

MAREI VERENA WILFERT

Strafe und
Strafgesetzgebung
im demokratischen
Verfassungsstaat

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*

9

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 9



Marei Verena Wilfert

Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat

Der Einfluss des grundgesetzlichen Demokratieprinzips
auf Straftheorie und Strafgesetzgebung
am Beispiel ausgewählter Staatsschutzdelikte

Mohr Siebeck

Marei Verena Wilfert, geboren 1988 in Hilden (Rheinland), studierte von 2007–2012 Rechtswissenschaften an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms Universität in Bonn. 2012 legte sie die Erste juristische Staatsprüfung am OLG Köln ab. Während ihres darauf folgenden Promotionsstudiums war sie wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Öffentliches Recht bei Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz und wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer Bonner Rechtsanwaltskanzlei. Derzeit ist sie Rechtsreferendarin am LG Bonn.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

ISBN 978-3-16-154877-2 eISBN 978-3-16-154878-9
ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Neuffen gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Das vorliegende Buch wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen-Friedrichs-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz für die wertvollen Anregungen und die hilfreiche Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit. Zudem möchte ich mich für die lehrreiche und spannende Zeit der Mitarbeit an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht bedanken.

Herrn Prof. Dr. Martin Böse danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den ersten Anstoß zur Beschäftigung mit dem Thema dieser Arbeit verdanke ich zudem der Teilnahme an einem von ihm geleiteten Seminar zum Thema „Terrorismus“.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft gebührt mein besonderer Dank für die Gewährung einer Publikationsbeihilfe.

Bedanken möchte ich mich bei meinen Freundinnen und Kolleginnen vom Lehrstuhl, Christina Federer-Meyer, Maria Geismann und Tanja Hoffmann für die anregenden Gespräche und konstruktiven Hinweise.

Ebenfalls danken möchte ich meinen Geschwistern Friederike und Christoph Wilfert sowie Marianne Koopmann, die mich tatkräftig unterstützt und damit zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Für zahlreiche Aufmunterungen und geduldiges Zuhören während der Entstehungszeit möchte ich mich bei meinem Freund Stefan Buhardt bedanken.

Der größte Dank gilt meinen Eltern Cornelia und Michael Wilfert, letzterem vor allem auch für die Übernahme der mühevollen Arbeit des Korrekturlesens. Beide haben mich in jeglicher Hinsicht immer unterstützt und gefördert. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Bonn, im Mai 2016

Marei Verena Wilfert

Inhaltsübersicht

| | |
|---|----|
| A. Einleitung | 1 |
| I. Einführung in die Problematik | 1 |
| II. Bezugsfeld | 3 |
| | |
| B. Vorüberlegungen | 10 |
| I. Die unterschiedlichen Perspektiven auf Grund und Grenzen staatlichen Strafens | 10 |
| II. Zum Verhältnis des legitimen Zwecks der Strafe (Straftheorie) und der legitimen inhaltlichen Ausgestaltung von Strafgesetzen (Verbrechensbegriff) | 14 |
| III. Verhaltens- und Sanktionsnorm als Eingriffe in Grundrechte | 16 |
| IV. Die Straftheorie als Grundlage des Verbrechensbegriffs | 28 |
| V. Strafrecht unter dem Grundgesetz | 29 |
| | |
| C. Das Demokratieprinzip und die demokratische Rechtserzeugung als Kennzeichen der Verfassung | 39 |
| I. Die verschiedenen Begriffe der Demokratie | 39 |
| II. Überblick über die Ursprünge und Entwicklung des Demokratiebegriffs | 41 |
| III. Das grundgesetzliche Demokratieprinzip | 42 |
| IV. Merkmale demokratischer Gesetzgebung – „Inhalt“ der Demokratie | 61 |
| V. Demokratie im Verfassungsstaat des Grundgesetzes | 77 |
| VI. Konsequenzen für das Strafrecht | 80 |

| | |
|--|-----|
| D. Die Verfassungs- und Demokratieadäquatheit bestehender Straftheorien | 84 |
| I. Überblick über die bestehenden Straftheorien | 84 |
| II. „Absolute“ Straftheorien | 85 |
| III. Relative Straftheorien | 104 |
| E. Die Grenzen der Strafgesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat | 113 |
| I. Inhalt strafbewehrter Verhaltensnormen | 113 |
| II. Materielle Grenzen für den Strafgesetzgeber? | 114 |
| III. Das GG als Grenze der Strafgesetzgebung | 140 |
| F. Legitimation ausgewählter Staatsschutzdelikte | 185 |
| I. Zum Begriff des Staats- und Verfassungsschutzes sowie zum Begriff des politischen Strafrechts | 185 |
| II. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen | 188 |
| III. Die Entwicklung des Staatsschutzstrafrechts | 204 |
| IV. Zur Legitimation geltender Straftatbeständen zum Schutz von Staat und Verfassung | 223 |
| G. Zusammenfassung der Ergebnisse | 246 |
| Literaturverzeichnis | 253 |
| Sachregister | 279 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 1 |
| I. <i>Einführung in die Problematik</i> | 1 |
| II. <i>Bezugsfeld</i> | 3 |
| 1. <i>Historie</i> | 4 |
| 2. <i>Spannungsverhältnis von Grundrechten und Staatsschutz</i> | 6 |
| 3. <i>Besonderheit der Schutzgüter und deren Vernachlässigung von der Wissenschaft</i> | 7 |
| 4. <i>Ausgewählte Delikte</i> | 8 |
| | |
| B. Vorüberlegungen | 10 |
| I. <i>Die unterschiedlichen Perspektiven auf Grund und Grenzen staatlichen Strafens</i> | 10 |
| II. <i>Zum Verhältnis des legitimen Zwecks der Strafe (Straftheorie) und der legitimen inhaltlichen Ausgestaltung von Strafgesetzen (Verbrechensbegriff)</i> | 14 |
| III. <i>Verhaltens- und Sanktionsnorm als Eingriffe in Grundrechte</i> | 16 |
| 1. <i>Eingriff in Grundrechte durch die Verhaltensnorm</i> | 19 |
| 2. <i>Eingriff in die Grundrechte durch die Sanktionsnorm</i> | 26 |
| IV. <i>Die Straftheorie als Grundlage des Verbrechensbegriffs</i> | 28 |
| V. <i>Strafrecht unter dem Grundgesetz</i> | 29 |
| 1. <i>Ius puniendi und konkrete Vorgaben des GG</i> | 31 |
| 2. <i>Strafrechtliche Schutzpflichten</i> | 33 |
| 3. <i>Strafrecht als Teil sozialer Kontrolle</i> | 35 |
| | |
| C. Das Demokratieprinzip und die demokratische Rechtserzeugung als Kennzeichen der Verfassung | 39 |
| I. <i>Die verschiedenen Begriffe der Demokratie</i> | 39 |
| II. <i>Überblick über die Ursprünge und Entwicklung des Demokratiebegriffs</i> | 41 |

