

Strafverfassungsrecht

Herausgegeben von
MATTHIAS BÄCKER und
CHRISTOPH BURCHARD

Mohr Siebeck

Strafverfassungsrecht



Strafverfassungsrecht

Herausgegeben von

Matthias Bäcker und Christoph Burchard

Mohr Siebeck

Matthias Bäcker ist Professor für Öffentliches Recht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Christoph Burchard ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-161663-1 / eISBN 978-3-16-161664-8

DOI 10.1628/978-3-16-161664-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
<i>Matthias Bäcker/Christoph Burchard</i>	
Einführung	1
<i>Klaus F. Gärditz</i>	
Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?	15
<i>Beatrice Brunhöber</i>	
Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts?	53
<i>Antje von Ungern-Sternberg</i>	
Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts? Kommentar zum Beitrag von Beatrice Brunhöber	83
<i>Martin Nettesheim</i>	
Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen	93
<i>Dominik Brodowski</i>	
Sonderstellung des Strafrechts aus der europäischen Mehrebenenperspektive	139
<i>Matthias Bäcker</i>	
Zur Europäisierung des Strafverfassungsrechts. Kommentar zum Beitrag von Dominik Brodowski	169
<i>Friederike Wapler</i>	
Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht	179
<i>Matthias Jahn</i>	
Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitstheorie im Strafverfassungsrecht: „It’s the interpretation, stupid“. Kommentar zum Beitrag von Friederike Wapler	205

VI

Tobias Singelstein

Strafgerechtigkeit? – Selektivität, Gleichheit und Diskriminierung
im Strafrecht. Verfassungsrechtliche und strafrechtliche Anforderungen
an Gleichheit im Strafrecht als Dimension von Strafgerechtigkeit
angesichts der Selektivität der strafrechtlichen Praxis 223

Cengiz Barskanmaz

Das strafverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund
der Rasse.
Kommentar zum Beitrag von Tobias Singelstein 281

Benjamin Rusteberg

Verfassungsrechtliche Grundlagen des mehrspurigen
Rechtsfolgensystems 297

Liane Wörner

Verfassungsrechtliche Grundlagen des mehrspurigen
Rechtsfolgensystems.
Kommentar zum Beitrag von Benjamin Rusteberg 339

Frank Meyer

Verfassungsfragen der Einziehung 349

Mathias Hong

Einziehung und Strafverfassungsrecht.
Kommentar zum Beitrag von Frank Meyer 395

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 401

Vorwort

Der Band ist das erste Ergebnis unseres Projekts, Vertreter*innen der Straf- und der Verfassungsrechtswissenschaft zu einer intradisziplinären Vermessung des Strafverfassungsrechts zusammenzubringen. Diese Projektphase wurde durch den Initiativfonds Forschung der Rhein-Main-Universitäten unterstützt. Hierfür bedanken wir uns. Für vielfältige Unterstützung haben wir Anna Michel und Thorben Stych zu danken.

Frankfurt a. M./Mainz, im April 2022

Christoph Burchard
Matthias Bäcker

Einführung

Matthias Bäcker/Christoph Burchard

I. Das Projekt

Die immer noch zunehmende Konstitutionalisierung der Rechtsordnung macht vor dem Strafrecht nicht Halt. Während jedoch das Strafverfahrensrecht seit geraumer Zeit als „geronnenes Verfassungsrecht“ begriffen und intensiv rechtswissenschaftlich bearbeitet wird,¹ ergibt sich für die verfassungsrechtliche Einbettung des materiellen Strafrechts ein gespaltener Befund.

Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht liegen einige teils viel rezipierte Monographien vor. Die meisten von ihnen stammen von Vertreter*innen der Strafrechtswissenschaft.² Erst in jüngerer Zeit hat das Thema auch in der Verfassungsrechtswissenschaft vermehrt Aufmerksamkeit gefunden.³ Nahezu alle bisherigen Beiträge sind – der Säulenstruktur der deutschen Rechtswissenschaft entsprechend – erkennbar aus einer bestimmten teildisziplinären Perspektive verfasst.

Die Wirkungsmacht des hergebrachten Säulendenkens erschwert es allerdings anscheinend, wechselseitig anschlussfähige Beiträge zu erstellen. So verfügt die deutsche Strafrechtswissenschaft über eine langjährige Tradition der (kriminalpolitischen) Rechtskritik, die auf vorkonstitutionelle Zeiten zurückgeht und

¹ Das überraschte nicht weiter, wenn man das Strafprozessrecht als Besonderes Verwaltungs(prozess)recht begreifen wollte. Eher überraschend und auch bedauerlich ist es dann aber, dass die Bemühungen zur verfassungsrechtlichen Einhegung des Polizeirechts noch nicht im Strafprozessrecht „angekommen“ scheinen.

