

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
---------------	---

§ 1 Einführung	1
----------------------	---

1. Teil

Bestandsaufnahme

§ 2 Grundrechtliche Argumentationen im Strafrecht	19
§ 3 Die Zurückhaltung von Bundesverfassungsgericht und Verfassungslehre	51

2. Teil

Grundrechtsschutz gegenüber sowie Grundrechtseingriff durch Verhaltens- und Sanktionsvorschriften

§ 4 Verbot und präventivpolizeiliche Maßnahme als Grundrechtseingriff aufgrund von Verhaltensvorschriften	78
§ 5 Der staatliche Vorwurf als eigenständiger Grundrechtseingriff und allgemeines Sanktionsmittel	96
§ 6 Grundrechtlicher Prüfungsmaßstab für besondere Sanktionsmittel ..	129

3. Teil

Grundrechtliche Legitimation von Verhaltensvorschriften

§ 7 Die maßgeblichen „Gemeinwohlintereessen“	138
§ 8 Die (Zweckerfüllungs-)Geeignetheit und die weitgehende Überwindung durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	164
§ 9 Die (Zweckerfüllungs-)Erforderlichkeit der Verhaltensvorschrift	179
§ 10 Abwehrrechtliche Abwägungsgrenzen (Übermaßverbot)	216
§ 11 Schutzfunktionelle Abwägungsgrenzen (Untermaßverbot)	254

4. Teil

Grundrechtliche Legitimation von Sanktionsvorschriften

§ 12 Maßgebliche „Gemeinwohlinteressen“ für die Ermächtigung zu einem staatlichen Vorwurf	275
§ 13 Die Ungeeignetheit von „Besitz“-Delikten	318
§ 14 Die (Zweckerfüllungs-)Erforderlichkeit	344
§ 15 Die Angemessenheitslegitimation für jeden staatlichen Vorwurf (formelles Schuldprinzip)	367
§ 16 Die Angemessenheit der Sanktionsordnung: Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht	416
§ 17 Angemessenheitsfragen bei zu weit geratener Vorwurfsermächtigung (Differenzierungsgebote)	451

5. Teil

Kriminalpolitischer Ausblick

§ 18 Die Richtlinienfunktion der Grundrechte für Verhaltens- und Sanktionsvorschriften	511
--	-----

6. Teil

Ergebnisse

§ 19 Thesen	533
§ 20 Bewertung	536
Literaturverzeichnis	543
Sachregister	567

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXVII

§ 1 Einführung	1
A. Gegenstand der Arbeit	1
B. Wahl des Beispiels Vorfeldkriminalisierung	1
C. Warnungen vor „zu viel“ Grundrechtsargumentation	3
D. Stand der Grundrechtsdogmatik	5
I. Grundrechtsdogmatische Vorgaben für die Struktur der Arbeit	6
1. Eingriffe: Verhaltensvorschrift und Sanktionsvorschrift als Ermächtigungsgrundlage für verschiedene Grundrechtsein- griffe	6
2. Tangiertes Grundrecht	8
3. Maßgebliche „Gemeinwohlinteressen“	9
4. Die Teilgebote des Verhältnismäßigkeitsprinzips	10
a) Geeignetheit und Erforderlichkeit als zweckrationale Grenzen	11
b) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) als wertrationale Grenze	11
5. Schutzfunktion der Grundrechte	11
II. Die fehlende Rezeption gesicherter Grundrechtsdogmatik bei vielen strafrechtlichen Argumentationen	14
E. Ausgeklammerte Fragen	15
F. Gang der Darstellung	17
G. Umfang der Darstellung	18

1. Teil

Bestandsaufnahme

§ 2 Grundrechtliche Argumentationen im Strafrecht	19
A. Argumentationen mit der Tendenz zu verfassungsrechtlicher Verbind- lichkeit gegenüber dem Gesetzgeber	21
I. Beispiele aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre	21
1. Die klassische Rechtsgutslehre	21
2. Die neue Lehre für abstrakte Gefährungsdelikte: Möglichkeit sorgloser Verfügung über Rechtsgüter (<i>Kindhäuser</i>)	22
3. Exkurs: Das „Kumulationsdelikt“ (<i>Kuhlen</i>)	25

4. Verfassungsrechtlich begründete Pflicht zur Ausdehnung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes auf Zufallsbeherrschung (<i>Kratzsch</i>)	26
5. Exkurs: Normtheoretisch begründetes Gefährlichkeitsstrafrecht (<i>Wolter, Schünemann</i>)	29
II. Strafzwecke und materielles Schuldvergeltingsprinzip als Schranke des Kriminalstrafrechts	30
1. Schuldvergeltung als Forderung aus Art. 1 GG (<i>M. Köbler</i>)	30
2. Maßnahmenrecht wegen fehlender grundgesetzlicher Ermächtigung zum Strafen (<i>Klose</i>)	32
III. Die fehlende „Erforderlichkeit“ strafrechtlichen Schutzes im Hinblick auf Selbstschutzmöglichkeiten des Opfers: die Viktimodogmatik (<i>Schünemann</i>)	33
IV. Die Strafrechtsschranke des Internums (<i>Jakobs</i>)	33
B. Argumentationen mit kriminalpolitischem Impetus (die sog. „Frankfurter Schule“)	37
I. Die personale Rechtsgutslehre von <i>Hassemer</i>	37
II. Der Vorrang von Zivil- und Verwaltungsrecht (<i>Lüderssen</i>)	39
III. Der Ultima-Ratio-Gedanke bei <i>Prittwitz</i>	40
IV. Die Kritik am gegenwärtigen Strafrecht als „Daseinsfürsorge“ über den Topos „liberal-rechtsstaatliches Strafrecht“ (<i>Herzog</i>)	41
C. An den Richter adressierte Legitimation von Strafwürdigkeitsabwägungen im Einzelfall	42
I. Frischs doppelte Verhältnismäßigkeits-Prüfung	42
II. Die einfache Strafwürdigkeitsprüfung durch Strafunrechtsaus-schluß (<i>H.L. Günther</i>)	43
III. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Einzelfall als weitere Stufe des Straftatbegriffs (<i>Schünemann</i>)	47
IV. Grundrechtsbedingte Eingrenzung von abstrakten Gefährdungsdelikten (<i>Hoyer</i>)	47
D. These: Die Beliebtheit eines grundrechtsdogmatischen „Quereinstiegs“ strafrechtlicher Argumentationen	50
§ 3 Die Zurückhaltung von Bundesverfassungsgericht und Verfassungslehre	51
A. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts	52
I. Abwehrfunktion der Grundrechte als grundsätzlicher Ausgangspunkt	53
II. Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsvorschrift	55
1. Ausdrückliche Unterscheidung	55
2. Grundrechtswidrigkeit der Verhaltensvorschrift	56
a) (Un-)Mittelbare Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Verhaltensvorschrift mit Kriminalstrafe	56
b) (Un-)Mittelbare Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Verhaltensvorschrift als Ordnungswidrigkeit	58
c) Besonderheiten der Cannabis-Entscheidung	60
3. Entscheidungen, in denen die Verhaltensvorschrift vorrangig geprüft, aber nicht beanstandet worden ist	61
4. Gegenbeispiele?	63