| | |
|---|-----|
| <i>III. Das grundgesetzliche Demokratieprinzip</i> | 42 |
| 1. Freiheit und Gleichheit des Einzelnen als Ausgangspunkt der Demokratie | 42 |
| 2. Die Ausgestaltung des Demokratieprinzips des Grundgesetzes | 47 |
| 3. Repräsentative und identitäre Demokratie | 50 |
| a) Die Lehre vom Allgemeinwillen | 50 |
| b) Die repräsentative Demokratie | 58 |
| <i>IV. Merkmale demokratischer Gesetzgebung – „Inhalt“ der Demokratie</i> | 61 |
| 1. Materielle und formelle Anforderung an demokratische Gesetzgebung | 63 |
| a) Deliberative Demokratie und Diskurstheorie | 64 |
| b) Relativismus und Pluralismus | 68 |
| c) Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens | 70 |
| 2. Zusammenfassende Betrachtung | 73 |
| <i>V. Demokratie im Verfassungsstaat des Grundgesetzes</i> | 77 |
| <i>VI. Konsequenzen für das Strafrecht</i> | 80 |
| | |
| D. Die Verfassungs- und Demokratieadäquatheit bestehender Straftheorien | 84 |
| <i>I. Überblick über die bestehenden Straftheorien</i> | 84 |
| <i>II. „Absolute“ Straftheorien</i> | 85 |
| 1. Strafe als Repression | 88 |
| 2. Freiheitsgesetzliche Straftheorie | 93 |
| a) Darstellung der Grundzüge einer freiheitsgesetzlichen Straftheorie | 93 |
| b) „Demokratische“ Kritik | 98 |
| <i>III. Relative Straftheorien</i> | 104 |
| 1. Spezialprävention | 105 |
| 2. Negative Generalprävention | 106 |
| 3. Positive Generalprävention | 107 |
| | |
| E. Die Grenzen der Strafgesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat | 113 |
| <i>I. Inhalt strafbewehrter Verhaltensnormen</i> | 113 |
| <i>II. Materielle Grenzen für den Strafgesetzgeber?</i> | 114 |
| 1. Wichtigster Begrenzungsversuch der Strafgesetzgebung: Die Rechtsgutstheorie | 116 |

| | |
|---|------------|
| a) Ursprünge der Rechtsgutstheorie | 118 |
| b) Aktueller Forschungsstand der Rechtsgutstheorie | 121 |
| c) Kritik an der Rechtsgutstheorie | 125 |
| 2. Der Kernbereich des Strafrechts | 127 |
| 3. Wachsender Einfluss des Verfassungsrechts | 130 |
| 4. Kritik an verfassungsrechtlicher Anbindung | 133 |
| <i>III. Das GG als Grenze der Strafgesetzgebung</i> | <i>140</i> |
| 1. Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 103 Abs. 2 GG | 142 |
| 2. Schuldgrundsatz | 145 |
| 3. Die Grundrechte als Begrenzung des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers | 146 |
| a) Prinzipientheorie der Rechte: Abwägung zwischen Grundrechten und Einschätzungsspielraum | 147 |
| b) Einfluss der Eingriffsintensität auf den Entscheidungsspielraum | 151 |
| c) Das Verständnis der Grundrechte als Rahmenrechte und die Folge für den gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum | 153 |
| 4. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz | 156 |
| a) Legitimer Zweck | 162 |
| aa) Einschränkungen im Sinne der Rechtsgutstheorie | 163 |
| bb) Verbindlichkeit der Rechtsgutstheorie | 172 |
| cc) Das „Harm Principle“ als Ergänzung oder Ausweg | 174 |
| b) Geeignetheit und Erforderlichkeit | 177 |
| c) Angemessenheit | 179 |
| | |
| F. Legitimation ausgewählter Staatsschutzdelikte | 185 |
| <i>I. Zum Begriff des Staats- und Verfassungsschutzes sowie zum Begriff des politischen Strafrechts</i> | <i>185</i> |
| <i>II. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen</i> | <i>188</i> |
| 1. Das „Grundproblem“ des Staatsschutzstrafrechts | 188 |
| 2. Die Bestimmungen zum Schutz der Verfassung und des Staates in der WRV | 190 |
| a) Art. 76 WRV | 191 |
| b) Der mittelbare Schutz über die Grundrechte | 192 |
| 3. Die Bestimmungen des Grundgesetzes, insbesondere die Entscheidung für eine wehrhafte Demokratie | 194 |
| a) Die Elemente der wehrhaften Demokratie im Einzelnen | 198 |
| b) Reichweite und Auslegung des Konzepts der wehrhaften Demokratie | 201 |
| c) Beurteilung des grundgesetzlichen Staats- und Verfassungsschutzes | 203 |
| <i>III. Die Entwicklung des Staatsschutzstrafrechts</i> | <i>204</i> |
| 1. Der Tatbestand des Hochverrats in der Weimarer Republik | 207 |

| | |
|---|---------|
| a) Die Verfassung als Schutzgut von § 81 | 209 |
| aa) Tatbestandsvoraussetzung der gewaltsamen Änderung | 210 |
| bb) Exkurs: Die Republikschutzgesetze | 211 |
| cc) Die Rechtsprechung zum Hochverrat in der Weimarer Republik | 212 |
| dd) Die Beurteilung des strafrechtlichen Staatsschutzes in der Weimarer Republik | 214 |
| 2. Überblick über die Geschichte des strafrechtlichen Staatsschutzes in der BRD | 215 |
| a) Das 1. Strafrechtsänderungsgesetz 1951 | 216 |
| b) Die weitere Entwicklung und das 8. Strafrechtsänderungsgesetz . | 219 |
| <i>IV. Zur Legitimation geltender Straftatbeständen</i> <i>zum Schutz von Staat und Verfassung</i> | 223 |
| 1. Hochverrat, § 81 StGB | 226 |
| 2. Verfassungsfeindliche Sabotage, § 88 StGB | 233 |
| 3. Wahlstraftaten (§ 107–§ 107c StGB) | 242 |
| G. Zusammenfassung der Ergebnisse | 246 |
| Literaturverzeichnis | 253 |
| Sachregister | 279 |

A. Einleitung

I. Einführung in die Problematik

Die Frage, welches Verhalten der Staat verbieten und unter Strafe stellen darf, gehört zu den wichtigsten des Strafrechts. Damit im Zusammenhang stehen Überlegungen zum Grund der Kriminalstrafe. Beide Themengebiete sind bedeutend, da der Staat durch jede Strafe und jedes Strafgesetz in die grundrechtlich verbürgte Freiheit des Einzelnen eingreift und es dafür einer Rechtfertigung bedarf.¹ Eine solche Rechtfertigung ist wiederum immer abhängig vom jeweiligen rechtlichen Bezugssystem, auf das sie rekurriert, d. h. sie ist ein Legitimationsmodell für nur eine bestimmte Rechtsordnung.² Für den deutschen Strafgesetzgeber sind somit die Vorgaben des Grundgesetzes, in dem die basalen Prinzipien der deutschen Rechtsordnung niedergelegt sind, entscheidend. Jedes Gesetz und somit auch jedes Strafgesetz muss mit der Verfassung in Einklang stehen (Vorrang der Verfassung).³

Trotz dieser eigentlich eindeutigen Lage bleibt in der strafrechtlichen Diskussion das Grundgesetz als Bezugspunkt häufig sowohl begrifflich als auch inhaltlich ausgespart. Dies liegt zum einen daran, dass die Frage nach Legitimationsanforderungen für Strafnormen schon vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes Gegenstand der Forschung war; der begriffliche Rahmen, unter dem sie diskutiert wurde, war zunächst rein strafrechtlicher Natur und blieb es auch lange.⁴ Zum anderen ist festzustellen, dass der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Strafrecht überhaupt erst ab den 1960er Jahren in den Blickpunkt der Strafrechtswissenschaft gerückt ist.⁵ Seither hat es zwar immer wieder Monografien gegeben, die das Verhältnis von Straf- und Verfassungsrecht im Rahmen

¹ Vgl. statt vieler MüKo-StGB/*Freund*, Vor §§ 13 ff. Rn. 37.

² *Pawlik*, FS *Jakobs*, S. 469, 478; *Jakobs*, Strafrecht AT, 1. Abschn., Rn. 1; ähnlich *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 253; siehe allgemein zum Wandel der Legitimationsanforderungen, *Gusy*, Legitimität im demokratischen Pluralismus, S. 9 ff., 63 ff.

³ *Maunz/Dürig-GG/Herzog/Grzeszick*, Art. 20 [Stand 11/2006] Rn. 25; *Beck-OK-GG/Huster/Rux*, Art. 20 [Stand 03/2015] Rn. 165; *Bethge*, FS *Stern*, S. 295, 297 ff.; *Gusy*, Legitimität im demokratischen Pluralismus, S. 77.