² Hervorzuheben sind *K. Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *O. Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *G. Staechelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998; *T. Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2004; *J. Kaspar*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; als Sammelband *B. Brunhöber/K. Höffler/J. Kaspar/T. Reinbacher/M. Vormbaum* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013; vgl. ferner aus der jüngeren Aufsatzliteratur etwa *S. Swoboda*, ZStW 122 (2010), S. 24 (44 ff.); *M. Jahn/D. Brodowski*, JZ 2016, S. 969 ff.; *B. Schünemann*, ZIS 2016, S. 654 (660 ff.). Siehe auch die Beiträge von *M. Jahn* und *C. Burchard* in *K. Tiedemann* u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, GS Vogel, 2016, zum Begriff des Strafverfassungsrechts.

³ Eine Ausnahme bildete über geraume Zeit die Pionierarbeit von *I. Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; vgl. aus jüngerer Zeit *K. F. Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015; *M. Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017; *M. Nettesheim*, Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung, 2018.

dementsprechend im Wesentlichen freiheitsrechtlich motiviert ist.⁴ Diese Kritik orientiert sich teilweise an normativen Vorstellungen, die sich verfassungsrechtlich zumindest nicht ohne Schwierigkeiten abbilden lassen. Die Versuche aus dem Kreis der Strafrechtswissenschaftler*innen, die erforderliche Übersetzungsarbeit zu leisten, sind in der Verfassungsrechtswissenschaft wie auch in der verfassungsgerichtlichen Praxis auf wenig Widerhall gestoßen.⁵ Die Systematisierungsleistungen und Zurechnungskriterien, die sich in der Strafrechtswissenschaft herausgebildet haben, wurden bei der verfassungsrechtlichen Einordnung strafrechtlicher Verbots- und Sanktionsnormen bislang gleichfalls wenig beachtet.⁶ Andererseits beklagen Verfassungsrechtswissenschaftler*innen, die sich mit dem Strafrecht befassen, mitunter eine nur partielle Rezeption der Eigenheiten des Verfassungsrechts durch die Strafrechtswissenschaft.⁷

Dieser Band ist aus einem Projekt hervorgegangen, das die rechtswissenschaftliche Etablierung und Konturierung des Strafverfassungsrechts als intradisziplinäre Herausforderung annehmen soll. Dazu sollen die bisher eher schwach vernetzten Teildisziplinen der Straf- und der Verfassungsrechtswissenschaft systematisch zusammengeführt werden. Im Spiegel des intradisziplinär erschlossenen Strafverfassungsrechts wollen wir sowohl die dogmatische Durchdringung dieses Feldes vertiefen als auch die herrschaftstheoretischen Grundlagen von Kontrolle, Überwachen und Strafen in sich wandelnden Gesellschaften überprüfen und kritisch hinterfragen.

Hierzu haben wir zunächst zwei Themenblöcke mit insgesamt acht Themen konzipiert, die das materielle Strafverfassungsrecht vermessen. Je vier dieser Themen haben wir an Vertreter*innen der Straf- und der Verfassungsrechtswissenschaft vergeben. Bei einem Workshop im Sommer 2021 haben wir die von ihnen vorgelegten Entwürfe intensiv diskutiert. Grundlage der Diskussion war neben dem jeweiligen Entwurf ein Kommentar, um den wir eine*n Vertreter*in der jeweils anderen Fachsäule gebeten haben. Zu allen Themen lagen darum Stellungnahmen aus beiden Säulen vor. Wir haben den Kommentator*innen freigestellt, ihre Kommentare zur Veröffentlichung in diesem Band auszuarbeiten. Die meisten haben hiervon Gebrauch gemacht.

⁴ Die Aktivierung von Gleichheits- und sozialen (Grund-)Rechten in der strafrechtlichen Rechtskritik steckt hingegen noch in den Kinderschuhen, was erklären mag, warum ein „political turn“ in dieser Rechtskritik noch aussteht.

⁵ Vgl. beispielhaft die recht brüske Zurückweisung der strafrechtlichen Rechtsgutslehre im Inzest-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 120, 224 [241 f.]). Auch wer – wie wir – dem Bundesverfassungsgericht im dogmatischen Ausgangspunkt (wohlgemerkt: nicht im Ergebnis) zustimmt, kann den wenig empathischen Tonfall des Gerichts bedauern.