III. Prüfungsmaßstab	64
1. Die Cannabis-Entscheidung: Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (das allgemeine Freiheitsrecht) als Prüfungsmaßstab für die angedrohte Freiheitsentziehung	64
2. Die bisherige Kontrolle durch das „Gebot schuldangemessenen Strafers“	66
3. Zu den Teilausprägungen des Gebots im einzelnen	68
a) Das Erfordernis wechselbezüglicher Abstimmung von Tatbestand und Rechtsfolge	68
b) Die Bestimmung des Bereichs des strafbaren Handelns durch den Gesetzgeber („Bereichsbestimmungsgrundsatz“)	68
c) Strafhöhschranken	69
d) Das Verbot des Zwangs zu übermäßig hoher Strafe durch Gesetzesanwendung	70
e) Gründe für die Zurückhaltung	71
4. Zusammenfassung und Kritik	71
B. Tendenzen in der Verfassungslehre	74

2. Teil

Grundrechtsschutz gegenüber sowie Grundrechtseingriff durch Verhaltens- und Sanktionsvorschriften

§ 4 Verbot und präventivpolizeiliche Maßnahme als Grundrechtseingriff aufgrund von Verhaltensvorschriften	78
A. Terminologische Vorbemerkungen	79
I. Bindings Normentheorie als Ausgangspunkt	80
1. Die Bedeutung des Begriffes „Norm“ nach <i>Binding</i>	80
2. Seine Verwendung in der strafrechtlichen Diskussion	81
II. Die Unterscheidung von „Bewertungs- und Bestimmungsnorm“ (<i>Mezger</i>)	82
III. Abgrenzung zum strafrechtlichen „Unrecht“	83
IV. Exkurs: „Conduct“- und „Decision“-Rules	84
V. Fazit: Maßgeblichkeit einer abstrakt-generellen Vorschrift für die Grundrechtsprüfung	84
B. Der mit Inkrafttreten der Verhaltensvorschrift bestehende Eingriff durch das Verbot bzw. Gebot	85
C. Die mit Inkrafttreten der Verhaltensvorschrift bestehende Ermächtigungsgrundlage für präventivpolizeiliche Maßnahmen	85
I. Die Verhaltensvorschrift als Bestandteil der „öffentlichen Sicherheit“ im Sinne des Polizeirechts	85
II. Präventivpolizeiliches Vorgehen gegen den Verhaltensstörer	86
III. Verhaltensvorschriften als Bestandteil der Gesamtrechtsordnung ..	87
1. Öffentlichrechtliche Verhaltensvorschriften	88
2. Zivilrechtliche Verhaltensvorschriften	88

D. Die durch Verhaltensvorschriften tangierten Grundrechte	89
I. Spezielle Freiheitsgrundrechte	89
II. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	90
E. Fazit	95
 § 5 Der staatliche Vorwurf als eigenständiger Grundrechtseingriff und allgemeines Sanktionsmittel	96
A. Der staatliche Vorwurf als eigenständiger Grundrechtseingriff	96
I. Vorüberlegung: Der vorgeschaltete Rechtsschutz im Strafverfahren	97
II. Der staatliche Vorwurf als „klassischer“ Grundrechts-Eingriff	98
III. Der alleinige staatliche Vorwurf nach den einzelnen Sanktionsordnungen	99
1. Der sozialetische Vorwurf im Kriminalstrafrecht (§ 60 StGB) .	99
2. Der schlichte ordnungsrechtliche Vorwurf: die Verwarnung ohne Verwarnungsgeld	100
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	101
b) Verwarnung ohne Verwarnungsgeld	102
3. Der Verweis (§ 6 BDO) als schlichter Vorwurf im Disziplinarrecht	104
4. Exkurs: Zivilrecht	104
IV. Ausblendung in der <i>Cannabis</i> -Entscheidung	105
V. Zwischenergebnis	106
B. Zeitpunkt des Eingriffs durch staatlichen Vorwurf	106
I. Grundrechtseingriff bei Inkrafttreten der Sanktionsvorschrift?	106
1. Keine verfassungsprozessuale „unmittelbare“ Grundrechtsbetroffenheit	106
2. Unerheblichkeit des materiellen Eingriffscharakters für die weitere Untersuchung	107
3. Fazit	108
II. Eingriff durch Ausübung der Ermächtigung	108
1. Strafverfahren	109
2. Bußgeldverfahren	111
III. Fazit	111
C. Fehlender Vorwurf bei präventivpolizeilicher Durchsetzung der Verhaltensvorschrift	111
I. Nicht entscheidend: Anknüpfung an der Vergangenheit	111
II. Vorwurfs-Notwendigkeit bei der Vollstreckung unvertretbarer Handlungen	114
D. Prüfungsmaßstab für die Ermächtigungsgrundlage: das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG)	115
I. Der Schutz gegenüber dem kriminalstrafrechtlichen Vorwurf	115
1. Persönliche Freiheit (Art 2 Abs. 2 S. 2 GG)?	115
2. Gewissens- oder Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG)?	116
3. Der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) garantierte soziale Ehr- und Achtungsanspruch	116

a) Friktionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	116
b) Der Erst-Recht-Schluß aus dem Schutz der Ehre bei Übergriffen durch Private	119
II. Der Schutz gegenüber dem ordnungsrechtlichen Vorwurf	125
E. Ergebnis	127
§ 6 Grundrechtlicher Prüfungsmaßstab für besondere Sanktionsmittel	129
A. Die besonderen Sanktionsmittel des Kriminalstrafrechts	129
I. Einzubeziehende besondere Sanktionsmittel	129
II. Freiheitsstrafe	130
1. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und weitere Grundrechte als Prüfungsmaßstab	130
2. Verhältnis zum Prüfungsmaßstab der Vorwurfsermächtigung ..	132
3. Legitimationsdruck durch die Freiheitsstrafe als unvertretbare Sanktion	133
III. Geldstrafe (Art. 2 Abs. 1 GG – allgemeine Handlungsfreiheit)	133
B. Das Bußgeld als besonderes Sanktionsmittel des Ordnungswidrigkeitenrechts	134
C. Die besonderen Sanktionsmittel des Disziplinarrechts	134
D. Fazit hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs	134

3. Teil

Grundrechtliche Legitimation von Verhaltensvorschriften

§ 7 Die maßgeblichen „Gemeinwohlinteressen“	138
A. Das Eingangstor: „Gemeinwohlinteressen“ als Gesetzeszwecke	138
B. „Gemeinwohlinteressen“ als Rechtsgüter im Sinne der Grundrechtsdogmatik	139
C. Die wenigen unzulässigen „Gemeinwohlinteressen“	140
I. Beachtung benannter Gesetzesvorbehalte	141
1. Verfassungsrechtlich verbürgte „Gemeinwohlinteressen“ bei Grundrechten ohne ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt	141
2. Spezielle „Gemeinwohlinteressen“ bei Grundrechten mit benanntem/qualifiziertem Gesetzesvorbehalt	142
3. Grundsätzlich alle „Gemeinwohlinteressen“ bei unbenanntem (einfachem) Gesetzesvorbehalt	142
II. Grenzen aus den Gleichheitsgrundrechten	143
III. Zusammenfassung: Grenzen nur negativ bestimmbar	143
D. Konsequenzen für die strafrechtliche Rechtsgutsdiskussion: Die Irrelevanz einer positiven „strafrechtlichen“ Rechtsgutsbestimmung für die Legitimation von Verhaltensvorschriften	145
I. Der gemeinsame Ausgangspunkt von Bundesverfassungsgericht und Strafrechtslehre: Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz	145
II. Das grundrechtsdogmatische Dilemma der strafrechtlichen Rechtsgutsdiskussion	146

III. Historische Erklärung vor dem Hintergrund eines durch Grundrechte nicht gebundenen Gesetzgebers	147
1. Bindings zutreffender, aber zeitbedingt positivistischer Ansatz	148
2. Der Gegenpol: von Liszts Impuls für einen positiv zu bestimmenden strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff	148
3. Die Ergebnisse der daraufhin einsetzenden Diskussion	149
a) Die Betonung des liberalen Gehalts (<i>Sina</i>)	149
b) Die rein anthropozentrische Konzeption von <i>Marx</i>	150
4. Die Vorwegnahme eines nur negativ ausgrenzenden Rechtsgutsbegriffs über die „normative constitutional values“ (<i>Eser</i>) ..	151
5. <i>Amelungs</i> erster Ansatz zu einem negativ ausgrenzenden verfassungsrechtlichen Rechtsgutsbegriff	151
6. Positive Bestimmung des Rechtsguts „Sicherheit“ über schutzgrundrechtliche Kriterien	152
7. Die heutige Zuspitzung im Streit um einen „anthropozentrischen“ strafrechtlichen Rechtsgutsbegriff	153
8. Neuer Ansatz zum Wandel zur negativen Bestimmung durch <i>Roxin</i>	154
9. Die teilweise Berechtigung der strafrechtsinternen Kritik am positiven Rechtsgutskonzept	155
IV. Die nur vermeintlichen Dilemmata der strafrechtlichen Rechtsgutsdiskussion	156
1. Bestimmte Delikte	156
a) § 17 Tierschutzgesetz (Tierquälerei)	156
b) § 166 StGB (Beschimpfung religiöser Bekenntnisse)	158
c) § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses [durch öffentlich vorgenommene sexuelle Handlungen])	158
2. „Sittengesetz“ (Art. 2 Abs. 1 GG) als Grundlage für ein „Gemeinwohlinteresse“	159
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	159
b) Vermeidungsversuche in der Strafrechtslehre	160
c) Heutige Funktionslosigkeit „des“ Sittengesetzes	160
d) Gegensteuerung insbesondere durch Art. 8 EuMRK	162
E. Fazit	162
§ 8 Die (Zweckerfüllungs-)Geeignetheit und ihre weitgehende Überwindung durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	164
A. „Gefahr“ für das „öffentliche Interesse“ als Bezugspunkt der Geeignetheit von Verhaltensvorschriften	165
I. Irrelevanz eines strafrechtlichen Gefahrbegriffes auf der Ebene der Verhaltensvorschrift	165
1. Sanktionierung von verwaltungsrechtlichen Verhaltensvorschriften	165
2. Verhaltensvorschriften des StGB als Teil des „öffentlichen Rechts“ insgesamt	166
3. Irrelevanz der Zuordnung zu einem Rechtsgebiet für die materiellgrundrechtliche Prüfung	166

