

Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn)*

Die Verwaltung darf nicht strafen – warum eigentlich nicht? Zugleich eine Vorstudie zu einer rechts-evolutionären, weichen Konstitutionalisierung strafrechtsdogmatischer Grundannahmen

DOI 10.1515/zstw-2016-0016

Die „Verwaltung darf nicht strafen“¹ – mit solch klaren Worten wird nahezu einhellig in Literatur und (Verfassungs-)Rechtsprechung unter Verweis auf Art. 92 GG postuliert, dass allein Gerichte dazu befugt sind, (Kriminal-)Strafen zu verhängen². Es stechen einem zudem schnell triftige Gründe für diese Entscheidungszuweisung ins Auge: So ist die strafende Instanz – das Gericht – unabhängig (Art. 97 Abs. 1, Abs. 2 GG) und daher *prima facie* eher zu einem neutralen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Anklage und des Beschuldigten in der Lage³; so ist mit der Anrufung eines Gerichts zugleich ein bunter Strauß an prozessualen Rechten und Gewährleistungen verbunden (insbesondere Art. 97 Abs. 1, 101, 103 Abs. 1 GG); und so ist das Vertrauen in eine gerechte Entscheidungsfindung gegenüber den Gerichten stärker ausgeprägt als gegenüber der Verwaltung. Doch warum ist es in meinen Augen dennoch geboten⁴, dieses

1 So die Formulierung bei *Mitsch*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 4. Aufl. 2014, Einl. Rdn. 98; *Bohnert*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 3. Aufl. 2006, Einl. Rdn. 98.

2 Dies sei sogar, so *Achterberg*, in: *Bonner Kommentar*, 42. Lfg. 1981, Art. 92 Rdn. 67, „unumstritten“. Näher zu dieser Auffassung, deren Vertretern und deren Begründungslinien siehe unten II. 1. bis 5.

3 Je nach Sichtweise auf die Theorie des Strafverfahrens – und auch auf die Praxis – kann sich dies jedoch bei näherer Betrachtung durchaus als Trugschluss entpuppen, siehe *Haas*, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, S. 337 ff., zusf. S. 408; hiergegen *Neumann*, *ZIS* 2009, 190, 192.

4 Dabei ist das Risiko, dass eine Aufweichung des bisherigen Dogmas „Die Verwaltung darf nicht strafen“ rechtspolitisch zu einem mehr an „Verwaltungsstrafe“ führen kann, in meinen Augen geringer als das Risiko, bei den bisherigen – ebenfalls von einer Strafrechtseinhegung zu einer

***Kontaktperson: Dominik Brodowski**, Wissenschaftlicher Angestellter und Habilitand an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Ergebnis zu hinterfragen? Wenn doch, so *Montesquieu* zu solch einer Situation, „Furcht ... sich der Herzen aller bemächtigen [würde]; man würde bleichen Schrecken auf allen Gesichtern lesen, und es würde kein Vertrauen, keine Ehre, keine Liebe, keine Sicherheit ... mehr geben“⁵?

Zunächst zeigt sich bereits im geltenden Recht, dass die Verwaltung straft, und dies nicht nur im garantierechtlichen Sinne⁶: So straft die Verwaltung, soweit man der Differenzierung zwischen Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht ein quantitatives Verständnis zugrunde legt; und so straft die Verwaltung im Strafbefehlsverfahren (I. 1.). Daneben ist auf politische Bestrebungen zu verweisen, welche die Sanktionskompetenzen der Verwaltung auszudehnen suchen (I. 2.). Interpretiert man die Vorschrift des Art. 92 GG, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist, und damit den Satz „Verwaltung darf nicht strafen“ allerdings – wie vorherrschend – zu formal, zu historisch und zu apodiktisch, so lassen sich moderne rechtliche (Ausweich-) Tendenzen zu funktionalen Äquivalenten zum Strafrecht nicht erfassen, und so fehlt einem zudem Argumentationsmaterial für vergleichbare Diskussionen auf europäischer Ebene (II.). Daher möchte ich abschließend mittels eines Dreisprungs eine grundrechtsorientierte und grundrechtsoptimierende Entscheidungszuweisung für eine Sanktionierung begründen. Letzteres dient zugleich als Beispiel für eine rechts-evolutionäre, weiche Konstitutionalisierung strafrechtsdogmatischer Grundannahmen (III.).

Strafrechtsausdehnung wandelbaren – Begründungslinien zu verbleiben. Zur Missbrauchsanfälligkeit strafrechtslimitierender Argumentationsmuster siehe umfassend *Burchard*, in: *Kuhli/Ascholt* (Hrsg.), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, 2016 (in Vorbereitung).

5 *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, 1951, Buch VI Kap. 5.

6 Zur Anwendbarkeit der EMRK bei Verwaltungssanktionen – wenn auch teils mit niedrigeren Schutzgehalten – siehe nur EGMR, Urt. v. 23.11.2006, Nr. 73053/01 (*Jussila v. Finnland*), § 43; zur Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auf Ordnungswidrigkeiten siehe BVerfGE 71, 108, 114; BVerfGE 81, 132, 135; BVerfGE 87, 389, 411 sowie, statt vieler *Degenhart*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rdn. 59; *Radtke/Hagemeyer*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 Rdn. 19; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 74. Lfg. 2015, Art. 103 Abs. 2 Rdn. 195.

I. Die Verwaltung straft – Erscheinungsformen von Verwaltungsstrafen *de lege lata* und *de lege ferenda*

1. Ein normativ-faktischer Befund

Anhand zweier Beispiele, dem Ordnungswidrigkeitenrecht und dem Strafbefehlsverfahren, sei zunächst dargelegt, dass bereits das geltende Recht auch der Verwaltung eine Strafkompetenz zuweist. Bemerkenswerterweise schließen daher manche – eben wegen des Satzes „Verwaltung darf nicht strafen“ – auf die Verfassungswidrigkeit eben dieser Instrumente⁷.

a) Ordnungswidrigkeitenrecht

Die Diskussion über die Abgrenzung von Strafrecht zu anderen Sanktionierungsmechanismen wie dem Ordnungswidrigkeitenrecht ist nicht neu. An anderer Stelle habe ich im Rahmen einer Analyse supranationaler europäischer Verwaltungssanktionen darauf hingewiesen, dass diesbezüglich – und auch allgemein hinsichtlich des Begriffs des Strafrechts – mehrere Dimensionen zu differenzieren sind: neben einer kompetenzrechtlichen gibt es auch eine garantierechtliche, eine prozedurale und eine regulatorische Dimension des Strafrechts⁸. Für das hier zu erörternde Thema ist allein ein Teilaspekt von Bedeutung: Lässt sich (auch) ein qualitativer Unterschied zwischen Kriminalstrafrecht und Verwaltungssanktionen begründen? Denn nur dann ließe sich behaupten, dass die Verwaltung zwar Geldbußen verhängt, aber gleichwohl nicht straft.