⁴ *Greco*, in *Brunhöber et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13, 15; *Kuhlen*, in *Stolleis* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, S. 39, 40 f.

⁵ *Sax*, in *Bettermann et al.* (Hrsg.), Die Grundrechte Bd. III/2, S. 909 ff.; *Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 17 ff., 25 ff.; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz.

der Strafgesetzgebung zum Thema hatten⁶, im Fokus der deutschen Strafrechtswissenschaft steht jedoch seit dem 18. Jahrhundert⁷ unverändert der Begriff des „Rechtsguts“⁸, der originär keinen verfassungsrechtlichen Bezug aufweist. Bislang gibt es nur wenige Versuche wie insbesondere die von *Roxin*, *Rudolphi* und *Stächelin*, die mit ihm verbundene Rechtsgutstheorie verfassungsrechtlich zu verankern.⁹

Des Weiteren ist auch der Einfluss des im Grundgesetz verankerten Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) auf eine materielle Strafbegründung innerhalb der Strafrechtswissenschaften kaum untersucht worden, ja vielmehr wurde in letzter Zeit von einigen Autoren eine „verstörende Demokratiefierne“¹⁰ in der Strafrechtswissenschaft konstatiert.¹¹ Zum Erlass von Strafgesetzen ist aber nur der demokratisch legitimierte Gesetzgeber befähigt. Erst 2008 hat das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Inzest-Urteil¹² klargestellt, dass es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, den Bereich strafbaren Handelns festzulegen. Dabei ist er in der Wahl der Güter frei, die er mit den Mitteln des Strafrechts schützen will, Grenzen setzt ihm allein die Verfassung.¹³ Dieser Ansicht des Gerichts schließt sich diese Arbeit, wie noch genauer dargelegt wird, vollumfänglich an, jedoch soll gezeigt werden, inwiefern diese Aussage verfassungsrechtlich und insbesondere demokratietheoretisch geboten ist. Die äußerst knappe Begründung des Gerichts soll hier eine ausführlichere theoretische Untermauerung erfahren.¹⁴

⁶ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte; *Appel*, Verfassung und Strafe; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat; zuletzt *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht.

⁷ *Sina*, Dogmengeschichte, 1962, S. 14 ff.

⁸ Vgl. nur *Sch-Sch/Lenckner/Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 8; *SK-StGB/Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 2; *Roxin*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 2 ff.; *MüKo-StGB/Freund*, Einl. Rn. 23, Vor §§ 13 ff. Rn. 40; *NK-StGB/Hassemer/Neumann*, Vorbem. § 1 Rn. 109 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 10; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 6; Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), S. 24 ff.

⁹ *Roxin*, JuS 1966, S. 337, 381; *derselbe*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, S. 1, 12 ff., 15 ff.; *derselbe*, Strafrecht AT/1, § 2 Rn. 93; *Rudolphi*, FS Honig, S. 151, 158, eingeschränkter in *SK-StGB/Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 4 ff.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, S. 82 ff.

¹⁰ *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653, 658.

¹¹ *Appel*, KritV 1999, S. 278, 286 f.; *Amelung*, in Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 155, 163; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331 f.; *Stuckenberg*, GA 2011, S. 652, 658 f.; diese Feststellung positiv bewertend *Greco*, in *Brunnhöber et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13, 25. Zum Verhältnis von Strafrecht und Politik *Donini*, in *Vormbaum* (Hrsg.), Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 3 (2001/2002), S. 408; *Maas*, NStZ 2015, S. 305 ff. Allgemein gegen das Verständnis einer Gegenseitlichkeit von Recht und Politik siehe *Hillgruber*, VVDStRL 67 (2008), S. 7, 8 f. m. w. N.

¹² BVerfGE 120, 224; *Stuckenberg* bezeichnet das Urteil als einen „heilsamen Schock“, GA 2011, S. 653, 655.

¹³ BVerfGE 120, 224 (240 f.).

¹⁴ Dass die Entscheidung des Gerichts in der Sache durchaus kritisiert werden kann ist

Mag mancher Autor eine Mehrheitsentscheidung im Rahmen der Gesetzgebung als unzureichend ansehen und daher vor der Gefahr einer „Tyrannei der Massen“¹⁵ warnen, so kann dies jedoch nicht dazu führen, das Demokratieprinzip weiterhin zu ignorieren und aus vorkonstitutionellen Theorien (wie etwa der oben erwähnten Rechtsgutslehre) Anforderungen für den Gesetzgeber abzuleiten, die seine durch die Verfassung gewährleistete Freiheit im Bereich der Strafgesetzgebung beschneiden. Vielmehr wäre, mit Blick auf den oben bereits angesprochenen „Vorrang der Verfassung“, zu untersuchen, ob nicht das Grundgesetz Mittel zur Verfügung stellt, die der Befürchtung einer Unterdrückung der Minderheit durch die Mehrheit entgegen treten können. Ziel dieser Arbeit soll es daher sein, ein verfassungsrechtlich geprägtes Legitimationsmodell für Strafgesetze unter besonderer Berücksichtigung des Demokratieprinzips zu erarbeiten. Als mögliche verfassungsrechtliche Schranken für den Gesetzgeber sollen insbesondere die Grundrechte¹⁶ und der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁷ geprüft werden. Hierbei sollen die Errungenschaften der vorkonstitutionellen Zeit und der anderen Legitimationsmodelle sicherlich nicht vollkommen außer Acht gelassen werden, sondern es soll vielmehr untersucht werden, ob die entwickelten Legitimationskriterien auch verfassungsrechtlich entscheidend sind und ob sie nicht unter Umständen auch grundrechtlich abgebildet werden können.

II. Bezugsfeld

Die Erarbeitung eines verfassungsrechtlich geprägten Legitimationsmodells für Strafgesetze soll nicht nur auf theoretischer Ebene erfolgen, sondern auch anhand konkreter Straftatbestände geprüft werden.¹⁸ Die besondere Bedeutung und Tragweite, die einem Eingriff des Staates in die Freiheitsrechte des Einzelnen beizumessen ist, verlangt es, dass ein solches Modell in seiner Anwendung auf Strafgesetze auch tatsächlich praktikabel ist. Denn wie *Zaczyk* es formuliert,

unbestritten und wird auch von Kritikern der Rechtsgutslehre eingeräumt. Z. B. *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653, 655; *derselbe*, Verfassungsrechtsprechung, S. 846, 850. Diese Mängel ändern jedoch nichts an der zustimmungswürdigen Aussage des Gerichts zum Demokratieprinzip im Strafrecht und der Rechtsgutslehre.

¹⁵ *Zaczyk*, Der Staat 50 (2011), S. 295, 296.

¹⁶ Vgl. Grundrechtsdogmatik bei *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 41 ff.; Forderung bei *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331, 360.

¹⁷ *Weigend*, FS für Hirsch, S. 917; LK-StGB/*Weigend*, Einl. Rn. 1; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331, 360; kritisch *Neumann*, in v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, S. 128, 136; *Hassemer*, in v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles*, S. 121, 125 f.; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 33 ff.

¹⁸ Schließlich ist „die Strafe ist keine Erfindung der Theorie“, *Pawlik*, in Schumann (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, S. 59.

ist der Gegenstand der Strafrechtswissenschaften gerade kein theoretisches Objekt, sondern ein Begründungszusammenhang, der in die Lebenspraxis von Subjekten mündet.¹⁹

Als Bezugsfeld dienen in der vorliegenden Arbeit geltende Straftatbestände des Strafgesetzbuchs, die dem Bereich des Schutzes von Staat und Verfassung entnommen sind. Der Wahl dieses Bezugsfeldes liegen verschiedene Überlegungen zu Grunde, die einerseits auf staatsrechtlichen und andererseits auf strafrechtlichen Gedanken beruhen. Sie sollen in der Folge kurz erläutert werden.