⁶ Vgl. hierzu beispielhaft wiederum die Begründung, mit der das Bundesverfassungsgericht den wenig kohärenten Inzesttatbestand des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB für gerechtfertigt hielt, in BVerfGE 120, 224 (243 ff.).

⁷ Vgl. etwa zum Spannungsverhältnis zwischen strafrechtlichem Systemdenken und demokratischer Kontingenz *Gärditz* (Fn. 3), S. 39 ff.

II. Die Beiträge in diesem Band

Die Beiträge in diesem Band unterfallen zwei Themenkomplexen. Vier von ihnen befassen sich mit den dogmatischen und theoretischen Grundlagen des materiellen Strafverfassungsrechts. Vier weitere Beiträge erörtern exemplarische Einzelfragen zur verfassungsrechtlichen Bindung der hoheitlichen Straf Gewalt.

1. Erster Themenkomplex: Grundlagen des Strafverfassungsrechts

Die Erörterungen zu den Grundlagen des Strafverfassungsrechts kreisen um die Grundfrage nach einem verfassungsrechtlichen Sonderstatus des Strafrechts. Die meisten Strafrechtswissenschaftler*innen gehen davon aus, dass das Strafrecht als „schärfstes Schwert“ des Rechtsstaats nur dann eingesetzt werden sollte, wenn schwerwiegende Rechtsgutsverletzungen nicht durch andere Instrumente der rechtlichen Sozialkontrolle vermieden oder behoben werden können. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich immer wieder zu diesem *Ultima-Ratio*-Gedanken bekannt. Praktisch bleibt er allerdings weitgehend folgenlos. Normabweichendes Verhalten ist heute nahezu flächendeckend kriminalisiert oder zumindest als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht. Vielfach wirkt das Strafrecht dabei nicht als letztes, sondern als einziges Instrument und als *prima ratio* des Rechtsgüterschutzes, was allemal *politisch* erklärbar ist. Dieser Befund führt zu der Frage, ob sich die vielfach postulierte (auch) verfassungsrechtliche Sonderstellung des Strafrechts normativ halten lässt⁸ und welche Folgerungen aus ihr gegebenenfalls zu ziehen sind. Diese Untersuchung beinhaltet vorgelagerte Erörterungen dazu, was genau wir unter Strafrecht im verfassungsrechtlichen Sinne verstehen und inwieweit die verfassungsrechtliche Begriffsbildung mit den Begrifflichkeiten des einfachen Rechts und den Ordnungskategorien der wissenschaftlichen Strafrechtsdogmatik übereinstimmt.

Ein denkbarer Anknüpfungspunkt für eine verfassungsrechtliche Sonderstellung des Strafrechts, die sich auf die verfassungsrechtlichen Bindungen des Strafgesetzgebers auswirkt, ist das Demokratieprinzip. So kann die besondere Schärfe der Strafsanktion als Grund dafür angeführt werden, dass der demokratische Gesetzgeber in besonderer Weise aufgerufen ist, die Verantwortung für die Strafbewehrung von Verhaltensregelungen zu übernehmen. Hieraus ließen sich etwa spezifische Vorgaben für die gesetzliche Regelungsdichte, möglicherweise auch strengere materielle Anforderungen an Strafgesetze ableiten. Mit umgekehrter Stoßrichtung kann allerdings auch argumentiert werden, dass eine demokratische Sonderstellung des Strafrechts für eine Rücknahme solcher

⁸ Krit. hierzu *F. Viganò*, *Criminal Law and Philosophy* 2021, <https://doi.org/10.1007/s11572-021-09615-3>; *C. Burchard*, *Criminal Law Exceptionalism as an Affirmative Ideology, and its Expansionist Discontents*, *Criminal Law and Philosophy* 2021, <https://doi.org/10.1007/s11572-021-09614-4>.

Bindungen (allemaal für die Rücknahme etwaiger verfassungsgerichtlicher Prüfungskompetenzen) streitet. Hierfür lässt sich anführen, dass strafrechtliche Regulierung grundlegende normative Anforderungen an soziale Interaktionen errichtet, deren Festlegung dem demokratischen Prozess vorbehalten ist.

Daneben lässt sich eine verfassungsrechtliche Sonderstellung des Strafrechts möglicherweise aus den Grundrechten ableiten. Dabei sind unterschiedliche Stoßrichtungen und unterschiedliche Ansatzpunkte für grundrechtliche Vorgaben auseinanderzuhalten.

