu benennen, kann auch nicht ohne weiteres von einem sanktionslosen Schuldspruch gesprochen werden. Vielmehr wurde die angemessene materielle Sanktion bereits durch ein zeitlich vorverlagertes Instrument erreicht, ähnlich einer Anrechnung der Untersuchungshaft gemäß § 51 StGB.

Im Ergebnis kann *Lagodny* bezüglich der Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm zugestimmt werden und auch hinsichtlich der Feststellung, dass die Verhängung einer materiellen Strafe einen Grundrechtseingriff darstellt. Allerdings kann seine Ansicht, dass es sich beim staatlichen Schuldvorwurf um einen gesonderten Grundrechtseingriff handelt, aus den oben genannten Gründen nicht geteilt werden.

b) Appel

Appel beschäftigt sich mit den Fragen, welches Konzept von Strafe der Verfassung zugrunde liegt und welche Grenzen die Verfassung dem staatlichen Strafen setzt. Zu Letzterem führt er aus, dass Strafe lediglich ein spezifisches Mittel zur Normrehabilitierung sei und dass das Strafrecht kein Subsystem sein dürfe, und dass auch im Strafrecht der Vorrang der Verfassung zu gelten habe.⁹¹ *Lagodny* und *Appel* erkennen im Schuldspruch einen separaten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Beide interpretieren den Schuldspruch als eigenständiges Sanktionsmittel, mit der Begründung, dass Strafe ausnahmsweise auch ohne die Verhängung einer materiellen Sanktion möglich sei.⁹² Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Argument kann nach oben verwiesen werden.

Die Freiheits- und Geldstrafe sieht *Appel* als Grundrechtseingriffe gemäß Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 GG.⁹³ Die verfassungsrechtlichen Strafrechtsbegrenzungen erkennt *Appel* in den speziellen verfassungsrechtlichen strafrechtsbezogenen

⁸⁰ *Lagodny* (Fn. 64), S. 79.

⁸¹ *Lagodny* (Fn. 64), S. 83.

⁸² *Lagodny* (Fn. 64), S. 87.

⁸³ *Lagodny* (Fn. 64), S. 89.

⁸⁴ *Lagodny* (Fn. 64), S. 7.

⁸⁵ *Lagodny* (Fn. 64), S. 96, 98; *Stächelin* (Fn. 27), S. 112 ff.

⁸⁶ *Lagodny* (Fn. 64), S. 16.

⁸⁷ *Lagodny* (Fn. 64), S. 100; ähnlich *Neufelder*, GA 1974, 289.

⁸⁸ *Lagodny*, EJCLCJ 7 (1999), 277 (279).

⁸⁹ Vgl. *Schlette*, AöR 2000, 306 (308).

⁹⁰ *Eser* (Fn. 9), S. 260 f.; *Maiwald*, ZStW 83 (1971), 663 f.; *Volk*, ZStW 97 (1985), 871 (903 f.).

⁹¹ *Appel*, Verfassung und Strafe – zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, S. 55.

⁹² *Appel* (Fn. 91), S. 494 f., 502 f.

⁹³ *Appel* (Fn. 91), S. 493 f.

Garantien: z.B. Verbot der Todesstrafe, nulla poena sine lege, Verbot der Doppelbestrafung, Schuldprinzip, Unschuldsvermutung, und das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip. *Appel* versteht diese verfassungsrechtlichen Strafrechtsgrenzen jedoch als Schranken-Schranken und nicht als „eigenständige grundrechtsähnliche Gewährleistungen“⁹⁴. Diese Sichtweise folgt dem traditionellen verfassungsrechtlichen Prüfungsaufbau und gewährt den schrankenlos gewährten Grundrechten, den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und dem Grundrecht auf Freiheit und seine Schranken Vorrang. Dies bedeutet, dass sich der Gesetzgeber bei einer Kriminalisierungsentscheidung zunächst mit den konkurrierenden Grundrechten des Normadressaten und des Verhaltensadressaten (des Verhaltens, das potentiell bei Strafe verboten werden soll) auseinandersetzen muss, bevor überhaupt die Verhältnismäßigkeit des Strafmittels erörtert werden kann. Mithin hat *Appels* Sichtweise den gleichen Effekt wie das im anglo-amerikanischen Recht angewandte harm principle. Argumente, die gegen *Appels* Ansatz überzeugen, finden sich nicht.