Das Bundesverfassungsgericht sowie Teile der Literatur vertreten die Auffassung, dass Strafe einen individuellen Tadel, ein ehrenrühriges, sittliches, soziales Unwerturteil enthalte; dies unterscheidet sie (auch) qualitativ von Ordnungswidrigkeiten, denen dieser Ernst der Strafe fehle⁹. Die Gründe, die

⁷ Für das Ordnungswidrigkeitenrecht insbesondere *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Zweiter Halbband: Geltendes Recht und Kritik, 1982, S. 456 ff.; für das Strafbefehlsverfahren *Fornauf*, Die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts, 2010, S. 165.

⁸ *Brodowski*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 141, 154 ff.

⁹ BVerfGE 9, 167, 171 f.; 22, 49, 79 f.; 27, 18, 29 sowie 33; BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – Rz. 54; aus der Literatur statt vieler, *Eser*, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungs-

gegen eine solche ethisierende¹⁰, moralisierende¹¹, ja romantisierende Sichtweise auf das Strafrecht sprechen, seien an dieser Stelle nur knapp wiederholt¹²: Die Konzeption von Strafe und Schuld steht in den Grenzen des Verfassungsrechts zur Disposition und Weiterentwicklung durch die Legislative¹³. In einem säkularen Rechtsstaat ist es geboten, Fragen der Ethik und Moral von denen des Rechts zu trennen¹⁴. Ein gesellschaftlicher Tadel oder ein Stigma sind als faktische Konsequenzen zu trennen von der normativen Entscheidung des Gesetzgebers und dem Strafurteil als solchem; Divergenzen der gesellschaftlichen Zuschreibungen von strafrechtstheoretischen Konzeptionen sind angesichts Formulierungen wie „Kavaliersdelikten“ einerseits und „Strafzetteln“ (= verwaltungsrechtliche Bescheide über ein Verwarnungsgeld, § 56 Abs. 1 OWiG) andererseits offensichtlich. Die abstrakte Drohung mit einem Freiheitsentzug, die im geltenden deutschen Recht bei Kriminalstrafen wohl stets¹⁵, bei Ordnungswidrigkeiten nie gegeben ist, erfordert zwar eine besondere – auch verfassungsrechtliche – Rechtfertigung. Eine Ausstrahlungswirkung dahingehend, dass diese Ausstrahlung das Wesen einer konkret verhängten Geldsanktion verändere, vermag ich indes nicht zu erkennen. Eklatant erscheint mir schließlich, dass sich auf Grundlage einer qualitativen Abgrenzung Fahrlässigkeitsstraftaten nur unzureichend legitimieren lassen: Stellt jemand sein Auto in einer – von ihm als solchen erkannten – Feuerwehrzufahrt ab, so begeht er eine Ordnungswidrigkeit gem. § 49 Abs. 1 Nr. 12 i. V. m. § 12 Abs. 5 StVO. Er hat sich jedoch nach § 222 StGB zu verantworten, wenn zufälligerweise ein Blitz einschlägt, ein Feuer ausbricht und dieses falsch geparkte Auto die sonst sichere Rettung eines anderen Menschen verhindert. Nun gibt es zwar gute Gründe dafür, dass eine Risikorealisation und durchaus auch zufällige Faktoren wie der Erfolgseintritt

widrigkeiten, 1961; *Gerhold*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum OWiG, Einl. Rdn. 13; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rdn. 131 ff.; *Weigend*, in: Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Aufl. 2006, Einl. Rdn. 19 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rdn. 19; *Tiedemann*, AöR 89 (1964), S. 72 f.; einschränkend *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 3 Rdn. 10 ff.; *ders.*, in: KK OWiG (Anm. 1), Einl. Rdn. 114 ff.
 10 Vgl. zu dieser Entwicklungslinie – die auch nach 1945 zu verzeichnen ist – *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, 2004, S. 76 ff. m. w. N.

11 Eindringlich *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 156 ff.

12 Siehe hierzu meine Argumentation (Anm. 8), S. 141, 154 ff. sowie *Mattes* (Anm. 7), S. 1 ff.; *Rosenberg*, ZStW 24 (1912), S. 1 ff.

13 *Jahn*, in: *ders./Schmitt-Leonardy/Schoop* (Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016, S. 7 (33 ff.).

14 *Mattes* (Anm. 7), S. 199 ff., 286, 297.

15 Jedenfalls für das Landesrecht besteht ein Verbot, allein Geldstrafe als Rechtsfolge einer Straftat vorzusehen, Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 EGStGB.

über das *Ob* einer Sanktionierung und auch über die Höhe der Sanktionierung entscheiden. Es leuchtet jedoch nicht ein, warum dasselbe von der Rechtsordnung missbilligte Verhalten abhängig von zufälligen Verhaltensfolgen als sittlich-moralisch verwerflich gelten und einen „Ernst der Strafe“ rechtfertigen, einmal keinen ehrenrührigen gesellschaftlichen Tadel sondern nur eine „nachdrückliche Pflichtenmahnung“ verdienen soll¹⁶. Ein qualitativer Unterschied zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten, zwischen Geldbußen und Kriminalstrafen lässt sich nicht begründen: Im Ordnungswidrigkeitenrecht straft die Verwaltung.

b) Strafbefehlsverfahren

Es ist nach der StPO ein Richter, der den Strafbefehl auf Antrag der Staatsanwaltschaft erlässt – hieran besteht kein Zweifel. Dennoch ist ein solcher Verweis darauf, wer den Strafbefehl unterzeichnet, in meinen Augen verkürzt: Das Strafbefehlsverfahren unterliegt nämlich erstens in weitem Umfang der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft – bei der es sich, trotz deren teilweise gegebener Unabhängigkeit und äquivalenter Sachkompetenz, im Sinne des Art. 92 GG nicht um ein Gericht, sondern um Verwaltung handelt¹⁷. Diese Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft äußert sich etwa darin, dass sie ihren Antrag bis zur Entscheidung durch den Richter zurücknehmen¹⁸ oder auch modifizieren¹⁹ kann. Zweitens ist es hier die Staatsanwaltschaft, die einen Strafbefehl mitsamt eines exakten Strafausspruchs und mindestens mit den in § 409 StPO genannten Elementen, teils auch mit darüber hinausgehender Begründung vorformuliert²⁰. Der Richter ist schließlich nur befugt, den Antrag abzulehnen, „wenn dem Erlaß des Strafbefehls ... Bedenken entgegenstehen“, und soll selbst dann erst einmal versuchen, die Staatsanwaltschaft zu einer Anpassung ihres Antrags zu bewegen

¹⁶ Brodowski (Anm. 8), S. 141, 160f.