1. Historie

Zunächst zeigt die Historie des strafrechtlichen Staatsschutzes, dass er zu verschiedenen Zeiten von verschiedenen Herrschaftsformen als unverzichtbar angesehen wurde. Während jedoch z. B. Diktaturen die Überwachung Andersdenkender als Rechtfertigung für strafrechtlichen Staatsschutz anführen können und konnten, bleibt dies unserer heutigen Demokratie wegen der freiheitlichen und pluralistischen Grundausrichtung des Grundgesetzes gerade verwehrt.²⁰ Ein kurzer Überblick über die Historie des strafrechtlichen Staatsschutzes zeigt jedoch, mit welcher Selbstverständlichkeiten sich der deutsche Staat – unabhängig von der jeweils gerade existenten Staatsform – dennoch immer wieder zum Schutzobjekt gemacht hat.²¹ Dabei wird deutlich, dass Straftatbestände dieser Art zwar schon immer existiert haben und über ihre Ausgestaltung auch viel diskutiert wurde, ihre grundsätzliche Berechtigung hingegen selten besprochen wurde und wird.

Der Schutz des politischen „Gemeinwesens“ lässt sich bis in die Zeit der Germanen zurückverfolgen.²² Es handelt sich bei diesem Feld historisch gesehen also zweifelsfrei um „Kernstrafrecht“, das sich allerdings im Verlauf der Geschichte vom römisch-rechtlichen Majestätsdelikt bis hin zum geltenden Staatsschutzrecht einer rechtsstaatlichen Demokratie gewandelt hat.

Das Staatsschutzrecht hat in jedem auf deutschem Boden erlassenen Strafgesetzbuch, vom „Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten“ (1794), im preußischen StGB von 1851 über das Reichsstrafgesetzbuch (1871) bis

¹⁹ Zaczyk, ZStW 123 (2011), S. 691, 693.

²⁰ Siehe auch den allgemeineren Hinweis von Jakobs, Strafrecht AT, 1. Abschn. Rn. 1 wonach der Zustand des Staates (Kriegs- oder Friedenszeit, säkularer oder geistlicher Staat) den Einsatz von Strafe beeinflusst; in die gleiche Richtung Mir Puig, FS Hassemer, S. 521, 523; einen Überblick über die Formen staatlicher Strafe im 18.–20. Jahrhundert gibt Rüping, in Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, S. 35 ff.

²¹ Siehe auch Kern, Der Strafschutz des Staates und seine Problematik, S. 8 f.

²² Vgl. die ausführliche historische Darstellung von Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, S. 7 ff.

hin zur Erweiterung der Straftatbestände in den Republikschutzgesetzen²³ der Weimarer Zeit, seinen Platz gefunden.²⁴ In der NS-Zeit wurde der strafrechtliche Staatsschutz durch Ausweitung der Tatbestände und Erhöhung der Strafandrohungen zu einem Mittel des staatlichen Terrors.²⁵ Auch heute besteht in der Kommentarliteratur zum StGB ein weitgehender Konsens, dass das Strafrecht zum Schutz von Staat und Verfassung gerade für unsere rechtsstaatliche Demokratie unerlässlich ist.²⁶

Unter dem Grundgesetz hat der strafrechtliche Staatsschutz dabei eine wechselvolle Geschichte erlebt. Mit dem Erlass des Grundgesetzes am 23.05.1949 bestand auch sofort wieder ein in Art. 143 a. F.²⁷ normiertes Verbot des Hochverrats zum Schutz der soeben erlassenen Verfassung und des auf ihr basierenden Staates. Die Übergangsregelung wurde 1951 durch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz²⁸ durch eine neuartige und originelle Konzeption²⁹ des Verfassungs- und Staatsschutzes ersetzt. Neben den Regelungen über den Hoch- und Landesverrat wurde maßgeblich nach Vorbild des Schweizerischen StGB der Abschnitt über die „Staatsgefährdung“ eingeführt und der Fokus auf die staats- und verfassungsfeindliche Absicht des Täters als tragendes Motiv für seine Tat gelegt.³⁰ Insbesondere die Straftatbestände des Abschnitts „Staatsgefährdung“ erfuhren heftige Kritik und wurden teilweise als verfassungswidrig beurteilt.³¹ Danach wurden immer wieder Straftatbestände geändert, aber erst 1968 kam es schließlich zu einer nennenswerten Neugestaltung durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz³², das eine deutliche Liberalisierung des Staatsschutzstrafrechts bewirkte.³³ Über die Änderungen war in mehr als 50 Sitzungen des Sonderausschusses Strafrecht mit zahlreichen Sachverständigen aus allen fachlichen Bereichen beraten worden, was wiederum deutlich macht, dass es sich um eine gerade auch politisch ungemein bedeutsame und brisante Materie handelte.³⁴

²³ RGBl. 1239.

²⁴ Übersicht in NK-StGB/Paeffgen, Vorbem. §§ 80–101a Rn. 1 ff.

²⁵ NK-StGB/Paeffgen, Vorbem. §§ 80–101a Rn. 3; vgl. auch ausführliche Darstellung bei Schroeder, Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, S. 148 ff.

²⁶ MüKo-StGB/Lampe/Hegmann, Vorbem. §§ 81 ff. Rn. 1; LK-StGB/Laufhütte/Kuschel, Vor § 80 Rn. 21.

²⁷ Zur Genese von Art. 143 a. F. siehe NK-StGB/Paeffgen, Vor §§ 80–101a Rn. 5.

²⁸ BGBl. 1950, Teil I, S. 739.

²⁹ Schroeder, in Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), Verfassungsschutz und Rechtsstaat, S. 220; vgl. auch Livos, Grundlagen der Strafbarkeit des Hochverrats, S. 17.

³⁰ NK-StGB/Paeffgen, Vor §§ 80–101a Rn. 6.

³¹ Čopić, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art; Backes, Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz.

³² BGBl. 1968, Teil I, S. 741.

³³ Woessner, NJW 1968, S. 2129.

³⁴ Müller-Emmert (MdB, stellvertretender Vorsitzender des damaligen Sonderausschusses für die Strafrechtsreform), NJW 1968, S. 2134.

Zuletzt wurden 2009 die heftig umstrittenen³⁵ §§ 89a, 89b, 91 StGB durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten (GVVG)³⁶ in das StGB eingeführt. Diese Straftatbestände sollen dem „Kampf gegen den Terror“ dienen und standen zum großen Teil aufgrund der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit und der mangelnden Bestimmtheit in der Kritik. Gerade dann jedoch, wenn es wieder zur Ausweitung von strafrechtlichen Tatbeständen auf diesem ohnehin schon sehr sensiblen Gebiet des Strafrechts kommt, ist es umso wichtiger, sich der grundsätzlichen Legitimität von Staatsschutzdelikten im heutigen System zu versichern.