c) *Stächelin*

Obwohl *Stächelin* grundsätzlich ein verfassungsrechtlich orientiertes Strafrecht befürwortet, hält er am Rechtsgutsbegriff als zentrales Kriterium für die Legitimität von Kriminalisierungsentscheidungen⁹⁵ fest. Die Beschäftigung mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer solchen Entscheidung setze einen Auswahlprozess voraus. Die Auswahl der Strafrechtsgüter sei eine unter verschiedenen Interessen und Ausdruck besonderer Wertschätzung der ausgewählten Interessen.⁹⁶ Wegen der notwendigen umfänglichen Begrenzung seiner Monographie erörtert *Stächelin* nicht, inwieweit die Begriffe Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit zur Auswahl dieser Interessen hilfreich sein könnten. Er beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Strafbedürftigkeit sich mit der Zweckmäßigkeit des Strafrechtmittels auseinandersetzt, und es sich verfassungsrechtlich gewendet um eine Frage der Verhältnismäßigkeit, nämlich die Erforderlichkeit, handle. Zum Strafwürdigkeitsbegriff hält *Stächelin* fest, dass sich dieser mit der Proportionalität/Angemessenheit von strafrechtlicher Sanktion und veranlassendem Verhalten auseinander setze.⁹⁷ Da man dem Rechtsgutsbegriff nicht auch noch die Frage der Erforderlichkeit des Strafmittels aufbürden könne,⁹⁸ verschiebt *Stächelin* die Prüfung der Strafbedürftigkeit „nach hinten“. Konsequenter Weise wäre zu erwarten gewesen, dass *Stächelin* dies auch bezüglich der Prüfung der Angemessenheit/Strafwürdigkeit tut, welche im Verfassungsrecht traditionell nach der Erforderlichkeit geprüft wird. Stattdessen benutzt *Stächelin* den Proportionalitätsbegriff, um die Strafrechtsgüterauswahl vorzunehmen. Für die Frage, warum auf eine Interessenverletzung mit Strafe reagiert werden solle, spiele nur die Proportionalität eine Rolle, sie sei „Maß-

stab der Auswahl einer nur beschränkten Anzahl von Interessen, die als Strafrechtsgüter in Frage kommen.“⁹⁹ Da *Stächelin* Proportionalitätserwägungen benutzt, um Strafrechtsgüter von sonstigen Rechtsgütern zu unterscheiden, verlagert er lediglich einen Teil der Verhältnismäßigkeitprüfung vor, was er im Rahmen seiner Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne später auch bekennt: „Welche Anforderungen auf der Schutzgutseite zu erfüllen sind, damit das strafrechtliche Mittel angemessen sein kann, wurde bereits durch die Einsicht in die funktional notwendige Begrenzung der dem strafrechtlichen Schutz zugänglichen Interessen begründet.“¹⁰⁰ Verfassungsrechtlich betrachtet ist diese Prüfungsreihenfolge eher unsystematisch. So stellte auch *Lagodny* bedauernd fest, dass Strafrechtswissenschaftler die mittlerweile ausgereifte Grundrechtsdogmatik weitestgehend ignorieren.¹⁰¹ Die Angemessenheitsprüfung steht „erst am Ende einer Vielzahl jeweils vorrangig zu behandelnder Fragen.“¹⁰² Problematisch ist *Stächelins* Aufbau aber besonders wegen potentiell widersprüchlicher Prüfungsergebnisse. Es kann zu einem solchen Widerspruch kommen, wenn bei der Auswahl der Strafrechtsgüter festgestellt wird, dass ein strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut vorliegt und in der anschließenden Verhältnismäßigkeitprüfung diese Entscheidung revidiert werden muss, weil ein milderes Mittel zum Schutz des Rechtsgutes vorhanden ist. Damit würde dem vorausgewählten „Strafrechtsgut“ aberkannt, dass es strafrechtlich schützenswert sei. Dann läge aber rein begrifflich kein Strafrechtsgut mehr vor.

IV. Fazit

Mit der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten strafwürdig ist, d.h. kriminalisiert werden darf, wird versucht zu ergründen, welche quantitativen oder qualitativen Eigenschaften eines Verhaltens den Gesetzgeber dazu veranlassen dürfen, es mit Strafe zu bedrohen. Die Suche nach einem abstrakt strafwürdigen Handlungsbereich, unabhängig von der individuellen Schuld eines Täters, führt über die Definition des Strafwürdigkeitsbegriffes, zu der Erkenntnis, dass sich aus dem Strafwürdigkeitsbegriff u.a. das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip ableitet. Mithin untermauert die Definition des Strafwürdigkeitsbegriffes den verfassungsrechtlichen Ansatz von Rechtsgutskritikern wie *Lagodny*, *Appel* und *Stächelin*, die eine streng verfassungsrechtlich orientierte strafrechtliche Normgenese befürworten.

Im Ergebnis lässt sich zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen festhalten, dass sich zwischen einer Strafwürdigkeit im engeren Sinne und einer Strafwürdigkeit im weiteren Sinne unterscheiden lässt. Verfassungsrechtlich gewendet handelt es sich bei der Strafwürdigkeit im engeren Sinne um die Angemessenheit und bei der Strafwürdigkeit im weiteren Sinne um die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne. Die Strafwürdigkeit im weiteren Sinne umfasst die Strafbedürftigkeit (Erforderlichkeit),

⁹⁴ *Schlette*, AöR 2000, 306 (307).