¹⁷ BVerfG NJW 2002, 815, 815 unter Verweis auf BVerfGE 103, 142. Siehe ferner Meyer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 92 Rdn. 22; Burkiczak, in: Berliner Kommentar, 37. Lfg. 2012, Art. 92 Rdn. 26; Wassermann, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1989, Art. 92 Rdn. 31; eingeschränkt (Staatsanwaltschaft sei jedenfalls nicht Richter i. S. d. Art. 92) auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 9 Rdn. 10.

¹⁸ Vgl. § 411 Abs. 3 Satz 1 StPO; Meyer-Goßner, in: ders./Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 411 Rdn. 8.

¹⁹ Maur, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 408 Rdn. 17; Meyer-Goßner, in: ders./Schmitt (Anm. 18), § 408 Rdn. 13.

²⁰ Vgl. Nr. 176 RiStBV; Maur, in: KK StPO (Anm. 19), § 409 Rdn. 1; Meyer-Goßner, in: ders./Schmitt (Anm. 18), § 407 Rdn. 6, § 409 Rdn. 7.

(§ 408 Abs. 3 Satz 2 StPO²¹). In einer gerichtlichen Hauptverhandlung hingegen bestimmt das Gericht im Ausgangspunkt selbst²² über den Ablauf der Hauptverhandlung und insbesondere über die Beweisaufnahme, formuliert das Urteil samt Begründung selbst und ist insbesondere an den Antrag der Staatsanwaltschaft nicht gebunden – auch nicht als Höchstgrenze der ausgesprochenen Sanktion (§ 155 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO)²³.

Daher ist der Richter im Strafbefehlsverfahren somit als bloß – weitgehend passives²⁴ – Kontrollorgan hinsichtlich des Antrags der Staatsanwaltschaft zu sehen; die Sanktionierung unterliegt lediglich dem Vorbehalt einer richterlichen Bestätigung. Die Bestrafung im Strafbefehlsverfahren ist hingegen vorrangig der Staatsanwaltschaft und daher im Sinne des Art. 92 GG der Verwaltung zuzurechnen.

2. Reformüberlegungen

a) Absprachen im Strafverfahren

In der rechtspolitischen Diskussion über Urteilsabsprachen im Strafverfahren wurde neben dem nunmehr gewählten, gerichtszentrierten Modell auch erwogen, „mit gewissen Ähnlichkeiten zum Strafbefehlsverfahren“²⁵ die Ausgestaltung der Absprache dem Dialog von Staatsanwaltschaft und (verteidigtem) Angeklagten zu überlassen und dem Gericht lediglich die Überprüfung eines übereinstimmenden Antrags zuzugestehen²⁶. Ein solches, noch immer bedenkenswertes Modell bedeutete daher, dass die Bestrafung infolge einer Urteilsabsprache jedenfalls teilweise der Staatsanwaltschaft und daher erneut im Sinne des Art. 92 GG der Verwaltung zuzurechnen wäre.

²¹ Siehe ergänzend Nr. 178 Abs. 1 RiStBV sowie bei und mit Anm. 19.

²² Gleichwohl begrenzt durch Verfahrensrechte sowohl der Staatsanwaltschaft als auch der Verteidigung, etwa durch das Beweisantragsrecht.

²³ Siehe hierzu ergänzend und kritisch *Haas* (Anm. 3), S. 8, 13 f., 63 f.

²⁴ So ist es zwar begrüßenswert, aber ob der einfachgesetzlichen Konzeption durchaus zweifelhaft, ob ihm – wie im Zwischenverfahren (§ 202 StPO) – Befugnisse zur Anordnung ergänzender Beweiserhebungen zustehen; so aber *Meyer-Gößner*, in: *ders./Schmitt* (Anm. 18), § 408 Rdn 7; vgl. auch *Stuckenberg*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 26. Aufl. 2006–2014, § 202 Rdn. 2.

²⁵ *Matt/Vogel*, Festschrift für Strauda, 2006, S. 391, 392.

²⁶ *Matt/Vogel*, Festschrift für Strauda, S. 391, 393 f.

b) Kartellbußgeldverfahren

Ein weiterer, triftiger Grund, sich mit etwaigen Strafkompetenzen der Verwaltung und deren verfahrensrechtlichen Grenzen zu beschäftigen, liegt in rechtspolitischen Reformbestrebungen, die zwar *prima facie* allein bezogen auf den Sonderfall des Kartellbußgeldverfahrens diskutiert werden – dort aber bereits mit dem Anspruch, dass die „Überlegungen auch darüber hinaus etwa für Wirtschaftsstrafverfahren von Relevanz sein können“²⁷. So erwägt ein Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht – Reformimpulse für das Kartellbußgeldverfahren –, dass bei einem Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid des Kartellamts nicht länger „im gerichtlichen Verfahren von Grund auf neu über den Verstoß und die Bußgeldverhängung entschieden wird“²⁸. Stattdessen wird eine bloß – verwaltungsgerichtliche oder verwaltungsgerichtsähnliche – nachträgliche Kontrolle der behördlichen Bußgeldverhängung vorgeschlagen²⁹. Zur Begründung führt dieser Zwischenbericht unter Verweis auf einschlägige Verfassungsrechtsprechung aus, dass der „Richtervorbehalt nach Art. 92 GG nicht greift“, weil es sich nur um Kartellgeldbußen und damit nicht um den „Kernbereich des Strafrechts“ handle³⁰. Das ermögliche zudem eine Abschwächung der bisher geltenden Verfahrensstandards – etwa bezüglich der Beweisaufnahme und der Beweisantragsrechte³¹.

Nun wurde dieser „Testballon“ des Bundeskartellamts in der politischen Diskussion – soweit ersichtlich – bislang nicht aufgegriffen. Doch die darin enthaltenen Gedanken entsprechen durchaus einem kriminalpolitischen Zeitgeist, der sich „störenden“ Ballasts des gerichtlichen Verfahrens entledigen möchte. Und das Verfassungsrecht schützt – jedenfalls nach klassischer Lesart – vor solchen Veränderungen nicht, ebensowenig wie vor einer Verhängung schwindelerregend hoher Geldbußen durch die Verwaltung³²: Denn Geldbußen seien eben keine Strafen, und Art. 92 GG enthalte nur eine besondere Maßgabe für das Kriminalstrafrecht, nicht aber für das Ordnungswidrigkeitenrecht.