2. Spannungsverhältnis von Grundrechten und Staatsschutz

Die Betrachtung von Staatsschutzdelikten im Hinblick auf die Entwicklung und Überprüfung eines verfassungsrechtlich geprägten Legitimationsmodells erscheint außerdem reizvoll, da die in der Verfassung verbürgten Grundrechte und der Staatsschutz in einem besonderen Spannungsverhältnis stehen. Der eingangs schon erwähnte Eingriff des Staates in die Freiheit des Einzelnen, der jedem Strafgesetz immanent ist, wird hier im besonderen Maße deutlich, da zum Schutz der Verfassung gerade in verfassungsmäßige Rechte eingegriffen wird. Ein umfangreicher strafrechtlicher Staatsschutz verringert die Bewegungsfreiheit der Bürger, und je weitreichender der Schutz der Verfassung ist, desto eher widerspricht er der Verfassung.³⁷

Es besteht die Gefahr, dass der Staat bzw. die politischen Parteien und Personen, die den Staat tragen, das Strafrecht zur Sicherung ihrer Macht gegenüber dem Bürger missbrauchen.³⁸

Der beste Staatsschutz, die (aktive) Verfassungstreue des Bürgers³⁹, lässt sich mit strafrechtlichen Mitteln hingegen gar nicht erreichen.⁴⁰ Bereits ab dem 19. Jahrhundert mehrten sich daher in der Wissenschaft die Stimmen, die im Hinblick auf staatsgefährdende Straftaten eine Privilegierung des „politischen Verbrechens“ forderten und auf ihn das Kriegs- nicht aber das Strafrecht anwenden wollten.⁴¹ Zu Zeiten der Weimarer Republik, die bekanntermaßen in ihrer Existenz von rechter und von linker Seite bekämpft wurde, vertrat etwa

³⁵ Kritisch: *Sieber*, NStZ 2009, S. 353, 363; *Deckers/Heusel*, ZRP 2008, S. 169 ff.; *Gierhake*, ZIS 2008, S. 397 ff.; *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, S. 593 ff.; Strittig auch schon, ob es sich um Staatsschutzdelikte handelt, dies ablehnend NK-StGB/*Paeffgen*, § 89a Rn. 1 ff. m. w. N.; die Gesetze befürwortend: *Kauder*, ZRP 2009, S. 20 ff.; differenzierend *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, S. 227 ff.

³⁶ BGBl. 2009, Teil I, S. 2437.

³⁷ LK-StGB/*Laufhütte/Kuschel*, Vor § 80 Rn. 20.

³⁸ Eindringlich *Hellmer*, GS H. Kaufmann, S. 747, 748 f.

³⁹ *Hellmer*, GS H. Kaufmann, S. 747, 755; LK-StGB/*Laufhütte/Kuschel*, Vor § 80 Rn. 22.

⁴⁰ LK-StGB/*Laufhütte/Kuschel*, Vor § 80 Rn. 21.

⁴¹ *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, S. 59 ff.

Radebrecht die Ansicht, dass es sich bei den Tätern solcher Delikte in der Regel um politische Überzeugungstäter handelt, die die Geltung der Strafnorm als solche ablehnen und denen der demokratische Staat daher nicht mit Selbstgerechtigkeit begegnen dürfe.⁴² Mag diese Argumentation zunächst grundsätzlich nachvollziehbar sein, so ergibt sich aus ihr jedoch in der Praxis das Problem, dass sie sowohl für eine mildere als auch eine schärfere Bestrafung von Überzeugungsverbrechern herangezogen werden kann und die Abkopplung vom jeweiligen rechtlichen Bezugssystem die Gefahr des Missbrauchs und der Willkür in sich trägt.⁴³ Dieses Verständnis ist unter dem Grundgesetz nicht mehr aufrecht zu erhalten. Die Erfahrungen der Weimarer Republik mit der „Machterschleichung“ der Nationalsozialisten haben dies schmerzlich deutlich werden lassen. Das deutsche Grundgesetz ist nicht neutral zu jeder Art von politischer Auffassung, sondern bekennt sich zu einer wertgebundenen Demokratie.⁴⁴ Das zeigt sich etwa in Art. 79 Abs. 3 GG, der bestimmte verfassungsrechtliche Grundstrukturen jeder politischen Disposition entzieht.⁴⁵ Überdies enthält das Grundgesetz in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG Staatsschutzgebote, aus denen Rechtsprechung und Lehre das Konzept der „wehrhaften Demokratie“ entwickelt haben⁴⁶, das nach herrschender Meinung auch einer Absicherung durch das Strafrecht bedarf.⁴⁷ Die Bedeutung der Wert- und Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes für den Bereich des strafrechtlichen Staatsschutzes wird später ausführlich erläutert werden.

3. Besonderheit der Schutzgüter und deren Vernachlässigung von der Wissenschaft

Der strafrechtliche Staatsschutz bietet sich zuletzt aufgrund seiner Schutzgüter als Untersuchungsfeld an. Geschützt werden der Bestand der Bundesrepublik (§ 92 I), die innere und äußere Sicherheit (§ 92 III Nr. 2) und die Verfassungsgrundsätze (§ 92 II).⁴⁸ Hierbei handelt es sich um abstrakte und überindividuelle Schutzgüter. Deren Legitimation ist in der Strafrechtswissenschaft ebenfalls

⁴² *Radbruch*, ZStW 44 (1924), S. 34, 36.

⁴³ Siehe auch MüKo-StGB/*Lampe/Hegmann*, Vorbem. §§ 81 ff. Rn. 2 die auf den Missbrauch unter Hitler und Stalin hinweisen.

⁴⁴ MüKo-StGB/*Lampe/Hegmann*, Vorbem. §§ 81 ff. Rn. 7; *Schliesky*, HdbStR XII, § 277 Rn. 10; siehe auch ausführlich dazu Teil F II 3.

⁴⁵ *Papier/Durner*, AöR 128 (2003), S. 342, 248.

⁴⁶ NK-StGB/*Paeffgen*, Vorbem. §§ 81–101a Rn. 13; grundlegend zum Konzept *Papier/Durner*, AöR 128 (2003), S. 340 ff.; Maunz/Dürig-GG/*Klein*, Art. 21 [Stand 12/2014] Rn. 490; Teil F II 3.

⁴⁷ MüKo-StGB/*Lampe/Hegmann*, Vorbem. §§ 81 ff. Rn. 7; NK-StGB/*Paeffgen*, Vorbem. §§ 81–101a Rn. 13; Sch/Sch-StGB/*Sternberg-Lieben*, Vorbem. zum 1. und 2. Abschnitt Rn. 5 ff.; LK-StGB/*Laufhütte/Kuschel*, Vor § 80 Rn. 21; *Maurach/Schroder/Maiwald*, Strafrecht BT/2, § 82 Rn. 29.

⁴⁸ LK-StGB/*Laufhütte/Kuschel*, Vor § 80 Rn. 20.

immer wieder Gegenstand von Diskussionen, zu der die vorliegende Arbeit in ihrer beschriebenen Zielsetzung möglicherweise einen Beitrag zu leisten vermag. Aktuell findet die Debatte meist in Fortführung der Rechtsgutstheorie und der Unterscheidung zwischen Kollektiv- und Individualrechtsgütern statt. Das sogenannte klassische Strafrecht oder auch Kernstrafrecht mit Tatbeständen wie Mord, Körperverletzung und Diebstahl dient in der Regel dem Schutz des einzelnen Bürgers.⁴⁹ Daneben gibt es auch kollektive Rechtsgüter. Diese sind in letzter Zeit Gegenstand einiger wissenschaftlicher Abhandlungen geworden,⁵⁰ wobei im Vordergrund dieser Arbeiten die These stand, dass es sich bei kollektiven Rechtsgütern, als einer recht neuen Erscheinung im Strafrecht, zumeist um „Scheinrechtsgüter“ handle. Den historisch schon seit langem bestehenden kollektiven Rechtsgütern der Staatsschutzdelikte wurde dabei jedoch nur wenig Aufmerksamkeit zuteil⁵¹. Stattdessen wurde die Kritik an, wie *Neumann* es formuliert, „leichtgewichtigen Gegnern“ vorgetragen.⁵² Die Problematik des Strafrechts, das nicht das interpersonale Unrecht bestraft, wurde mit Beachtung der bereichsspezifischen Probleme bereits für den Bereich der Umweltdelikte und der Drogenstrafbarkeit bearbeitet.⁵³ Neben vereinzelt „kleinen“ Straftatbeständen, die für eine kritische Untersuchung auf ihre Legitimität interessant wären (z. B. § 166, der die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsbekenntnissen unter Strafe stellt), bietet sich also die äußerst große Gruppe der Staatsschutzdelikte an, die trotz ihres großen Umfangs im Grunde genommen nur die oben genannten vier Güter schützt.