4. Verbot des Schwangerschaftsabbruchs	166
5. Konsequenzen	169
II. Umsetzung der Gefahrprognose durch den Gesetzgeber in unterschiedlichen Regelungsmodi	171
B. Geeignetheit als empirische Frage	172
C. Die Einschränkung der Kontrolldichte durch Einräumung einer „Einschätzungsprärogative“ für den Gesetzgeber	173
I. Die hypothetische Kontrollsituation ohne Einschätzungsprärogative	173
II. Kompetenznotwendigkeit aus Gründen der Gewaltenteilung	173
1. Die Beschränkung der Kontrolle auf „schlechthin ungeeignete Mittel“	173
2. Auf unzutreffende Tatsachen gestützte Prognose des Gesetzgebers	174
3. Teiltauglichkeit	174
4. Bedeutung der Rechtsgüter und der „Eigenart des Sachbereichs“	175
III. Tatsachenermittlung durch den Gesetzgeber	176
IV. Tatsachenermittlung durch das Bundesverfassungsgericht	177
D. Fazit: Geeignetheit als „weitmaschiges Sieb“	178
§ 9 Die (Zweckerfüllungs-)Erforderlichkeit der Verhaltensvorschrift	179
A. Mildere Alternativen zu Verhaltensvorschriften	182
I. Das fehlende Verbot und die damit verbundene Entscheidungsfreiheit	182
II. Geeignetheit	183
B. Mildere alternative Regelungsmodi bei Verhaltensvorschriften	184
I. Das Verbot konkreter Gefährdung als das eindeutig mildere Mittel gegenüber dem Verbot abstrakter Gefährdung	185
1. Das maßgebliche Kriterium: die Vergrößerung der Menge des unmittelbar durch abstrakte Gefährdungsverbote verbotenen Verhaltens	186
2. Die einschlägige Testfrage nach der Ermächtigung zur deklaratorischen präventivpolizeilichen Verbotsverfügung	187
a) Die Testvoraussetzungen	189
b) Das Verbot der §§ 223 bzw. 230 StGB als einzige Verhaltensvorschrift	189
c) Die Änderung bei Hinzutreten des abstrakten Gefährdungsverbots aus § 316 StGB	190
3. Gefahrprognose allein durch den Gesetzgeber und Unwiderleglichkeit als Spezifika der Verbote abstrakter Gefährdung	191
4. Die Folge: Vergrößerung der Menge verbotenen Verhaltens	194
a) Gleichstellung von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Verboten abstrakter Gefährdung	195
b) Maßgeblichkeit der gesetzgeberischen Gefahrprognose	195
c) Unmaßgeblichkeit einer schutzfunktionell nur graduellen Stufung	197

5. Fazit	198
6. Der strafrechtliche Sonderfall: Verwaltungsaktsakzessorische Verbote staatlich ungeprüften Verhaltens	198
II. Die abwehrrechtliche Gleichrangigkeit des Verbots konkreter Gefährdung mit dem Verletzungsverbot	200
III. Die abwehrdogmatische Gleichrangigkeit von konkretem Gefährdungsverhalten und „Versuchs“-Verhalten	202
1. Die Testfälle	202
2. Nicht maßgeblich strafrechtsspezifische Bedenken	204
3. Der strafrechtlich untaugliche Versuch als polizeirechtliches Problem der Anscheinsgefahr	204
4. Ergebnis	206
IV. Das Verbot konkreter Gefährdung als das eindeutig mildere Mittel gegenüber Vorbereitungsverboten	207
1. Verbote abstrakter Gefährdung als unechte Vorbereitungsverbote	207
2. Echte Vorbereitungsverbote mit Relevanz des individuellen Planungszusammenhangs	208
a) Testfälle	209
b) Ergebnis	210
3. Verbote „gefährdungsgerechten“ Verhaltens ohne Relevanz des individuellen Planungszusammenhangs	210
4. Organisationsverbote als Spezialfall von Vorbereitungsverboten	211
V. Exkurs: Mittelbare Verbots mengenvergrößerung über die Regeln der Täter- und Teilnehmerstrafbarkeit?	212
C. Zusammenfassung	215
§ 10 Abwehrrechtliche Abwägungsgrenzen (Übermaßverbot)	216
A. Angemessenheit als Abwägungsergebniskontrolle	217
B. Kriterien	219
I. Wesensgehaltgarantie nach Art. 19 Abs. 2 GG?	219
II. Die Regel- und Prinzipientheorie von <i>Alexy</i> als Grundlage	220
1. Darstellung	220
2. Erläuterung der Bundesverfassungsgerichtspraxis anhand der Theorie von <i>Alexy</i>	222
3. Fehlen einer vorgegebenen Rangordnung	223
4. Keine Unterscheidung von „Gemeinschafts“- und „Individual“-prinzipien	224
III. Konsequenz: Suche nach Evidenzabwägungen anhand von Je-de-sto-Prinzipienrelationen	224
C. Spezielle Probleme der Abwägungskontrolle bei Verbotserweiterungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht	226
I. Gedankenfreiheit und weitere Beispiele zum abwehrrechtlichen Internum	226
1. Möglicher Kernbereich in zeitlicher Hinsicht: Kein Verbot des bloßen bösen Gedankens	226
2. Der Internumansatz von <i>Jakobs</i>	226