Einerseits ist vorstellbar, dass der Strafgesetzgeber im Vergleich zu anderen Teilordnungen des Rechts anderen, insbesondere strengeren abwehrrechtlichen Bindungen unterliegt. Hierfür lässt sich die – zumindest nach verbreiteter Auffassung – besonders hohe Eingriffsintensität des Strafrechts anführen. Dabei weisen Strafnormen eine mehrgliedrige Struktur auf, die sich auf die grundrechtliche Maßstabsbildung auswirken könnte. Eine solche Norm verknüpft das Verbot eines bestimmten Verhaltens mit der Androhung einer Sanktion, die ihrerseits in einen Straftadel (Primärsanktion) und ein Strafübel (Sekundärsanktion) aufgespalten werden kann. An diese Normkomponenten könnten unterschiedliche Anforderungen zu stellen sein, zumal sie in unterschiedliche Grundrechte eingreifen. Teils wird die analytische Aufspaltung von Strafnormen zum Zweck der grundrechtlichen Beurteilung allerdings auch als artifiziell abgelehnt. Zudem stellt sich die Frage, ob die unterschiedlichen rechtsdogmatischen Konstruktionen unterschiedlich dichte grundrechtliche Bindungen implizieren oder ob es sich um ein weitgehend folgenloses Glasperlenspiel handelt. Schließlich müssen im gewaltengliedrigen Rechtsstaat neben den grundrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers auch die Bindungen der Strafjustiz in den Blick genommen werden, da beide zueinander in einem wechselseitigen Kompensationsverhältnis stehen könnten.

Andererseits könnten die Grundrechte in umgekehrter Stoßrichtung den Einsatz des Strafrechts zum Schutz bestimmter Rechtsgüter sogar gebieten. Solche Kriminalisierungsgebote ergeben sich möglicherweise aus der zunehmenden Erweiterung der Grundrechtsgehalte von (reinen) Abwehrrechten gegen staatliche Eingriffe hin auch zu positiven Pflichten zum Schutz grundrechtlicher Freiheiten. Eine Pflicht des Gesetzgebers, Rechtsgüter gerade mit strafrechtlichen Mitteln zu schützen, wirft Fragen nach den Funktionen des Strafrechts, nach der Reichweite des grundrechtlichen Untermaßverbots – insbesondere im Spannungsfeld zu der hergebrachten Eingriffsabwehr – und nach den Entscheidungsprärogativen des demokratischen Strafgesetzgebers auf. Darüber hinaus erscheint klärungsbedürftig, wie sich denkbare grundrechtliche Kriminalisierungspflichten zu verfassungsrechtlich fundierten strafrechtlichen Prinzipien wie dem Schuldgrundsatz verhalten. Allgemeiner kann überdies gefragt werden, wie sich die „Scharfstellung“ der Grund- als Leistungsrechte in einer pluralisierten Gesellschaft im kriminalpolitischen Diskurs auswirkt, insbesondere

ob die Ver(grund)rechtlichung des Politischen eine Politisierung der Grundrechte bedingt.

Die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung des Strafrechts kann schließlich beim heutigen Stand der europäischen Integration nicht allein aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts beantwortet werden. Wie nahezu die gesamte Rechtsordnung ist auch das Strafrecht international und supranational verflochten. Wichtige Teilbereiche wie etwa die strafrechtliche Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität oder Teile des Wirtschaftsstrafrechts beruhen in weitem Umfang auf Vorgaben des Unions- und Völkerrechts. Folglich lassen sich die verfassungsrechtlichen Bindungen des Strafgesetzgebers vollumfänglich nur in einer integrativen Perspektive ermitteln, welche die Gewährleistungen des internationalen und unionsrechtlichen Grund- und Menschenrechtsschutzes einbezieht. Erörterungsbedürftig ist insoweit auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das bestimmte integrationsfeste Kerngehalte des deutschen Verfassungsrechts (insbesondere die Menschenwürdegarantie und das Demokratieprinzip) gerade auch auf das Strafrecht bezogen hat.

a) *Klaus F. Gärditz* nähert sich der Frage nach einer demokratischen Sonderstellung des Strafrechts über einen institutionengeschichtlichen Vergleich des Strafrechts mit dem Verwaltungsrecht. Die stärkere vordemokratische Verwurzelung des Strafrechts erkläre dessen „relative Demokratieresistenz“. Die Entscheidung über Verbote und deren Strafbewehrung sei jedoch Gegenstand demokratischer Gestaltung und damit politisch kontingent. Die „Demokratizität“ des Strafrechts reibe sich indes an den vordemokratisch begründeten gesellschaftlichen Funktionen von Strafe, die sich in ihrer vor allem symbolischen Wirkung nur begrenzt durch Gesetzgebung steuern ließen. (Nur) in seiner „gesellschaftskommunikativen Symbol- und Expressionswirkung“ sieht *Gärditz* eine faktische Sonderrolle des Strafrechts in der Demokratie.