⁹⁵ *Stächelin* (Fn. 27), S. 30.

⁹⁶ *Stächelin* (Fn. 27), S. 63.

⁹⁷ *Stächelin* (Fn. 27), S. 65.

⁹⁸ *Stächelin* (Fn. 27), S. 55.

⁹⁹ *Stächelin* (Fn. 27), S. 66.

¹⁰⁰ *Stächelin* (Fn. 27), S. 163.

¹⁰¹ *Lagodny* (Fn. 64), S. 14.

¹⁰² *Lagodny* (Fn. 64), S. 11.

die Strafwürdigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) und alle weiteren strafrechtsrelevanten Verfassungsprinzipien. Diese sind vom Gesetzgeber als Schranken-Schranken zu berücksichtigen. Einem verfassungsrechtlich systemkritischen Strafrechtsansatz folgend, ist Strafe nicht ein sozialetisches Unwerturteil,¹⁰³ sondern lediglich ein spezifisches Mittel zur Normrehabilitation. Die Strafnorm unterteilt sich in zwei Teile: die Verhaltensvorschrift und die Sanktionsvorschrift. Die Verhaltensvorschrift greift in spezielle Freiheitsgrundrechte oder subsidiär in die allgemeine Handlungsfreiheit des Normadressaten ein¹⁰⁴, während die Sanktionsnorm in die Grundrechte gemäß Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 GG eingreift.

Welche Handlungen strafwürdig sind, ist vom Gesetzgeber anhand der konstitutionellen Werteordnung herauszuarbeiten. Basiert eine gesetzgeberische Kriminalisierungsentscheidung auf einem an der verfassungsmäßigen Ordnung orientierten Strafwürdigkeitsurteil, wird sichergestellt, dass der Gesetzgeber bei der Rechtfertigung einer strafrechtlichen Norm zuerst die Interessen des Normadressaten berücksichtigt, was bei Bezugnahme auf die Rechtsgutstheorie oft vernachlässigt wird. Des Weiteren ist der Gesetzgeber aufgrund des ultima ratio-Grundsatzes¹⁰⁵ verpflichtet, zunächst alle Alternativen zum Strafrecht in Betracht zu ziehen. Erst wenn diese Alternativen ausgeschöpft sind, ist die Strafnormgenese durch die verfassungsmäßige Ordnung legitimiert.

Ohne gesicherte Erkenntnisse (oder besser: trotz konträrer Erkenntnisse) über die tatsächliche Wirkungsweise von Strafe und Strafrecht wird in der modernen Strafgesetzgebung nach dem Motto „viel hilft viel“ in jeweils aktuellen Problemfeldern mit strafrechtlichen Erweiterungen reagiert. Mit einer Manifestierung dieser Einstellung, läuft das Strafrecht Gefahr, von der ultima ratio zur prima ratio zu werden. Wenn keine gesicherten Kenntnisse über die rechtsgutsschützende Wirkung des Strafrechts vorliegen, aber nichtsdestotrotz (quasi vorsichtshalber) in die Freiheitsrechte des Normadressaten eingegriffen wird, dann muss ein Verfassungsstaat, der die persönliche Freiheit des Individuums als einen seiner höchsten Werte betrachtet, in dubio pro libertate die Anwendung des Strafrechts auf ein Minimum reduzieren. Daraus muss geschlussfolgert werden, dass a) eine Modernisierung des Strafrechts im Sinne einer Ausweitung weder sinnvoll noch erfolgreich sein kann und b) kriminologische Erkenntnisse über Wirkungszusammenhänge zwischen Strafe und Rehabilitation des Täters sowie Strafandrohung und Rechtsgüterschutz für den Gesetzgeber im Rahmen der strafrechtlichen Normgenese von essentieller Bedeutung zu sein haben.¹⁰⁶ Im Ergebnis bleibt eine positive Korrelation zwischen Strafwürdigkeitsbegriff und den bekannten Schlagworten Fragmentarität des Strafrechts, in dubio pro libertate und ultima ratio festzuhalten.¹⁰⁷

¹⁰³ Appel (Fn. 91), S. 220 ff., 468 f., 482 ff.; A.A. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258); 90, 145 (172).

¹⁰⁴ Lagodny (Fn. 64), S. 89.

¹⁰⁵ St. Rspr. seit BVerfGE 39, 1 (47).

¹⁰⁶ Deckert (Fn. 14), S. 58 m.w.N.

¹⁰⁷ Deckert (Fn. 14), S. 51.