3. Folgerungen aus der Entscheidung zu den „tagebuchähnlichen Notizen“ (BVerfGE 80, 367)	228
a) Darstellung	228
b) Konsequenzen: Jedenfalls Freiheit der Gedanken	230
c) Zulässigkeit von Vorbereitungsverboten	231
II. Verhaltensvorschriften von Delikten mit objektiven Bedingungen der Strafbarkeit	233
1. Ausgangsbeispiel: § 323a StGB (Vollrausch)	233
a) Verhaltensvorschrift von § 323a StGB	234
b) Legitimation dieser Verhaltensvorschrift	235
c) Bisherige Sicht: Frage der Strafwürdigkeit	237
d) Fazit	237
2. Anwendung auf andere Beispiele	238
a) § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)	238
b) § 227 StGB (Beteiligung an einer Schlägerei)	239
c) §§ 186/187 StGB (Üble Nachrede/ Verleumdung)	239
d) §§ 283ff. StGB (Konkursstraftaten) und § 104a StGB (Verletzung von Flaggen [...] ausländischer Hoheitsträger)	240
III. Abstrakt-generelle Gefährprognose des Gesetzgebers	240
1. Generelle Zulässigkeit von Verboten abstrakter Gefährdung ...	242
2. Einschränkung des Verbots über Erlaubniserteilungsvoraussetzungen	243
3. Sonstige gesetzliche („direkte“) Verbotseinschränkungen	243
4. Differenzierungsbefugnisse auf der Ebene der Rechtsanwendung	244
5. Diskussion von Fällen weitreichender Verbote abstrakt-genereller Gefährdung	245
a) Vorüberlegungen	245
b) Legitimierbarkeit des Vollrauschverbots	247
c) Legitimierbarkeit der Erwerbs- und Besitzverbote nach §§ 3 bzw. 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG	247
d) Vermummungsverbot nach § 17 a Abs. 2 Nr. 1 VersammlungsgG	250
6. Konsequenzen für die Forderung nach einem Übergang zu einem umfassenden Risikostrafrecht	252
D. Zusammenfassung	253
§ 11 Schutzfunktionelle Abwägungsgrenzen (Untermaßverbot)	254
A. Hinführung zu den einschlägigen Fragestellungen des „Untermaßverbots“	254
I. Die allgemeinen Fragestellungen der Schutzfunktion	255
1. Tatbestand der Schutzpflicht	256
a) Die maßgeblichen Übergriffe Dritter	256
b) Das einschlägige Grundrecht als Prüfungsmaßstab	257
2. Rechtsfolge der Schutzpflicht	257
3. Aufgedrängter Opferschutz	259
II. Die besondere Fragestellung für den Vorfeld-Gesetzgeber: Schutzfunktionelle Abwägungsgrenzen	260

B. Kriterien für dem Grunde nach zwingende Verhaltensvorschriften:	262
I. „Störungsselbstverständlichkeit“ (<i>Dürrig</i>)?	262
II. „Offensichtliche Sozialschädlichkeit“ (<i>Starck</i>)	263
III. Gewaltmonopol (<i>Isensee</i>)	263
1. Ausnahmen vom Gewaltmonopol: staatlich nicht erreichbare Notsituationen	264
2. Konsequenz des Gewaltmonopols: Sicherung des gerichtlichen Rechtsschutzsystems	266
IV. „Neminem-laedere-Gebot“ (<i>Isensee</i>)	267
V. Schlichte Handlungsgebote als Ausprägung eines Gedankens „schutzfunktionaler Subsidiarität“	269
VI. Schutzfunktion hinsichtlich grundrechtsgleicher Rechte	270
VII. Nicht von der Schutzfunktion erfassbare Verhaltensvorschriften des StGB	271
VIII. Verfassungsrechtliche Verbote?	271
C. Sonstige Abwägungsgrenzen?	272
D. Zusammenfassende Schlußfolgerung	274

4. Teil

Grundrechtliche Legitimation von Sanktionsvorschriften

§ 12 Maßgebliche „Gemeinwohlinteressen“ für die Ermächtigung zu einem staat- lichen Vorwurf	275
A. Notwendigkeit einer Ermächtigung zum staatlichen Vorwurf	276
I. Verzicht auf einen staatlichen Vorwurf bei den strafrechtlichen Maßregeln	278
II. Polizeigewahrsam und Untersuchungshaft wegen Wiederholungs- gefahr als Vorstufen der Maßregeln	281
1. Polizeigewahrsam	281
2. Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr	283
III. Konsequenzen eines reinen Maßregelrechts	284
IV. Grundsätzliche Notwendigkeit eines staatlichen Vorwurfs	285
1. Die Möglichkeiten der Durchsetzung einer Verhaltensvor- schrift	285
2. Mangelnde Differenzierung in der Diskussion um „Präven- tion“	286
B. Prüfungsmaßstab: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persön- lichkeitsrecht)	287
C. Die mit einem staatlichen Vorwurf verfolgten „Gemeinwohlinteressen“ .	288
I. Strafzwecke als Beispiele	288
1. Umformulierung der Strafzwecke in „Gemeinwohlinteressen“ .	288
2. Ausgleichsfunktion beim Vorwurf inter privatos	289
II. Verhältnis zu den „Gemeinwohlinteressen“ der Verhaltensvor- schrift	290
1. Stufenverhältnis bei zwingend „zweistufigem Verfahren“	290