4. Ausgewählte Delikte

Aus den oben ausgeführten Gründen sind die im Folgenden zu untersuchenden Delikte dem Bereich des Staatsschutzstrafrechts entnommen. Konkret handelt es sich um den Hochverrat gegen den Bund gemäß § 81 StGB, die verfassungsfeindliche Sabotage nach § 88 StGB und die §§ 107–107c StGB aus dem Bereich des Wahlstrafrechts. Die Delikte wurden ausgewählt, da sie die Vielzahl von Staatsschutzdelikten exemplarisch abzubilden vermögen. Entsprechend sind sie unterschiedlichen Abschnitten des StGB und des Staatsschutzstrafrechts entnommen: Der Hochverrat nach § 81 und die Sabotage nach § 88 sind

⁴⁹ *Hellmer*, GS H. Kaufmann, S. 747, 748.

⁵⁰ Z. B. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht; *Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter; *Greco*, FS Roxin II, Bd. 1, S. 199; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrecht- zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte.

⁵¹ Feststellung auch bei *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 338.

⁵² *Neumann*, bezogen auf das Buch von Herzog, ZStW 106 (1994), S. 184, 195.

⁵³ Zur Drogenstrafbarkeit etwa: *Wang*, Drogenstraftaten und abstrakte Gefährungsdelikte; *Gkoutis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus; *Haffke*, ZStW 107 (1995), S. 761; zum Umweltrafrecht etwa: *Kuhlen*, Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich; *derselbe* ZStW 105 (1993), S. 697; *Rengier*, NJW 1990, 2506; *Tiedemann*, NStZ 1988, S. 337 ff.

beide im ersten Abschnitt „Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats“ zu finden. Die Wahlstraftaten der §§ 107–107c finden sich im vierten Abschnitt über „Straftaten gegen Verfassungsorgane und bei Wahlen und Abstimmungen“.

Jedes dieser Delikte deckt eines oder mehrere der vier Schutzobjekte des Staatsschutzstrafrechts ab, sodass jeweils eine anschauliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit als Bestand eines Straftatbestandes erfolgen kann. Da das Hauptaugenmerk der Arbeit nicht auf der Tatbestandsebene der einzelnen Delikte und somit auf dem „wie“ der Ausgestaltung der Strafbarkeit liegt, sondern das vorgelagerte „ob“ der Strafbarkeit und die Frage der Legitimität des Bestehens der Straftatbestände als solche in den Blick nimmt, wurden die Tatbestände zudem unter dem Gesichtspunkt ausgewählt, dass es sich um recht kurze Straftatbestände handelt, die hinsichtlich bestehender tatbestandlicher Probleme nicht zu sehr überfrachtet sind.

B. Vorüberlegungen

I. Die unterschiedlichen Perspektiven auf Grund und Grenzen staatlichen Strafens

Durch den in der Einleitung verwendeten Begriff der *Legitimation* wird auf eine rechtfertigende Herleitung eines Rechts oder einer ganzen Rechtsordnung verwiesen.¹ Über den Maßstab, anhand dessen eine solche Rechtfertigung erfolgt, ist damit aber noch nichts gesagt. Allerdings weist der Begriff über die bloße *Legalität*, verstanden als Rechtmäßigkeit im Sinne einer formellen Übereinstimmung mit den Gesetzen, hinaus.² Als weiterer Begriff tritt die *Legitimität* hinzu. Zum Teil wird dieser als inhaltlich identisch mit dem Begriff der Legitimation aufgefasst.³ Übwiegend wird Legitimität aber als Vorgang des Legitimierens und Legitimation als dessen Resultat aufgefasst.⁴ Nach einer Definition von *Isensee* heißt Legitimation, den Grund dafür schaffen, dass ein Sein, Sollen oder Wollen rechtliche Anerkennung verdient.⁵ Das leitet über zum soziologisch geprägten Legitimitätsbegriff von *Weber*, der darunter die Akzeptanz oder faktische Anerkennung verstand.⁶ Inwiefern dieser Aspekt für die hier vorliegende Arbeit eine Rolle spielt, wird später gezeigt.⁷ Grundsätzlich soll hier jedoch der rechtlich-normative Legitimationsbegriff, also die Rechtfertigung anhand normativer Maßstäbe, im Mittelpunkt stehen.⁸

In der staatlichen Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland bildet das Grundgesetz die höchste Legitimationsebene, auch wenn die Frage nach der

¹ *Böckenförde*, HdbStR II, § 24 Rn. 3.

² *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 4.

³ *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, S. 673, 674. Zu den Begrifflichkeiten siehe auch *Möllers*, in Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, S. 281, 288, 297, 308; *derselbe*, Gewaltengliederung, S. 33 ff.

⁴ *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, S. 673, 674; *Rennert*, JZ 2015, S. 529.

⁵ *Isensee*, Der Staat 20 (1981), S. 16; siehe zur Anerkennungstheorie *Gusy*, Legitimität im demokratischen Pluralismus, S. 65 f.

⁶ *Weber*, in *Winckelmann* (Hrsg.), Max Weber. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, S. 475 ff.; *Württemberg jun.*, Die Legitimität staatlicher Herrschaft, S. 14f.; *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, S. 673, 674.

⁷ Siehe dazu Teil D III 3.

⁸ *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, S. 673, 674.

Legitimation deshalb nicht an dieser Obergrenze des positiven Rechts enden muss.⁹ Entscheidend für diese Arbeit ist aber die Legitimation im System des demokratischen Pluralismus der Bundesrepublik Deutschland. Es soll hier nicht um die Geltung einer abstrakten strafrechtlichen Rechtsordnung oder um die Geltung von Strafgesetzen in einer solchen, sondern um die Geltung der strafrechtlichen Normen in der bestehenden Rechtsordnung mit dem Grundgesetz als Maßstab für die verfassungsgemäße Legitimation gehen. Nicht Geltung *des* Systems, sondern Geltung *im* System soll nachfolgend im Mittelpunkt der Untersuchung stehen.¹⁰ Für die Demokratie ergibt sich dies bereits aus der freien und gleichen Selbstbestimmung als ihr Ausgangspunkt. Auf dieser Grundlage kann die Rechtsgeltung nur an autonome und rechtsimmanente Bedingungen und nicht an externe Maßstäbe geknüpft werden.¹¹ Demokratische Selbstbestimmung kann daher nur *im* System geltend werden.

Bei einer ersten Annäherung an die in der Einleitung aufgeworfenen Fragen nach Grund und Grenzen staatlichen Strafens ist festzustellen, dass dieses Forschungsfeld seit Jahrhunderten nicht nur Juristen sondern auch Philosophen, Theologen, Anthropologen, Politologen oder Soziologen beschäftigt hat und beschäftigt.¹² Das Interesse ganz unterschiedlicher Wissenschaftsbereiche bestätigt sowohl die Relevanz als auch die Komplexität der Fragestellungen. Deswegen ist es umso wichtiger, sich des Standpunkts und der Perspektive eines Argumentationsmusters zu vergewissern, um die Forschungsergebnisse angemessen einordnen und beurteilen zu können. Neben einer solchen, vermutlich auch recht einfach zu leistenden Differenzierung zwischen den Wissenschaften, muss darüber hinaus auch der Auffächerung der Rechtswissenschaften in ihre unterschiedlichen Disziplinen Rechnung getragen werden. Die Einteilung nach Rechtsgebieten (Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht) liegt auf der Hand, es bedarf aber auch darüber hinaus einer Unterscheidung innerhalb der Gebiete zwischen den verschiedenen Disziplinen, die sich dem hier in Rede stehenden Forschungsfeld widmen.

So beschäftigen Grund und Grenzen staatlichen Strafens die juristische Grundlagenforschung ebenso wie die Rechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Bei jedem dieser Ansätze ist zu beachten, dass die wissenschaftliche Disziplin, die hinter ihm steht, unbewusst oder bewusst, Entscheidungen über das Erkenntnisinteresse und die Erkenntnismethode impliziert und daher jede wissenschaftliche Operation, durch die der Disziplin spezifische „Grammatik“ oder

⁹ *Isensee*, Der Staat 20 (1981), S. 161. Siehe zu nichtjuristischen Legitimationsbegriffen auch *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 35 ff.