Im Übrigen wendet sich *Gärditz* dagegen, dem Strafrecht eine verfassungsrechtliche Sonderstellung einzuräumen oder außerrechtlichen Bewertungsmaßstäben für diese Teilordnung des Rechts einen anderen Stellenwert zuzuerkennen als sonst. Wie alles Recht kenne das Strafrecht keine außerhalb der Rechtsordnung stehenden Quellen normativer Verbindlichkeit. Demokratisches Strafrecht sei darum ein Instrument unter vielen und könne demokratisch gestaltet werden. Es sei nicht auf den Schutz gesellschaftlich elementarer Normen oder wissenschaftlich anerkannter Rechtsgüter beschränkt. Metarechtliche Kritik an strafrechtlichen Regelungen sei (selbstverständlich) möglich, müsse aber als exogenes Phänomen von der endogenen Verfassungsbindung des Strafgesetzgebers unterschieden werden.

Des Weiteren lässt sich nach *Gärditz* unmittelbar aus der Verfassung auch keine kohärente Straftheorie ableiten. Allerdings folge aus der Positivität des Grundgesetzes eine Absage an solche absoluten Strafrechtsbegründungen, die

eine gesellschaftlichen Zwecken und demokratischer Rechtsetzung vorgelagerte höhere Gerechtigkeit in Bezug nähmen. Hingegen sei die Demokratie vor allem offen gegenüber einem Verständnis von Strafe als akzessorischem Instrument, Normbefolgung zu etablieren und so die gesellschaftlichen Zwecke abzusichern, die hinter den strafbewehrten Verhaltensnormen stünden.

b) *Beatrice Brunhöber* beantwortet die Frage nach der grundrechtlichen Sonderstellung des Strafrechts im Ergebnis dahingehend, dass Strafvorschriften grundsätzlich „normale“ Grundrechtseingriffe seien, sie also keine grundrechtliche Sonderstellung hätten. Da ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung aber vor besonderen Hürden stehe, könne man doch wieder davon sprechen, dass Strafvorschriften eine grundrechtliche Sonderstellung hätten.

Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist, dass auch deliktisches Verhalten in den Schutzbereich der Grundrechte, hier insbesondere der allgemeinen Handlungsfreiheit falle. Zudem seien die einer Strafvorschrift immanenten Verhaltens- und Sanktionsnormen als Einheit zu begreifen. Daraus folge zum einen, dass die Sanktionsnorm an denjenigen Grundrechten zu messen sei, die die Verhaltensnorm berührten. Zum anderen sollen sich dadurch, dass die Verhaltensnorm strafbewehrt ist, aus dem Grundgesetz besondere Hürden ergeben, die über die Hürden des durch die Verhaltensnorm betroffenen Grundrechts hinausgehen. Schließlich stellten die strafrechtlichen Mindestgarantien (wie der Bestimmtheitsgrundsatz) spezifische Grenzen für das staatliche Strafen dar, sie seien strukturell also als typische Schranken-Schranken aufzufassen.

Sie führt zudem vor Augen, dass sowohl vorkonstitutionelle wie auch konstitutionalisierte Rechtsgutstheorien auf Annahmen beruhen, die quer zu jenen des modernen Verfassungsrechts stehen. Frühe Rechtsgutslehren wiesen ein ausgeprägtes Bedürfnis auf, Strafrecht zu begrenzen, was auf grundsätzliche Zweifel am (Straf-)Gesetzgeber hinweise; diese seien heute jedenfalls begründungsbedürftig. In Anschauung des Inzest-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts geht *Brunhöber* zudem auf Versuche ein, Rechtsgutskriterien in die Grundrechtsprüfung (bzw. genauer: die Verhältnismäßigkeitsprüfung) zu integrieren. Getragen werde das von der rechtsgutstheoretischen Prämisse, es gebe für Strafvorschriften besondere Zweckbeschränkungen, was freilich konträr zur herrschenden Verfassungslehre sei, wonach der Gesetzgeber unabhängig von der Wahl der Mittel grundsätzlich keinen besonderen Grenzen bei der Zwecksetzung unterliege, es sei denn, der Regelungszweck sei verfassungswidrig. In der Sache macht *Brunhöber* insofern das Argument stark, dass auch konstitutionalisierte Rechtsgutstheorien mit dem Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip in Konflikt zu treten drohen.