27 Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht – Reformimpulse für das Kartellbußgeldverfahren. Bundeskartellamt, NZKart 2015, 2 = <http://goo.gl/xKVpDo> (Stand: 25.08.2016).

28 Bundeskartellamt, NZKart 2015, 2, 6.

29 Bundeskartellamt, NZKart 2015, 2, 6 ff.

30 Bundeskartellamt, NZKart 2015, 2, 6.

31 Bundeskartellamt, NZKart 2015, 2, 8 ff.

32 Vgl. hierzu nur *Möschel*, WuW 2010, 869, 869 f.

II. Verhängung von Strafe als „domaine réservée“ eines Richters, eines Gerichts?

Nun zu einer näheren Betrachtung des Art. 92 GG und zur bisherigen strafverfassungsrechtlichen Herleitung des Postulats, dass die Verwaltung nicht strafen dürfe, bzw. dass die Verhängung von Strafe von Verfassungs wegen eine unabhängige, d. h. nicht einem Gesetzesvorbehalt unterliegende³³ „domaine réservée“ eines Richters, eines Gerichts sei.

1. Hinführung

„In den despotischen Staaten kann der Fürst selbst richten, in den Monarchien dagegen nicht, denn sonst wäre die Verfassung zerstört und die vermittelnden Gewalten ausgeschaltet; man würde das Aufhören aller Förmlichkeiten der Rechtsprechung erleben“³⁴ – so die Begründung *Montesquieu* zu seiner oben bereits angesprochenen Horrorvision, die ihm zufolge eintreten würde, wiese man die Strafkompetenz der Exekutive zu. Doch ein Einwand hiergegen liegt heutzutage³⁵ bereits auf der Hand, namentlich die Errungenschaft der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, demzufolge jedes in Grundrechte Einzelner eingreifende Verwaltungshandeln grundsätzlich einer effektiven gerichtlichen Kontrolle unterliegen können muss. Denn mit dieser Rechtsschutzgarantie ist gewährleistet, dass auch bei einer anderen Zuweisung der Sanktionskompetenz „die vermittelnden Gewalten“ eben nicht „ausgeschaltet“ sind. Doch ähnlich apodiktisch und verkürzt wie die Darstellung bei *Montesquieu* sind auch die Begründungslinien in der heutigen Literatur und Rechtsprechung für die den Wortlaut des Art. 92 GG sprengende³⁶ Auslegung, dass nur ein Richter strafen dürfe.

33 Einen Gesetzesvorbehalt abseits der expliziten Richtervorbehalte des GG akzeptiert indessen ein rein formales Verständnis des Art. 92 GG, vgl. hierzu *Achterberg*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 68.

34 *Montesquieu* (Anm. 5), Buch VI Kap. 5

35 Indes schon angelegt bei *Beccaria*, den *Montesquieu* (Anm. 5), Buch VI Kap. 5 zitiert: Dieser spricht nämlich nur von einem Konfliktfall (der Angeklagt *leugne* die Verletzung des Gesellschaftsvertrag) und die *dann* notwendige Entscheidung durch einen Dritten.

36 Siehe nur *Meyer*, in: *von Münch/Kunig* (Anm. 17), Art. 92 Rdn. 22.

2. Historische Interpretation?

Am weitesten verbreitet ist dabei eine historisch-expansive Lesart des Art. 92 GG, in diesem Fall also ein subjektiver Bezug auf das „verfassungsrechtliche Vorverständnis“, [auf das] ‚vorverfassungsmäßige Gesamtbild‘ des Parlamentarischen Rates³⁷: Die Verhängung eines autoritativen Unwerturteils durch eine Strafe – und damit sowohl Schuldfeststellung als auch Strafzumessung – sei bereits „herkömmlich Aufgabe der Strafjustiz“ gewesen; diese Entscheidungszuweisung zu den Gerichten sei daher jedenfalls im „Kernbereich des Strafrechts“, also den Kriminalstrafen, der Disposition des Gesetzgebers entzogen³⁸. Mehr noch: sogar der verfassungsändernde Gesetzgeber finde insoweit wegen des in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten Gewaltenteilungsprinzips seine Grenze³⁹.

Nun gehört die historisch-genetische Auslegung zum unbestrittenen Methodenkanon im einfachen und auch im Verfassungsrecht; trotz dürftiger Anhaltspunkte und trotz historischer Zweifelsfälle wird man auch in der Tat davon ausgehen können, dass der deutsche Verfassungsgeber das Strafrecht einem ausgeprägten Richtervorbehalt unterwerfen wollte⁴⁰. Die Schärfe, mit der das Bundesverfassungsgericht indessen auf solch sandigem Boden des Art. 92 GG einen allumfassenden Richtervorbehalt für eine Erst- und Letztentscheidung in Strafsachen geschaffen hat, ist der Sache nach jedoch eine „Versteinerung“ des anno 1949 gegebenen, einfachgesetzlich normierten Straf- und Strafprozessrechtsdenkens. Eine solche Herangehensweise kann gewiss Altbekanntes und Altbewährtes konservieren. Doch ist eine solche Dominanz der historischen Verfassungenauslegung, wie sie hier und auch an anderer Stelle des Grundgesetzes zu beobachten ist⁴¹, tatsächlich das „kleinere Übel“, als das es *Scalia* in seinem denkwürdigen

37 *Achterberg*, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 47.

38 *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 75. Lfg. 2015, Art. 92 Rdn. 36. Eine historische Lesart verfolgen, insbesondere bezogen auf das Strafrecht, daneben, statt vieler, BVerfGE 22, 49, 74 ff.; 64, 261, 278; *Achterberg*, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 103 ff.; *Burkiczak*, in: Berliner Kommentar (Anm. 17), Art. 92 Rdn. 37 ff.; *Detterbeck*, in: *Sachs* (Anm. 6), Art. 92 Rdn. 9, 18; *Haratsch*, in: *Sodan* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 92 Rdn. 4; *Hömig*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2010, Art. 92 Rdn. 2 f.; *Hopfauf*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 92 Rdn. 16 ff.; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 92 Rdn. 9; *Wassermann*, in: AK (Anm. 17), Art. 92 Rdn. 27; *Wilke*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Aufl. 2007, § 112 Rdn. 58.