2. Unzulänglichkeiten des bisher praktizierten einstufigen Verfahrens	292
3. Entbehrlichkeit eines „Strafrechtsguts“	293
III. Die Sanktionierung der Nichterfüllung privatrechtlicher Forderungen	294
1. Der gleichheitsrechtliche Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgerichts bei § 170 b StGB (BVerfGE 50, 142)	294
2. Der freiheitsgrundrechtliche Ausgangspunkt: spezifisches „Gemeinwohlinteresse“	295
3. Weitere Beispiele	298
a) § 266b StGB (Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten); 266 StGB (Untreue)	298
b) § 265b StGB (Kreditbetrug)	299
c) § 142 StGB (Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort)	299
d) § 288 StGB (Vereiteln der Zwangsvollstreckung)	299
4. Gegenbeispiele	301
D. Unzulässige „Gemeinwohlinteressen“?	301
I. Negative Generalprävention	303
II. Positive Generalprävention	305
III. Relative Schuldvergeltung	305
1. Ausschluß absoluter Theorien im Sinne von zweckfreiem Strafrecht	305
2. Vergeltung als aus dem Wesen der Strafe folgender Strafzweck?	306
3. Vergeltung als bewußte Zwecksetzung	306
4. Allgemeine Bedenken hinsichtlich der Schuldvergeltung als Strafbegründungszweck	306
5. Verfassungsrechtliche Bedenken aus mangelnder empirischer Überprüfbarkeit?	307
E. Das ausnahmslose Nebeneinander verschiedener „Gemeinwohlinteressen“	310
I. Konsequenzen für den strafrechtsdogmatischen Streit um das Verhältnis von Schuld und Prävention	312
II. Denkbare Ersatzzwecke	312
1. Beweiserleichterung?	313
2. Ermöglichung strafprozessualer Eingriffe?	314
3. „Herstellung“ der Gesetzgebungskompetenz des Bundes	315
F. Fazit und Konsequenzen für die weitere Grundrechtsprüfung	316
§ 13 Die Ungeeignetheit von „Besitz“-Delikten	318
A. Die Überwindung fehlender Befunde der Präventionsforschung durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	318
B. Die Ungeeignetheit von reinen Besitzdelikten mangels Anknüpfung an menschlichem Verhalten	321
I. Menschliches Verhalten als Voraussetzung für einen Vorwurf	322
1. Strafzwecke	322
2. Verhaltensunrecht	323
3. Bestimmtheitsgebot	323

4. Anders-Handeln-Können	323
5. Nicht einschlägig: Unschuldsumutung/Verdachtsstrafe	324
II. Bloßer Besitz kein aktives Tun	325
III. Bloßer Besitz als Unterlassen der Besitzaufgabe?	326
IV. Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung bzw. einer Ausgestaltung de lege ferenda	327
1. Beweiserleichterung als alleiniger Zweck verfassungswidrig	327
2. Problem eines echten Unterlassungsdelikts: Das geforderte Verhalten	328
a) Zerstörung	328
b) Besitzentledigung	329
c) Rückgabepflicht	329
3. Völkerrechtliche Übereinkommen entgegenstehend?	332
4. Weitere Beispiele für verfassungswidrige Besitzdelikte	333
5. Gegenbeispiele: Verhaltensvorschrift auch bei scheinbaren Sachbeziehungsdelikten	334
V. Ergebnis: Besitzdelikte verfassungswidrig	335
C. Präventivpolizeilicher Zugriff auf gefährliche Gegenstände unabhängig von der Besitz-Sanktionierung	336
I. Die einfachgesetzlichen Grundlagen der polizeirechtlichen Einziehung und Vernichtung von Betäubungsmitteln	336
II. Keine Entschädigungspflicht bei polizeirechtlicher Einziehung (und Zerstörung)	337
III. Exkurs: Verzicht auf die Unschuldsumutung bei der Geldwäsche?	341
D. Ergebnisse	342
§ 14 Die (Zweckerfüllungs-)Erforderlichkeit	344
A. Das normative Urteil über das mildere Mittel	344
I. Verhältnis des Kriminalstrafrechts (und des Ordnungswidrigkeitenrechts) zum präventiven Verwaltungsrecht	345
1. Die im Strafrecht diskutierte Scheinfrage: Gesamtheit oder Einzelner als Bezugspunkt?	345
2. Konsequenzen aus der Entscheidung für Verhaltensvorschriften	347
II. Verhältnis des Kriminalstrafrechts (und des Ordnungswidrigkeitenrechts) zum Zivilrecht am Beispiel der Viktimodogmatik	350
1. Nur zusätzlicher Einsatz des Strafrechts	350
2. Vorfrage: Maßgebliche „Gemeinwohlinteressen“ und Geeignetheit bei nur relativen Verhaltensvorschriften	352
3. Der Ansatz der Viktimodogmatik bei der Erforderlichkeit	354
4. Kritik an der Viktimodogmatik	354
a) Keine positive Begründung der Erforderlichkeit	354
b) Positiver Rechtsgutsbegriff	354
c) Unzutreffender Schluß von fehlendem Müssen auf Nichtdürfen	355
d) Aufgedrängter Opferschutz	356
5. Fazit	358

III. Verhältnis des Kriminalstrafrechts zum Ordnungswidrigkeitenrecht	359
IV. Das mildere Mittel innerhalb kriminalstrafrechtlicher Sanktionierung	359
1. Erfolgserfordernis	359
2. Subjektive Voraussetzungen: Erweiterung auf Fahrlässigkeitsstrafen?	360
3. Versuchsstrafbarkeit und Rücktritt	360
B. Die (primär) empirische Geeignetheits-Kontrolle der alternativen Mittel	362
I. Fehlende empirische Daten zur Präventionswirkung anderer Eingriffe zur Einhaltung von Verhaltensvorschriften	362
II. Normativ bedingte Ungeeignetheit	363
1. Abgrenzungsschwierigkeiten	363
2. Art. 3 Abs. 1 GG	363
3. Gemeinschaftsrechtsgüter und Zivilrechtsschutz?	364
4. Zivilrechtsschutz bei ausgeschlossener Naturalrestitution	364
5. Das normativ bedingte Geeignetheits-Manko des Zivilrechts: Abhängigkeit von Privatinitiative	364
C. Zusammenfassung	365
§ 15 Die Angemessenheitslegitimation für jeden staatlichen Vorwurf (formelles Schuldprinzip)	367
A. Vorbemerkungen zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	368
I. Überblick über die Fragen der Angemessenheitslegitimation in §§ 15 – 17	368
II. Zur Terminologie: Formelles und materielles Schuldprinzip	369
III. Methodische Vorüberlegungen zur Behandlung des formellen Schuldprinzips in § 15	369
B. Grundrechtsdogmatische Verortung des Verzichts auf schuldprinzipabhängige Vorwurfsvoraussetzungen	371
I. Bestandsaufnahme: Meinungen zur Beziehung zwischen Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip	371
1. Ersetzbarkeit des Schuldprinzips?	371
2. Verhältnismäßigkeitsprinzip als Bestandteil des Schuldprinzips?	372
3. Gleichsetzung von Schuldprinzip und Erforderlichkeit beim „Gemeinwohlinteresse“ der positiven Generalprävention	373
II. „Verzichtsprobe“ hinsichtlich schuldprinzipabhängiger Bestrafungsvoraussetzungen	375
1. Schuldfähigkeit (§ 20 StGB)	377
a) Geeignetheit bei negativer Generalprävention	377
b) Fehlende Erforderlichkeit bei positiver Generalprävention ..	378
2. Verbotsirrtum (§ 17 StGB)	379
3. Entschuldigender Notstand (§ 35 StGB)	380
4. Intensiver Notwehrexzeß (§ 33 StGB)	382
5. Fälle der Selbstbegünstigung	382
6. Angehörigenprivilegien	384