¹⁰ Siehe dazu den sehr erhellenden Artikel von *Jesteadt*, JZ 2013, S. 1009 ff.

¹¹ *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331, 347. Siehe dazu ausführlich Teil C III.

¹² Vgl. *Klose*, ZStW 86 (1974), S. 33 mit einer Auswahl an Literatur aus den jeweiligen Fachgebieten; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT/1, § 6 Rn. 2.

„Suprastruktur“ durchwirkt ist.¹³ *Jestaedt* spricht insofern von der standpunkt- und methodenbedingten Pfadabhängigkeit der Wissenschaft und ihrer einzelnen Disziplinen und mahnt an, die daraus resultierende Selektivität ausreichend zu reflektieren, um sich der eigenen Kompetenzgrenzen zu vergewissern.¹⁴

Insbesondere die Unterscheidung zwischen „Beobachterdisziplinen“ wie der Rechtstheorie oder der Rechtsphilosophie und rechtswissenschaftlichen „Teilnehmerdisziplinen“ wie insbesondere der Rechtsdogmatik ist für die in Rede stehende Thematik hilfreich.¹⁵ Während die Eigenheit der Dogmatik gerade in ihrer Anwendungsorientierung liegt und sie damit durch ihre Fixierung auf das geltende Recht gekennzeichnet ist¹⁶, umfasst die Grundlagenforschung verschiedene Aspekte, die vom positiven Recht losgelöst sein können.¹⁷

Man kann sich der Frage nach der Legitimation von Strafe und Strafnormen auch auf der Grundlage unterschiedlichen Perspektiven der Grundlagenfächer annähern, muss dann aber bedenken, dass nur eine am positiven Recht orientierte Dogmatik verbindliche Aussagen über den rechtlichen Bestand von Strafgesetzen in der geltenden Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland machen kann.¹⁸ Die Abgrenzung von der Dogmatik zu den Grundlagenfächern ist nicht immer leicht. So kann Dogmatik einer Ansicht nach auch materielle Grundlagenforschung umfassen, in der Gestalt, dass sie sich mit den Paradigmen auseinandersetzt, an welche die Theorien der Rechtsanwendung angebunden sind.¹⁹ Dabei ist Dogmatik zwar nicht als Konkretisierung von (einer bestimmten) Rechtstheorie, Rechtsphilosophie oder Rechtssoziologie zu verstehen, aber kann von diesen Disziplinen beeinflusst werden, sofern deren Impulse sich für das System als „brauchbar“ erweisen.²⁰ Für die hier vorliegende Arbeit gilt als „Faustregel“ zur Abgrenzung, dass wer normative Antworten auf

¹³ *Jestaedt*, in Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 1 Rn. 1 f. betont, dass Disziplinfragen immer auch Weltanschauungsfragen sind.

¹⁴ *Jestaedt*, *JZ* 2013, S. 1009.

¹⁵ *Jestaedt*, *JZ* 2013, S. 1009, 1020; *Roellecke*, in Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, S. 57, 60. Kritische Anmerkungen bei *Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger*, S. 13 f.

¹⁶ Siehe hierzu die Ausführungen von *Jestaedt* zur Abgrenzung von Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik, in Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 1 Rn. 20 ff.

¹⁷ In Lehrbüchern zu den Grundlagenfächern des Rechts findet man die Aufteilung in theoretische (z. B. Rechtstheorie, Rechtsphilosophie), historische (wie die Allgemeine Staatslehre, Verfassungsgeschichte oder Deutsche Strafrechtsgeschichte) und methodische Grundlagenfächer (z. B. Rechtsvergleichung, juristische Methodenlehre).

¹⁸ Vgl. *Mir Puig*, *ZStW* 95 (1983), S. 413, 414: Die Verfassung als Wertansatz, „der die gesamte Erforschung des Strafrechts zu inspirieren hat“.

¹⁹ So etwa *Kindhäuser*, *ZStW* 121 (2009), S. 954, 955, 961 f.

²⁰ *Schulz*, in Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaften*, S. 136, 151 f.: Die Grundlagenfächer sind „Hilfswissenschaften und Steinbrüche, aus denen größere zusammenhängende Blöcke, aber auch nur Schlagwörter oder Impressionen bezogen werden können.“; siehe speziell zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Strafrecht, *Hörnle*, *FS* 200 Jahre Juristische Fakultät HU Berlin, S. 1265, 1267 f.

strafrechtliche Fragen aus Erwägungen und Prinzipien ableitet, die ihrerseits nicht mehr auf geltende Rechtsvorschriften verweisen können, auf eine strafrechtsphilosophische Arbeitsweise zurückgreift.²¹

Als Beispiel für eine gelungene Offenlegung der Sichtweise auf dem Themengebiet, dem sich auch diese Arbeit widmet, sei hier ein Aufsatz von *Stuckenberg* angeführt. Er beginnt seine Abhandlung zum Thema „Vom Verhältnis von Strafe und Staat“²² mit der Erläuterung, dass die Frage nach Ziel und Zweck staatlicher Strafe unter dem rein theoretischen Gesichtspunkt der Ewigkeit, im Rahmen eines philosophischen oder gesellschaftstheoretischen Modells oder auf das positive Recht eines bestimmten Staates beschränkt, untersucht werden kann. Sodann legt er als den Ausgangspunkt seiner Betrachtung, das positive Recht unter dem Grundgesetz fest. Dadurch trifft er zugleich auch eine Aussage über die Reichweite möglicher Konsequenzen seiner Ergebnisse. Ohne an dieser Stelle schon zu weit vorzugreifen, lässt sich feststellen, dass Schriften anderer Autoren hingegen oftmals vom Missverständnis geprägt sind, dass eine überpositive strafrechtliche Theorie Geltung und Konsequenzen für das positive Recht in Anspruch nehmen kann.²³ Die Verhängung des Verdikts der „Verfassungswidrigkeit“ über ein positives Strafgesetz, was zu seiner Aufhebung bzw. Neufassung des in Rede stehenden Paragraphen führen würde, ist aber nur von einem verfassungsrechtlich abgesicherten Modell zu erwarten, zugleich auch nur von einem solchen zu leisten.²⁴ So ist die Aussage, dass ein legitimes Strafrecht sich nicht ausschließlich über seine Verfassungsgemäßheit definieren lässt²⁵, natürlich nicht falsch. Es muss aber auch deutlich werden, dass sie in eine metaphysische oder philosophische Theorie eingebettet ist, deren Anspruch über die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit auf Grundlage des positiven Rechts hinaus reicht. Andernfalls entsteht der Eindruck, dass die Tatsache, dass im demokratischen Verfassungsstaat der Gesetzgeber in den Grenzen der Verfassung über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheidet, den meisten Strafrechtlern nicht zupass kommt²⁶.

²¹ *Hörnle*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät HU Berlin, S. 1265, 1267.

²² *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653 ff.

²³ Z. B. *Greco*, in Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 ff.; auf die Tendenz, Verfassungsrecht und Kriminalpolitik zu vermengen, hat bereits *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 309 ff. hingewiesen.

²⁴ Vgl. *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), S. 331, 350.

²⁵ Vgl. in diese Richtung *Greco*, in Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13, 36.

²⁶ *Naucke* will das Strafrecht vor dem Gesetzgeber sogar schützen, KritV 1990, 259 ff.; *derselbe*, KritV 1993, S. 135, 162; siehe dazu auch *Appel*, S. 48 f.