39 Exemplarisch *Detterbeck*, in: *Sachs* (Anm. 6), Art. 92 Rdn. 18.

40 Vgl. hierzu die in Anm. 38 genannten Quellen.

41 Namentlich im Bereich der Kompetenzverteilung, vgl. nur *Sachs*, in: *Sachs* (Anm. 6), Einführung Rdn. 41.

Aufsatz⁴² bezeichnet hat? Dies ist nicht die Stelle für eine umfassende Methodenkritik, doch bezogen auf das konkrete Sachproblem des Art. 92 GG überwiegen die Bedenken: Erstens vermag sie auf funktionale Äquivalente, die historisch präzedenzlos sind, nur unzureichend zu reagieren. Auf europäische Sanktionsmechanismen,⁴³ auf Bestrebungen zu *administrative* und *civil forfeiture*⁴⁴, auf die Listungsentscheidungen zum Einfrieren mutmaßlicher Finanzquellen des Terrorismus⁴⁵ lässt sich nicht allein mit den Werkzeugen und dem Wissen des Jahres 1949 umgehen; funktionale Äquivalente der Sanktionierung erfordern vielmehr funktional gleichrangige, aber nicht notwendigerweise schematisch gleichartige Sicherungen. Das ist in Bezug auf Grundrechte – die vom Bundesverfassungsgericht behutsam um neue Ausprägungen ergänzt werden⁴⁶ – in Deutschland *common sense* geworden, gilt es aber aus dem genannten Grund auch auf weitere Verfassungsbestimmungen zu übertragen. Zweitens, und eng hiermit verwandt: Der bloße Verweis auf eine historisch gewachsene und nunmehr verfassungsrechtlich versteinerte Praxis entfaltet im kriminalpolitischen Diskurs auf anderen Ebenen und in rechtsvergleichenden Rezeptionsprozessen kaum Überzeugungskraft. Hier sind vielmehr fundiertere materielle Argumente geboten als ein bloßer Verweis auf die nationalstaatliche Bewährtheit. Drittens scheint mir eine temporale Kompetente bedeutsam zu sein: während bei noch „jungen“ Normen die historische und insbesondere die historisch-genetische Auslegungsmethode ihre besondere Stärke hat⁴⁷, verblasst ihre Bedeutung mit zunehmendem Alter. Das liegt zum einen daran, dass es schlicht einer gewissen Zeit bedarf, damit Rechtsprechung und Literatur in einem fortlaufenden, iterativen Prozess die Gewährleistungsinhalte konkretisieren, Fallgruppen entwickeln und die praktischen Konsequenzen wieder in die rechtliche Erörterung aufnehmen können⁴⁸. Zum anderen

42 *Scalia*, U. Cin. L. Rev. 57 (1988–1989), 849.

43 Vgl. hierzu zuletzt *Brodowski* (Anm. 8), S. 141.

44 Vgl. hierzu *Vogel*, in: *Rui/Sieber* (Hrsg.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, 2015, S. 225 sowie *Sieber*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Anm. 8), S. 351.

45 Prägnant hierzu EuGH, Urt. v. 03.09.2008 – C-402/05 („Kadi I“) sowie EuG, Urt. v. 30.09.2010 – T-85/09 („Kadi II“).

46 Neben den „Klassikern“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seiner speziellen Ausprägungen – zuletzt des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme in BVerfGE 120, 274, Leitsatz 1 – ist auch auf die Intensivierung des Grundrechtsschutzes gegenüber europäisch determinierten Hoheitsakten zu verweisen, zuletzt in BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, – 2 BvR 2735/14.

47 Siehe BVerfGE 54, 277, 297 f.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl. 2015, S. 32f.; siehe ferner *Hoven*, NSTZ 2015, 553, 559; *Brodowski/Marnau*, NSTZ 2016 (in Vorbereitung).

48 Zu diesen Prozessen vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG siehe BVerfGE 126, 170, 198 f.

aber ist bei einer noch „jungen“ Norm deren demokratische Rückkopplung an den Gesetzgeber, an den *demos* besonders deutlich: Es liegt auf der Hand, dass das (einfache) Recht sich in den Grenzen des Verfassungsrechts an der politisch getroffenen und in Gesetzesform gegossenen Entscheidung⁴⁹ zu orientieren hat; gleichermaßen das Verfassungsrecht in den Grenzen des Verfassungsrahmensrechts (Art. 79 Abs. 3 GG). Weil die politische *Input*-Legitimation⁵⁰ der Norm aber mit zunehmendem Zeitablauf zunehmend indirekter und auch fiktionaler wird, verändert sich das Gewicht von der „Herrschaft des *demos*“ hin zur „Herrschaft des Rechts“⁵¹, bis sich zu einem späteren Zeitpunkt der politische Wille in Form einer Normänderung neu konstituiert. Das hat sich auch in der Auslegungsmethodik widerzuspiegeln.

All dies sollten ausreichend Gründe sein, sich nicht mit einer historischen Auslegung des Art. 92 GG zu begnügen, selbst wenn man sie – entgegen der hier vertretenen Auffassung – noch immer für tragfähig erachten sollte.

3. Verhängung von Strafe als materielle Rechtsprechung?

Lässt sich die Verhängung von Strafe als materielle Rechtsprechung begreifen? Nach vorherrschender Auffassung ist der Rechtsprechungsbegriff des Art. 92 GG materiell auszulegen; der Streit kreist – wie so oft – um die zutreffende Interpretation. Zu den zentralen Argumentationsmustern zählt dabei erstens das Begriffspaar „Rechtsanwendung“ und „Rechtsprechung“. Doch jedenfalls die zum Monopol der Gerichte zählende Strafzumessung ist Rechtsanwendung⁵²; gleiches

⁴⁹ Dies erkennt somit an, dass der Wortlaut der Norm somit Ausgangspunkt (und im materiellen Strafrecht auch Grenze) einer jeden Auslegung ist; vgl. BVerfGE 54, 277, 297 f.; ferner greift dies der Entscheidung nicht vor, ob der Gesetzgeber tatsächlich „nichts als das Gesetz“ – und damit keine Begründung – schuldet. Zu diesem Themenkomplex siehe, statt vieler, *Waldhoff*, Festschrift für Isensee, 2007, S. 325.