III. Vorläufiges Fazit: Keine außerhalb des Verhältnismäßigkeitsprinzips liegende Funktion des formellen Schuldprinzips	384
C. Der besondere Abwägungsschutz für das formelle Schuldprinzip	386
I. Bestandsaufnahme	386
1. Eigenverantwortlichkeit und Menschenwürde als materiale Begründungen der Bundesverfassungsgerichtspraxis	386
a) Verfassungsrechtliche Herleitung	386
b) Eigenverantwortlichkeit und Menschenwürde	387
c) Irrelevanz des Indeterminismusstreits	388
2. Die unmittelbare Verankerung in der Menschenwürde-Garantie des Art. 1 GG	390
3. Kriminalstrafe nur als „stellvertretendes Gewissensurteil“ des Richters	391
4. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	392
5. Fehlendes grundrechtliches Zurechnungsprinzip für die „Gefahr für die Normakzeptanz“ (<i>Frister</i>)	392
a) Die Argumentation über zwei ausschließliche Wege der Legitimation von Grundrechtseingriffen	393
b) Die fehlende Frage nach dem Eingriff durch die Verhaltensvorschrift	395
II. Begründung über ein ungeschriebenes Justizgrundrecht	397
1. Art. 101ff. GG als „Abwägungsgrenz-Regeln“ des Verfassungsgebers	397
2. Übertragung auf das formelle Schuldprinzip	400
3. Übernahme eines einfachrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsatzes	401
a) Zur Rechtslage in den Jahren 1948/49	401
b) Anhaltspunkte im Text des GG	402
4. Der Umfang des ungeschriebenen Justizgrundrechts	404
5. Gewicht der Menschenwürde bei Grenzfällen	404
6. Das ausformulierte Justizgrundrecht	405
III. Beantwortung der mit dem Schuldprinzip verbundenen wertrationalen Begrenzungen präventiver Vorwurfsbedürfnisse	406
1. § 20 StGB (Schuldfähigkeit)	407
a) Festlegung der Voraussetzungen im einzelnen als empirisch geprägte Frage	407
b) § 323a StGB als Ausnahme von § 20 StGB?	407
2. § 17 StGB (Verbotsirrtum)	409
3. § 35 StGB (entschuldigender Notstand)	410
a) Abwägungsgrenze aus Art. 102 GG beim <i>Karneades</i> -Fall (Rechtsgut Leben)	410
b) Abwägungsgrenzen bei weiteren Rechtsgütern	411
4. Weitere Sanktionsvorschriften	412
IV. Exkurs: Legitimationsfähigkeit eines isoliert gegen juristische Personen gerichteten Vorwurfs	412
1. Vorwurf gegen juristische Personen als Besonderheit des OWiG	413
2. Das Problem: formelles Schuldprinzip	413

3. Lösung: Vermeidung eines mittelbaren Individualvorwurfs	413
4. Kein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 19 Abs. 3 GG)	415
D. Zusammenfassung	415
§ 16 Die Angemessenheit der Sanktionsordnung: Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht	416
A. Grenzen des Strafgesetzgebers nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	418
I. Kernbereich der bedeutsamen Unrechtstatbestände	419
II. Mittelbereich mit grundsätzlicher Wahlfreiheit	420
III. Dem Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehaltenen Minimalunrechtsbereich	422
IV. Schlußfolgerungen	423
B. Strafrechtliche Rechtsgüterlehre und das Gewicht der Verhaltensvorschrift	424
C. Materielles Schuldprinzip und Eigenverantwortlichkeit	428
D. Analyse der drei Ansätze im Hinblick auf abwehrrechtliche Abwägungsgrenzen	430
I. Problempunkte einer „normalen“ abwehrrechtlichen Prüfung?	431
1. Eingriff	431
2. Prüfungsmaßstab	431
3. Präventive Strafzwecke als maßgebliche „Gemeinwohlinteressen“	432
4. Geeignetheit, Erforderlichkeit	432
5. Abwägungsgrenzen: Bedeutung des doppelten Prüfungsmaßstabes	433
II. Konsequenzen für abstrakte Gefährungsdelikte	437
1. Verbot eigenverantwortlicher Entscheidung	438
2. Bedeutung des Erfolgserfordernisses	439
3. Unerheblichkeit des formellen Schuldprinzips	441
III. Konkretisierung anhand von Beispielen	443
1. Rauchverbot in der Öffentlichkeit	443
2. Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 StVG)	444
IV. Delikte mit objektiver Bedingung der Strafbarkeit	444
E. Schutzfunktionsrechtliche Abwägungsgrenzen	445
I. Untermaßverbot und Einschätzungsprärogative	445
II. Übermaßverbot und Opferperspektive	448
F. Zusammenfassung	450
§ 17 Angemessenheitsfragen bei zu weit geratener Vorwurfsermächtigung (Differenzierungsgebote)	451
A. Pflicht des Gesetzgebers zur Einschränkung der Vorwurfsermächtigung?	453
I. Die auf Art. 3 Abs. 1 GG beschränkte Praxis des Bundesverfassungsgerichts bis zur <i>Cannabis</i> -Entscheidung	453
II. Der Wechsel zur freiheitsgrundrechtlichen Prüfung in der <i>Cannabis</i> -Entscheidung	455