In ihrem *Kommentar* begrüßt *Antje von Ungern-Sternberg* aus verfassungsrechtlicher Sicht die These, dass Strafvorschriften als grundsätzlich „normale“ Grundrechtseingriffe keine grundrechtliche Sonderstellung beanspruchen. In der Sache relativiert sie freilich, dass der Strafgesetzgeber grundsätzlich keinen

besonderen Grenzen der Zwecksetzung unterliege. Vielmehr sollen strafrechtliche Sanktionen, so von *Ungern-Sternberg*, wegen der Schwere der hiermit verbundenen Grundrechtseingriffe gerade nicht beliebig geschaffen werden können, sondern sie müssten mit Blick auf hinreichend wichtige Rechtsgüter gerechtfertigt werden. Insofern wird verfassungsrechtlich – und strafrechtlich überaus anschlussfähig – die Unterscheidung in drei Fallgruppen vorgeschlagen, namentlich der Schutz kollektiver Rechtsgüter im Gegensatz zu Individualrechtsgütern, das Verbot von Moral- oder Gefühlsverletzungen sowie der Schutz von Rechtsinhaber*innen vor sich selbst. Ergänzend skizziert von *Ungern-Sternberg* zudem, dass bei der Bewertung einer etwaigen grundrechtlichen Sonderstellung des Strafrechts die ZMRK nicht aus dem Blick geraten dürfe, insbesondere weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zentralen europäischen Menschen- und Freiheitsrechten weitreichende Untersuchungs- und Kriminalisierungspflichten entnommen habe. Schließlich müsse die Frage nach der Sonderstellung des Strafrechts gerade heute und im Zeitalter von Automatisierung und künstlicher Intelligenz neu gestellt werden.

c) *Martin Nettesheim* beginnt seinen Beitrag zu verfassungsrechtlichen Kriminalisierungspflichten und -grenzen mit der Beobachtung, dass bei keinem anderen Rechtsinstitut Funktionszuschreibungen und Legitimitätsannahmen so weit auseinander fielen wie beim staatlichen Strafen. Institutionell zeichne sich staatliches Strafen als spezifische Form der Verteidigung der Rechtsordnung dadurch aus, dass der Verstoß gegen eine rechtliche Verhaltensnorm in einem spezifischen staatlichen Verfahren behandelt und bewertet werde. Hieran könne sich (müsse aber nicht stets) die Verhängung eines Strafübels anschließen. Die besondere Freiheitlichkeit staatlichen Strafens zeige sich darin, dass der Gesetzgeber den Normadressat*innen Raum eröffne, sich gegen die Beachtung der Verhaltensnorm zu entscheiden.

Nach *Nettesheim* sind verfassungstheoretisch solche expressiven Straftheorien unmittelbar anschlussfähig, die den Zweck staatlichen Strafens darin sähen, die Verbindlichkeit der verletzten Verhaltensnorm gegenüber einem Mitglied der politischen Gemeinschaft zu bekräftigen. Soziale Integration sei darauf angewiesen, dass Rechtsverstöße, die eine sozial desintegrierende Wirkung mit sich brächten, öffentlich thematisiert und geahndet würden. Eine davon ausgehende Präventionswirkung sei nicht Ziel, sondern faktische Folge des staatlichen Strafens. Ein rein retributives Strafverständnis verkenne das verfassungsrechtliche Wesen staatlichen Strafens als Integrationsmechanismus. Aus der integrationsbezogenen Funktion des Strafrechts sowie aus den Diskriminierungsverboten leitet *Nettesheim* verfassungsrechtliche Grenzen des staatlichen Strafens ab.

Eine grundrechtliche Pflicht zur Strafbewehrung individualschützender Verhaltensnormen lehnt *Nettesheim* ab. Grundrechte dienen der Absicherung spezifischer Individualinteressen, nicht überindividuellen Gemeinwohlanliegen,

die nicht sinnvoller Gegenstand subjektiver Rechte sein könnten. Verfassungsrechtliche Pönalisierungspflichten könnten allerdings aus republikanischen Grundsätzen abzuleiten sein, wenn ein normwidriges Verhalten einen integrationsbezogenen Unrechtsgehalt aufweise. Auch ein „Anspruch auf Bestrafung“ eines konkreten normwidrigen Verhaltens im Einzelfall kann sich für *Nettesheim* nicht aus Grundrechten ergeben. Das rechtsstaatliche Anliegen eines wirksamen Strafrechtvollzugs lasse sich hingegen nicht subjektivieren.

d) *Dominik Brodowski* behandelt die Frage nach der Sonderstellung des Strafrechts aus der europäischen Mehrebenenperspektive. Er versteht das europäische Strafrecht als integrales Teilgebiet des Strafverfassungsrechts, nicht zuletzt, weil mit diesem Begriff neben dem nationalen Verfassungsrecht auch jede andere Rechtsordnung aufgerufen sei, die dem „einfachen“ Strafrecht, seiner Entwicklung und seiner Anwendung (Rahmen-)Vorgaben setze. Freilich müsse insofern zwischen dem Unionsrecht und der EMRK einerseits und sonstigen strafrechtsrelevanten Handlungsformen auf trans-, supra- und internationaler Ebene andererseits unterschieden werden, weil die rechtliche Bedeutung von letzteren erheblichen Begrenzungen unterworfen sei und dem nationalen Strafgesetzgeber insbesondere die Befugnis eines „treaty override“ verbleibe.