⁵⁰ *Scharpf*, MPIfG Working Paper 04/06, 2.2.1., <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp04-6/wp04-6.html> (Stand: 25.08.2016) zufolge handelt es sich bei der *Input*-Legitimation um die Abbildung der „empirisch feststellbaren Präferenzen der realen Mitglieder des Gemeinwesens“. Dass sich im Verlauf der Zeit das Gemeinwesen, dessen Zusammensetzung sowie auch deren Präferenzen verändern, liegt auf der Hand.

⁵¹ Da es sich dabei nur um die rechtsinterne Gewichtung von Auslegungsmethoden handelt, besteht auch kein Widerspruch zum Diktum, dass „[i]n der freiheitlichen Demokratie [...] die Herrschaft des Volkes identisch mit der Herrschaft des Rechts“ sei; so *Isensee*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band XII, 3. Aufl. 2014, § 258 Rdn. 164.

⁵² Gleichermaßen plakativ wie instruktiv *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, *Praxis der Strafzumessung*, 5. Aufl. 2012, Rdn. 1507.

lässt sich mit guten Gründen auch für den Schuldspruch als solchen vertreten⁵³. Zweitens wird als zentraler Aspekt von Rechtsprechung die Entscheidung eines Streitfalls hervorgehoben⁵⁴. Ein Streit liegt jedoch etwa im Verhältnis von Anklage und Angeklagtem dann nicht vor, wenn er mit seiner Schuld und Strafe einverstanden ist. Zwar gilt gleiches nicht notwendigerweise im Verhältnis zum Verletzten oder zum Nebenkläger – doch von einer Konstruktion des Strafprozesses als Rechtsstreit zwischen Straftäter und Verletzten hat sich das Rechtssystem zum Glück entfernt⁵⁵. Drittens wäre eine so verstandene Rechtsprechung unter anderem dem Grundsatz *ne ultra petita* verpflichtet. Dass der Richter bei der Strafzumessung den Antrag der Staatsanwaltschaft auch überschreiten darf, gilt jedoch in Deutschland als solche Selbstverständlichkeit, dass sie kaum einmal ausdrücklich diskutiert wird⁵⁶. Soweit viertens Rechtsprechung als „Bewahrung des Rechts“, Verwaltung und Legislative als „Gestaltung des Rechts“ angesehen wird⁵⁷, so erfasst dies weder den „bewahrenden“ Charakter von Ordnungswidrigkeiten noch die gestaltende, das Recht weiterentwickelnde Wirkmacht der Gerichte. Versteht man schließlich „Rechtsprechung als verbindliche Feststellung bestrittenen, bezweiferten oder gefährdeten Rechts durch eine unabhängige, neutrale Instanz, die ... allein unter dem Gesichtspunkt von Gesetz und Recht entscheidet“⁵⁸, so ist zwar anzuerkennen, dass das Recht durch den Straftäter gebrochen wurde. Doch verbindlich festgestellt wird der Schuldspruch und die Strafe – und diesbezüglich ist keinesfalls klar, dass der Täter das, was nun *rechters* ist, bestreitet oder bezweifelt; auch ist nicht klar, warum Schuld und Strafe durch ein Gericht festzustellen sind.

53 Haas (Anm. 3), S. 324 ff., 349 ff., 354. Indes wird mit ebenfalls guten Gründen vertreten, dass es sich bei Verwaltung wie bei Rechtsprechung um *Rechtsanwendung* handele; vgl. nur die Nachweise bei Achterberg, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 81. Das aber hilft zu einer Abgrenzung nicht weiter.

54 Achterberg, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 68.

55 Auch die in den vergangenen Jahren zu verzeichnende Stärkung der Opferrechte taugt nicht als Beleg für ein Verständnis des Strafverfahrens als Rechtsstreit zwischen Täter und Opfer.

56 Siehe aber oben bei und mit Anm. 23.

57 Achterberg, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 68 unter Verweis auf Schneider, AöR 82, 1, 12 ff.

58 Achterberg, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 83 unter Verweis auf Wintrich, Festschrift für Nawiasky, 1956 S. 191, 203; Mattes (Anm. 7), S. 411 f. Als gefährlich – weil die *subjektive* Komponente des Rechtsschutzes marginalisierend – ist u. a. Mattes Sichtweise (a. a. O., S. 434 f.) zu sehen, der den Rechtsschutz zuvörderst als Schutz des objektiven Rechts interpretiert und erst nachrangig Belange des Verletzten und schließlich auch des Angeklagten berücksichtigt. Zu dieser Verkürzung siehe noch unten III. 2. b).

Daher ist jedenfalls den allermeisten dieser Interpretationsansätze gemein, dass sie für das Strafrecht nicht unmittelbar taugen und daher mit einer Ergänzung des Rechtsprechungsbegriffs um die Strafrechtspflege (und teils auch um die freiwillige Gerichtsbarkeit) operieren⁵⁹. Das ist dann aber ein Strafrechtsexzeptionalismus, der zudem ein ausgeprägtes Misstrauen gegenüber der – durch Art. 19 Abs. 4 GG, § 40 VwGO auffangweise zuständigen – Verwaltungsgerichtsbarkeit verkörpert.

4. Strafrechtsexzeptionalismus, auch jenseits des Art. 92 GG?

Ansätze für eine strafrechtsspezifische materielle Begründung eines strafrechtsbezogenen Richtervorbehalts in Art. 92 GG lassen sich in den Worten des Bundesverfassungsgerichts lesen, demzufolge es sich bei einer Strafe um ein „autoritative[s] Unwerturteil“ handele⁶⁰, und dass jenes „so schwer [wiege], dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung nur vom Richter ausgesprochen werden kann.“⁶¹ Erst kürzlich führte der 2. Senat des Bundesverfassungsgericht zudem aus, dass mit Strafe aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht „nur der Vorwurf irgendeiner Rechtsverletzung gemeint [sei], sondern die Verletzung eines Teils des Rechts, das eine tiefere, nämlich eine sozial-ethische Fundierung besitzt“⁶². Daher berühre die Strafe auch „den Betroffenen in seinem in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch“⁶³. In die gleiche Kerbe schlägt auch die Auffassung *Bettermanns*, demzufolge zwar nicht die Verhängung einer Geldstrafe, aber doch der davorliegende Akt des Schuldspruchs (und, *e contrario*, ein Freispruch) dem Richtervorbehalt des Art. 92 GG unterliegen solle⁶⁴. Ähnlich, wenn auch dezidiert nicht auf Art. 92 GG bezogen ist die Auffassung *Classens*, demzufolge eine „Gesamtanalogie zu den im Grundgesetz ausdrücklich enthaltenen Richtervorbehalten sowie ein [...] Rückgriff auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip einschließlich seines verfahrensrechtlichen Gehalts“ wegen des „schwerwiegende[n] Unrechtsurteil[s]“ zu einem Strafmonopol der Gerichte führe⁶⁵.