III. Das Problem: Zwingende Formulierung der Vorwurfsermächtigung	457
IV. Gesetzliche Härtefall-Klauseln für atypische Fälle	458
V. Gleichwertigkeit von prozessualer und materiellrechtlicher Lösung für sonstige atypische Fälle?	460
1. Fehlende Kompetenz des Strafrichters zur alleinverantwortlichen Verfahrenseinstellung	460
2. Abhilfe durch isolierte Anfechtbarkeit der Einstellungsverweigerung der Staatsanwaltschaft	463
VI. Materiellrechtliche teleologische Reduktion zur Beseitigung von Abstraktionsüberschuß	464
1. Grundrechtsbedingtheit	464
2. Entbehrlichkeit ausdrücklicher Zulassung	466
3. Bislang wahrgenommene Befugnis im Strafrecht	467
4. Pflicht zur teleologischen Reduktion	469
5. Grenzen der teleologischen Reduktion durch „Härtefall“-Abwägung	470
a) Erfassung aller möglichen Härtefälle durch das StGB?	470
b) Straftatbegriff des Gesetzgebers?	471
c) Kein einhellig akzeptierter Straftatbegriff	475
d) Keine hinreichende Grenzbestimmung durch „echte Strafunrechtsausschlußgründe“	476
e) Äußerste Grenzen der teleologischen Reduktion aus § 59 StGB	477
6. Konsequenzen	479
7. Gegenbeispiel: § 170b StGB	479
B. Abstraktionsüberschuß bei abstrakten Gefährungsdelikten	480
I. Unzulässigkeit einer teleologischen Reduktion bei konkreter Ungefährlichkeit	480
II. Konsequenzen: Bagatellfall als Bezugspunkt für Abwägungsgrenzen	482
1. Verfassungswidrigkeit von § 323a StGB (Vollrausch)	484
2. Gegenbeispiel: „Ampeldelikt“	485
III. Ausnahme: Ausdrücklich vorgesehene gesetzliche Reduktionsklauseln	486
C. Die ermächtigungsausschließende Wirkung von Umkehrverhalten (Rücktritt bzw. tätige Reue)	489
I. Ausgangspunkt: Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG	491
II. Konsequenz: Legitimierbarkeit der Einschätzungsdivergenz	492
III. Einbeziehung des Rücktritts (§§ 24, 30 StGB)	495
1. Unmaßgeblichkeit eines entstandenen „Strafanspruchs“	495
2. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	496
3. Die bisherige Diskussion um einen internen Vergleich von Reue-Vorschriften	498
4. Unzulässigkeit von Analogielösungen	499
IV. Bestehende Einschätzungsdivergenzen	500
1. Legitimierbare Einschätzungsdivergenzen	500

a) § 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB	500
b) § 265 Abs. 1 – § 310 StGB	501
c) § 316a – §§ 249, 22, 24 StGB	501
d) § 334 Abs. 3 StGB	501
e) § 142 StGB	502
f) §§ 94 – 96 StGB	502
g) § 164 StGB – § 158 StGB	503
h) Anreizfunktion	503
2. Grundrechtswidrige Einschätzungsdivergenzen	504
a) § 234 Abs. 3 – § 234 Abs. 1, 30 StGB	504
b) §§ 310a – 310 StGB	505
c) § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB – § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG/§ 22a Abs. 1 Nr. 4 KriegswaffenkontrollG	506
d) § 257/§ 258 StGB	506
e) § 311 Abs. 5 – Abs. 1 StGB	507
f) Besitzdelikte	507
D. Fazit	508
E. Gesamtergebnis	508

5. Teil

Kriminalpolitischer Ausblick

§ 18 Die Richtlinienfunktion der Grundrechte für Verhaltens- und Sanktionsvorschriften	511
A. Die kriminalpolitische Hilfestellung der Grundrechtsdogmatik	512
I. Grundrechtseingriff: Aufstellung einer Verhaltensvorschrift?	512
1. Fehlende ordnungsrechtliche Sanktionsvorschrift für Handlungsgebote	513
a) Primäres Interesse am Handeln	513
b) Zufällige Kontrollierbarkeit	514
2. Fehlende ordnungsrechtliche Sanktionsvorschrift für Handlungsverbote	515
a) Genehmigungsentzug	515
b) Mangelndes inländisches Interesse	516
c) Tier- und Pflanzenschutz	517
II. Bestimmung der maßgeblichen „Gemeinwohlinteressen“	517
III. Geeignetheit und Erforderlichkeit	518
IV. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	519
B. Kriminalpolitische Anstöße aus der Abwägungsfehlerlehre	521
I. Ablehnung im Verfassungsrecht als „harter“ verfassungsrechtlicher Maßstab	522
II. Kriminalpolitische Thesen	527
1. Abwägungsausfall	527
a) Ad-hoc-Gesetze	527
b) Verwertung von Material, das der Gesetzgeber selbst für notwendig erachtet hat	527

2. Abwägungsdefizit	528
a) Schaffung kriminogener Ordnungen	528
b) Häufungsproblem	528
c) Berücksichtigung des Legalitätsprinzips bei der Schaffung von Kriminalstraftaten	529
d) Erweiterung strafprozessualer Befugnisse	530
C. Zusammenfassung: Ultima-ratio-Funktion der Grundrechte	531

6. Teil

Ergebnisse

§ 19 Thesen	533
§ 20 Bewertung	536
Literaturverzeichnis	543
Sachregister	567