Aus der Perspektive des Primärrechts lehnt *Brodowski* eine Sonderstellung des Strafrechts ab, was als Ausdruck seiner zunehmenden Demokratisierung auf Unionsebene verstanden wird. So bewegten sich der kompetenzielle Rahmen, die Handlungsformen und auch die Durchsetzungsmechanismen im Bereich des unionsrechtlich Üblichen, sie seien strafrechtsneutral. Eine normative „Schonung“ des Strafrechts zeige sich kompetenzrechtlich nicht. Materiell fänden sich zwar gerade in der GrCh spezielle strafrechtsbezogene Garantien. Ein vom Unionsrecht akzeptierter, allgemeiner „Strafrechtsvorbehalt“ der Mitgliedstaaten existiere gleichwohl nicht. Auch seien laut *Brodowski* grundrechtlich konstruierte kriminalstrafrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des EuGH kaum zu erwarten, so dass eine Sonderstellung des Strafrechts auch nicht hieraus resultiere. Schließlich sei der sog. Notbremsemechanismus (Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 2 AEUV) aus unionsrechtlicher Perspektive nicht so außergewöhnlich, um die besagte Sonderstellung zu begründen.

Aus der Perspektive des nationalen, hier insbesondere des deutschen Verfassungsrechts könnte, so *Brodowski* weiter, gerade die vom Bundesverfassungsgericht nunmehr reklamierte Ultra-vires-Kontrolle im strafrechtlichen Kontext Bedeutung erlangen, will heißen eine verfassungsrechtliche Sonderstellung des Strafrechts (wider seine Europäisierung) begründen. Aber auch dies sei zu kontextualisieren und empirisch dahingehend zu relativieren, dass ein Abflachen europäischer materiell-strafrechtlicher Gesetzgebung in den vergangenen Jahren trotz dieser Rechtsprechungslinien nicht zu verzeichnen sei.

Matthias Bäcker macht sich in seinem *Kommentar* auf, eine ebenenübergreifende Perspektive auf das europäisierte Strafverfassungsrecht zu entwickeln.

Politisch habe gerade der Umstand, dass sich die primärrechtliche Stellung des Strafrechts durch den Vertrag von Lissabon weitgehend normalisiert habe, das Bundesverfassungsgericht dazu veranlasst, eine aus dem Demokratieprinzip abgeleitete verfassungsrechtliche Sonderstellung des Strafrechts zu betonen und damit spezifische Integrationsgrenzen zu begründen. In der Sache sei die Abschottung des nationalen Strafrechtsraums im Lissabon-Urteil wenig überzeugend; denn unter kulturellen, historischen und sprachlichen Gesichtspunkten sei Strafrecht – und darin stimmt *Bäcker* mit *Brodowski* überein – „nicht so besonders.“ Der Kern des europäisierten Strafverfassungsrechts sei daher, so *Bäcker*, der Grundrechtsschutz. Dieser müsse integrativ – d. h. in der Integration der verschiedenen Grundrechtsregime in Europa – betrieben und die Differenzierung des grundrechtlichen Kontrollmaßstabs je nach Harmonisierungsgrad der unionsrechtlichen Vorgaben hinterfragt werden.

2. Zweiter Themenkomplex: Einzelfragen des Strafverfassungsrechts

Der zweite Themenkomplex befasst sich mit ausgewählten verfassungsrechtlichen Bindungen deutscher Hoheitsträger bei der Strafrechtsetzung und Strafrechtsanwendung. Der Fokus liegt dabei auf Bindungen, die fundamentale theoretische und dogmatische wie auch aktuelle praktische Relevanz entfalten. Dazu haben wir vier Einzelfragen herausgegriffen:

a) Der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG wird vielfach als strafrechtliches Spezifikum und zentraler Baustein eines rechtsstaatlichen Strafrechts angesehen. Im Kontrast hierzu steht der Befund, dass das Bundesverfassungsgericht bislang nur äußerst selten Strafrechtsnormen wegen ihrer Unbestimmtheit verworfen hat. Vielfach wurden selbst Normen mit sehr weitem und konturenarmem Anwendungsbereich – etwa im Wirtschaftsstrafrecht – verfassungsgerichtlich bestätigt und stattdessen einengende Maßstäbe für ihre Auslegung und Anwendung im Einzelfall errichtet. Gleichzeitig wurden die Anforderungen an die Bestimmtheit außerstrafrechtlicher Normen – etwa in Teilbereichen des Verwaltungsrechts und mitunter selbst im Privatrecht – in jüngerer Zeit teils erheblich verschärft. Jedenfalls beim heutigen Stand von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungsrechtsprechung stellt sich damit die Frage, ob sich die strafrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen überhaupt noch von den allgemeinen Anforderungen unterscheiden.

Friederike Wapler vergleicht die straf- und die verfassungsrechtliche Auslegungstradition des Bestimmtheitsgebots anhand der Leitfrage, ob die Eigenheiten des Strafrechts eine spezifische Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG erfordern. Dabei wendet sich *Wapler* unter Verweis auf den Vorrang der Verfassung im Ausgangspunkt gegen Ansätze, der strafrechtlichen Auslegungstradition eine Bindungswirkung für die Verfassungsinterpretation zuzuerkennen.

Waplers Analyse ergibt einen weitgehenden methodischen Gleichlauf des allgemeinen rechtsstaatlichen und des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Dabei sei die Binnensystematik des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots wenig geklärt. Eine trennscharfe Differenzierung sei jedoch wegen der gemeinsamen Wurzel der in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Gebote, den Normunterworfenen einen Anspruch auf Transparenz staatlichen Handelns zu vermitteln, auch entbehrlich. Als wesentliche Gehalte des Bestimmtheitsgebots seien das Gebot der Normenklarheit und der Parlamentsvorbehalt für wesentliche Fragen anerkannt. Überschießend sei allerdings die Vorstellung, das Gebot der Normenklarheit verlange, dass die Bürger*innen durch einen einfachen Blick ins Gesetz die Grenzen der Strafbarkeit erkennen könnten. Auch Strafgesetze müssten (lediglich) so bestimmt wie möglich formuliert werden. Die Kontroversen hierzu liefen auf die Frage hinaus, was das „Mögliche“, das dem Gesetzgeber zu leisten auferlegt sei, im Einzelnen bedeute.

Wapler identifiziert abschließend drei Konfliktfelder im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Erstens handle es sich um Relativierungen der Bestimmtheitsanforderungen in Abhängigkeit von der Schwere der Straftat, den Erkenntnismöglichkeiten der Normadressat*innen und einer Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern. *Wapler* bestimmt die Berechtigung dieser Relativierungen differenziert. Zweitens bestünden Bedenken dagegen, eine richterliche Normkonkretisierung als „Rettungsanker“ für unbestimmte Normen heranzuziehen. Drittens bleibe der Wesentlichkeitsgrundsatz als eigenständiges verfassungsrechtliches Gebot in Rechtsprechung und Literatur zum Strafverfassungsrecht teils unterbelichtet. Insgesamt solle das Bestimmtheitsgebot stärker an den Gesetzgeber als den Akteur rückgebunden werden, den es primär in die Pflicht nehme.

Matthias Jahn hebt in seinem *Kommentar* die praktische Bedeutung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots für die Strafjustiz hervor. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts habe dieses Gebot weiter ausdifferenziert und auf dieser Grundlage Korrekturen auch etablierter fachgerichtlicher Rechtsprechungslinien erzwungen. Perspektivisch sollte das Bestimmtheitsgebot laut *Jahn* auch auf das Strafverfahrensrecht erstreckt werden.

b) Die Fragmentarität und Selektivität von Strafrecht und Strafverfolgung werfen gerade im Lichte des Gleichheitssatzes intrikate Fragen auf, die bis dato weder verfassungs- noch strafrechtlich hinreichende Beachtung gefunden haben. Einerseits wird die Fragmentarität des Strafrechts vielfach als Ausdruck seiner notwendigen Begrenztheit begriffen. Überdies wird die selektive Durchsetzung fragmentarischen Strafrechts in der kriminologischen Literatur sogar als Gelingensvoraussetzung strafrechtlicher Regulierung beschrieben. Sofern Selektivität für (unzulässige) Diskriminierung steht, kann sie Strafrecht bzw. Strafverfolgung delegitimieren, und in anderen Teilordnungen des Rechts – etwa im Steuerrecht – werden systemisch bedingte Vollzugsdefizite als Verletzungen