⁵⁹ Vgl. etwa die Nachweise bei *Achterberg*, in: Bonner Kommentar (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 87.

⁶⁰ BVerfGE 22, 49, 80.

⁶¹ BVerfGE 22, 49, 80.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rz. 58.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rz. 54.

⁶⁴ *Bettermann*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1. Aufl. 1988, § 73 Rdn 22.

⁶⁵ *Classen*, in: von *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010, Art. 92 Rdn. 17 f.; hiergegen *Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig* (Anm. 38), Art. 92 Rdn. 52 bei und mit Fn. 4.

Das sind Ausprägungen eines Strafrechtsexzeptionalismus, die aus einem „Wesen“ der Strafe ausgefeilte Gedankengebäude herleiten. Sie rekurren dabei explizit auf die Strafe als solche und damit auf den Schuldspruch, nicht aber auf die konkrete Sanktionierung oder auf die exzeptionelle Sanktionierungsform des Freiheitsentzugs – dass jener wegen seiner außerordentlich einschneidenden Wirkung zweifelsohne exzeptioneller Sicherungen bedarf, versteht sich von selbst. Ob aber ein Strafrechtsexzeptionalismus, der am „Wesen“ der Strafe (und ich betone erneut: an der Bezeichnung als Strafe, nicht am Freiheitsentzug) anknüpft, empirisch wie verfassungsnormativ tragfähig ist, erscheint jedoch vermehrt zweifelhaft – nicht nur aus den oben bereits zur Frage der Ordnungswidrigkeiten genannten Gründen⁶⁶. So bezeichnete es bereits *Herzog* als „doch sehr gekünstelte [...] Betrachtungsweise“⁶⁷, die Strafe *als solche* sozioethisch aufzuwerten, und belegte dies mit den individuell sehr unterschiedlichen Wirkungen, die einerseits von einer Art. 92 GG unterliegenden Strafe, andererseits von einer Präventivmaßnahme – oder gar von der Verweigerung staatlicher Leistungen – auf einen individuellen Bürger ausgehen, bei denen es jeweils „nur“ die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gebe. Konkret verwies *Herzog* auf den Fall eines Berufskraftfahrers, dessen bürgerliche Existenz nicht durch einen Strafbefehl, sondern durch verwaltungsbehördlichen Entzug der Fahrerlaubnis vernichtet wurde; oder – damals schrieb man das Jahr 1971 –: „Wieviele Studenten würden einen ‚ethischen Schuldvorwurf‘ achselzuckend hinnehmen, wenn sie nur einen Studienplatz erhielten!“⁶⁸ Heutzutage ließe sich dies eher auf Aufenthaltsberechtigungen münzen, die in ihrem Stellenwert für Flüchtlinge weit über dem Makel eines „ethischen Schuldvorwurfs“ liegen dürften. Nicht nur in solch individueller, sondern auch in gesellschaftlicher Perspektive ist zu ergänzen: Aus dieser Sicht eines Strafrechtsexzeptionalismus müsste ein postalisch zugestellter Strafbefehl einem nach öffentlicher Hauptverhandlung öffentlich ver-

⁶⁶ Siehe oben I. 1. a).

⁶⁷ *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: August 1971, Art. 92 Rdn. 50.

⁶⁸ „Das Beispiel des Berufsfahrers, dem das BVerfG hinsichtlich jener geringfügigen Geldstrafe wegen eines Fehlverhaltens im Straßenverkehr einen Richtervorbehalt sichert, während es ihn beim Einzug der Fahrerlaubnis, d. h. also bei Vernichtung seiner bürgerlichen Existenz auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV verweist, ist nur eines der Beispiele, die man hier anführen könnte. Nimmt man hinzu, daß selbst die Verweigerung staatlicher Leistungen für den Bürger häufig viel schwerer wiegt als der ‚ethische Schuldvorwurf‘ eines zu einer Geldstrafe verurteilenden Strafbefehls, (Fn: Wieviele Studenten würden einen ‚ethischen Schuldvorwurf‘ achselzuckend hinnehmen, wenn sie nur einen Studienplatz erhielten!) so wird man dem BVerfG den Vorwurf nicht ersparen können, daß er sich in seiner Rechtsprechung zu Art. 92 GG zu sehr am Muster obrigkeitsstaatlichen Denkens orientiert hat“ (*Herzog*, in: *Maunz/Dürig* [Anm. 67], Art. 92 Rdn. 50).

kündetem Strafurteil in seinem autoritativen, sozialetischen Unwerturteil gleichstehen. Das aber erscheint doch als bloß eine Fiktion. Vielmehr hat ein öffentlich verkündetes Strafurteil eine so hohe Symbolkraft und das Potential zu einer gesellschaftlichen Wirkung, weil es von einem Richter nach einer öffentlichen Hauptverhandlung gesprochen wird⁶⁹.

5. Systematische Gesamtanalogie?

Wenig tauglich sind ferner die Ansätze, die Art. 92 GG vorrangig als systematischen Verweis auf andernorts lozierte Richtervorbehalte des Grundgesetzes lesen⁷⁰. Denn hieraus einen „ausnahmslos[en] und ausschließlich[en]“ Richtervorbehalt „zur präventiven Rechtskontrolle“⁷¹ in Strafsachen zu schließen, ist keineswegs schlüssig⁷², zumal Art. 104 Abs. 2 GG nur einen Richtervorbehalt für Fälle des Freiheitsentzugs enthält, nicht aber für die Geldstrafe als Kriminalstrafe⁷³. Zudem ließe sich Art. 104 Abs. 2 GG auch so interpretieren, dass es nur die Pflicht zur richterlichen Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung gebe⁷⁴, nicht aber die Pflicht zu einem richterlichen ersten *und* letzten Wort⁷⁵.

6. Zwischenfazit

Auf Grundlage des Art. 92 GG und insbesondere eines Strafrechtsexzeptionalismus lässt sich daher das Monopol des Richters zur Erst- und Letztentscheidung über einen Schuldspruch und über die Strafzumessung nicht – oder jedenfalls: nicht mehr – rechtfertigen. Vielmehr erscheint es als zunehmend riskant, rechtsstaatliche Sicherungen mit einem Exzeptionalismus des Strafrechts, mit einer sozialetischen Überhöhung der Strafe zu begründen. Denn damit besteht die

⁶⁹ Siehe hierzu noch unten III. 2. a) am Ende.