II. Zum Verhältnis des legitimen Zwecks der Strafe (Straftheorie) und der legitimen inhaltlichen Ausgestaltung von Strafgesetzen (Verbrechensbegriff)

Die Heimat der aufgeworfenen Fragen nach Grund und Grenzen des Strafbaren sind naturgemäß schwerpunktmäßig die Strafrechtswissenschaften. Dabei ist die Frage nach der Legitimation der Strafe von der Frage, welches Verhalten Inhalt der Strafnorm sein darf, zu unterscheiden, auch wenn diese in einem engen Zusammenhang stehen.²⁷ Der Meinungsstand sowohl zur Frage, ob und wenn ja, welche Kriterien es für strafbares Verhalten gibt, als auch zur der Frage nach der Begründung der Strafe stellt sich innerhalb der Strafrechtswissenschaft als äußerst komplex dar.

Mit strafrechtlichem Vokabular gesprochen, werden Begründung und Rechtfertigung der Strafe im Rahmen der verschiedenen *Straftheorien* bzw. *Strafzwecktheorien* diskutiert.²⁸ Letztere Bezeichnung kann unter Umständen allerdings zu Missverständnissen führen.²⁹ Wie noch zu sehen sein wird, sind die verschiedenen vertretenen Strafzwecke von ganz unterschiedlicher Beschaffenheit und geprägt von stark divergierenden Grundverständnissen.³⁰ Der Begriff der *Straftheorie* ist allgemeiner und soll daher als Oberbegriff für die verschiedenen Legitimationsansätze der Strafe verwendet werden.³¹

Der strafrechtliche Oberbegriff und Ausgangspunkt für die Suche nach sachlichen Kriterien strafbaren Verhaltens ist der „*materielle Verbrechensbegriff*“³². Dem Ansinnen seiner Verfechter nach, greift er hinter das kodifizierte Recht zurück, ist damit dem Strafgesetzbuch und dem Strafgesetzgeber vorgelagert und soll die inhaltliche Qualität strafbaren Handelns erfassen.³³ Die Suche nach einem solchen auch *natürlich* oder *absolut* genannten Verbrechensbegriff, unabhängig von der jeweiligen Rechtsordnung, ist insbesondere in der Kriminologie und Kriminalsoziologie seit jeher ein weit verbreitetes Ziel.³⁴ Der

²⁷ NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vorbem. § 1 Rn. 108; LK-StGB/Walter, Vor § 13 Rn. 7; Maurach/Zipf, Strafrecht AT, § 13 Rn. 6; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, S. 96; Appel, Verfassung und Strafe, S. 442; Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, S. 117.

²⁸ Siehe nur LK-StGB/Weigend, Einl. Rn. 58; MüKo-StGB/Joeks, Einl. Rn. 47 ff.; Kühl, FS Stöckel, S. 117, 122.

²⁹ Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, S. 12.

³⁰ NK-StGB/Hassemer/Neumann, Vorbem. § 1 Rn. 104 f.; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, S. 12; Lesch, Der Verbrechensbegriff, S. 17 ff., 23 ff., 41 ff., 75 ff.; Jakobs, Strafrecht AT, 1. Abschn. Rn 4 ff., 17 ff., 27 ff.; zur Repression als „Zweck“, Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, S. 134 ff., 387.

³¹ Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, S. 13.

³² Roxin, Strafrecht AT/I, § 2 Rn. 1 mit dem Hinweis darauf, dass auch die Vergehen i. S. d. § 12 StGB mit diesem Terminus erfasst sind; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 6; MüKo-StGB/Joeks, Einl. Rn. 29 ff.; siehe auch Lesch, Der Verbrechensbegriff, S. 210 ff.

³³ Roxin, Strafrecht AT/I, § 2 Rn. 1; Stübinger, FS Paeffgen, S. 49, 50.

³⁴ Siehe dazu Zipf, Kriminalpolitik, S. 89.

Gegenbegriff, der *formelle Verbrechensbegriff* erfasst hingegen als strafbares Unrecht das, was der Gesetzgeber unter Strafe gestellt hat.³⁵ Über ein inhaltliches Kriterium oder das Bestehen eines materiellen Gehalts des Verbrechens sagt der formelle Verbrechensbegriff daher nichts aus.³⁶

Strafe und *Verbrechen* bzw. *Straftat* sind damit das wesentliche und prägende Begriffspaar des Strafrechts.³⁷ Sie stehen in einem untrennbaren Zusammenhang und müssen zueinander passen wie Rede und Gegenrede.³⁸ Trotz der eingangs festgestellten Erkenntnis, dass die Fragen auch außerhalb der strafrechtlichen Forschung behandelt werden, ist festzuhalten, dass ein Austausch der Strafrechtswissenschaft mit anderen Forschungs- oder Rechtsgebieten kaum stattgefunden hat. Vielmehr hat es seit dem 19. Jahrhundert in der deutschen Strafrechtswissenschaft gewissermaßen Tradition, den noch genauer darzulegenden Zusammenhang zwischen Strafrechtsaufgaben und Staatsauffassung nicht zu beachten und ausschließlich strafrechtliche Belange in die Überlegungen miteinzubeziehen.³⁹ Insbesondere die Straftheorien haben sich im Laufe der Zeit sowohl gegen die Realität als auch gegen Denkanstöße aus anderen Rechtsgebieten, namentlich dem Staatsrecht, geradezu immunisiert.⁴⁰ In Kombination mit den Nachwirkungen eines idealistischen oder absoluten Staatsverständnisses führt diese Haltung zwangsläufig zu der in der Einleitung bereits angesprochenen Ausklammerung des Demokratieprinzips bei den Überlegungen.⁴¹ Da der überwiegende Teil der Strafrechtslehre bis heute ein grundlegendes Misstrauen gegenüber dem Strafgesetzgeber⁴² hegt, und daraus resultierend die demokratisch-grundrechtliche Einbindung des Strafrechts vernachlässigt oder ganz ignoriert wurde⁴³, soll der

³⁵ Vgl. Lackner/Kühl-StGB/Lackner, Vorbem. § 13, Rn. 2, § 1 Rn. 1 ff.

³⁶ Weigend/Zipf, Strafrecht AT, § 13 Rn. 5.

³⁷ Androulakis, ZStW 108 (1996), S. 300; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 13.

³⁸ Pawlik, FS Jakobs, S. 469, 485.

³⁹ Maurach/Zipf, Strafrecht AT, § 6 Rn. 10 f. mit dem Hinweis auf die infolge der mangelnden Würdigung des Zusammenhangs von Weltanschauung/Staatsauffassung und Strafrecht unvorbereitete und ungerüstete Strafrechtswissenschaft im Jahr 1933; Zipf, Kriminalpolitik, S. 36.

⁴⁰ Rössner, FS Roxin I, S. 977, 978.

⁴¹ Rössner, FS Roxin I, S. 977, 978.

⁴² Der Ausdruck „Strafgesetzgeber“ ist eigentlich missverständlich. Beispielhaft sei hier der Verweis von Kühl, FS Stöckel S. 117, 121 aufgegriffen, dass Strafgesetzgeber die Bezeichnung für den Gesetzgeber ist, der Regelungen des materiellen und formellen Strafrechts erlässt, wobei ihm das Grundgesetz jedoch in keiner Form eine Sonderrolle bei Ausübung dieser Tätigkeit eingeräumt habe. Ein solcher Hinweis irritiert zumindest, da in der Aussage mitschwingt, dass es nicht verwunderlich wäre, wenn der Erlass von Strafgesetzen anderen Regeln folgen würde als der Erlass sonstiger Gesetze. Zumindest besteht wohl wenigstens ein Klarstellungsbedürfnis, dass es keine abweichenden Regeln gibt und der Strafgesetzgeber auch der „Zivilrechtsgesetzgeber“ oder „Verwaltungsrechtsgesetzgeber“ ist. Siehe dazu auch Appel, Verfassung und Strafe, S. 443 f.

⁴³ Appel, Verfassung und Strafe, S. 329 f.; Stuckenberg, GA 2011, S. 653, 658; zur damit im Zusammenhang stehenden Entfremdung zwischen Strafrecht und Politik, siehe Donini, in Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 3 (2001/2002), S. 408