⁷⁰ In diese Richtung *Herzog*, in: *Maunz/Dürig* (Anm. 67), Art. 92 Rdn. 35 ff.

⁷¹ BVerfGE 27, 18, 28.

⁷² Zweifelnd etwa auch *Achterberg*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 68.

⁷³ Dies anerkennend BVerfGE 27, 18, 33.

⁷⁴ Anders indes etwa BVerfGE 83, 24, 33 unter Verweis auf die Schwere des Eingriffs. Darauf wird zurückzukommen sein (unten III. 2.).

⁷⁵ Begriff nach *Herzog*, in: *Maunz/Dürig* (Anm. 67), Art. 92 Rdn. 45. Am Rande sei schließlich bemerkt, dass auch die Kompetenz zur Schaffung einer Wehrstrafgerichtsbarkeit (Art. 96 Abs. 2 GG) nicht weiterhilft. Denn ob dieser Wehrstrafgerichtsbarkeit in ihrem Zuständigkeitsbereich ein Strafmonopol zukommt, sagt diese Verfassungsvorschrift ebenfalls nicht aus, siehe *Achterberg*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 2), Art. 92 Rdn. 72f.

Gefahr für Argumentationsmuster, welche funktionale Äquivalente zum Strafrecht übergehen und den dortigen Bedarf an rechtsstaatlichen Sicherungen marginalisieren, da es dort ja nur um „irgendeine Rechtsverletzung“ gehe, die den Adressaten nicht „in seinem in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch“ tangiert. Es besteht die Gefahr für Argumentationsmuster, die denjenigen, der die Strafe „verdient“ habe, eben wegen der Berührung dessen personalen „Wert- und Achtungsanspruchs“ stigmatisieren⁷⁶ und ihn daher aus der Gesellschaft ausgrenzen, anstelle alles daran zu setzen, ihn zu resozialisieren. Und es besteht schließlich die Gefahr für Argumentationsmuster, die aufgrund des verletzten „sozialethischen Minimums“ auf die Notwendigkeit von Strafe schließen, daher aus dem Schuldgrundsatz nicht nur ein Höchst- sondern auch ein Mindestmaß an Strafe entnehmen⁷⁷ – und die hiermit wiederum sehr weitreichende Befugnisse für die Strafverfolgung begründen⁷⁸.

Doch mit meinen Worten gegen einen Strafrechtsexzeptionalismus, gegen eine Überhöhung des „Wesens der Strafe“ sei keinesfalls in Abrede gestellt, dass unter den verfassungskonformen Sanktionsformen der Freiheitsentzug die individuell am stärksten einschneidende Sanktionierung darstellt, und dass deswegen deren Verhängung und auch deren Androhung exzeptionellen Sicherungen bedürfen. Doch auch sonstige Sanktionen und insbesondere auch die Geldstrafe können bereits solch einschneidende Wirkungen auf das Leben der jeweiligen Adressaten haben, dass in vielen Fällen ein *mehr* an rechtlichen Sicherungen erforderlich ist als dieses der *status quo* bieten kann.

III. Ein grundrechtsorientierter und rechts-evolutionärer Ansatz zur Begrenzung einer Strafkompentenz der Verwaltung

Das Ziel der folgenden Überlegung ist daher die Suche nach einem neuen Begründungsansatz, wie sich die Sanktionskompetenzen der Verwaltung verfassungsrechtlich begrenzen lassen. Dieser Begründungsansatz ist dabei fern des Art. 92 GG zu suchen. Denn *Wolfgang Meyer* ist dahingehend zuzustimmen, dass „[e]in

⁷⁶ Treffend *Haas* (Anm. 3), S. 415: „Dieses Strafverständnis, das die eigentlich für überwunden geglaubte Tradition der Ehrenstrafen in sublimier Weise fortsetzt, [...] verstößt daher gegen das Gebot der Achtung der Menschenwürde.“

⁷⁷ In diese Richtung *Landau*, NStZ 2014, 425, 428.

⁷⁸ Vgl. hierzu die kritische Analyse *Burchards*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Anm. 8), S. 27, 52 bei und mit Fn. 91.

präventiver Richtervorbehalt, der den Strafrichtern grundsätzlich auch das erste Wort zuweist, ... im Text des Art. 92 nicht einmal andeutungsweise thematisiert ist. Er ergibt sich aus Gründen, die außerhalb des Tatbestands des Art. 92 GG liegen.“⁷⁹ Noch nicht hinreichend verfassungsrechtlich untermauert erscheint mir die von Meyer gelieferte Begründung, dass das „Übermaßverbot und die grundrechtlichen Verfahrensgarantien“ und die Gefahr einer Voreingenommenheit des zunächst ermittelnden Strafverfolgungsorgans „bei allen nicht ganz geringfügigen Anschuldigungen“ es „erforderlich“ mache, „einem unbeteiligten Dritten unter den für die Rechtsprechung gültigen Regeln auch das erste Wort zu geben“⁸⁰. Meyers Ansatz eignet sich aber als Anknüpfungspunkt für die im Folgenden dargestellte Konzeption, die sich eines Dreisprungs bedient und die ohne einen Strafrechtsexzeptionalismus auskommt.

1. Erster Schritt – Rechtsschutzgarantie und Richtervorbehalt

Der erste Schritt ist dabei trivial: Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt, dass jede für schuldig sprechende, jede sanktionierende Entscheidung der Verwaltung auf Antrag des Betroffenen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann; aus Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG folgt nur ein Richtervorbehalt hinsichtlich einer auf Freiheitsentzug lautenden Sanktion. Im Ausgangspunkt ließen diese Verfassungsnormen also ein Strafrechtssystem zu, bei dem die Verwaltung eine Geldstrafe verhängt; ebenfalls wäre ein System vorstellbar, das auch bei hohen Freiheitsstrafen lediglich eine Überprüfung der Verwaltungsentscheidung durch das Gericht vorsähe.

2. Zweiter Schritt – Grundrechtsschutz durch Verfahren

a) Defizite des hypothetischen, verwaltungsbasierten Modells

Mit welchen Defiziten für einen Angeklagten⁸¹ wäre ein solches verwaltungsstrafendes System verbunden? Ein rational handelnder Akteur würde bei der Entscheidung, ob er um Rechtsschutz ersucht, den damit verbundenen Aufwand mit dem zu erwartenden Nutzen in Abwägung bringen. Zwar mag er sich, je nach

⁷⁹ Meyer, in: von Münch/Kunig (Anm. 17), Art. 92 Rdn. 22.

⁸⁰ Meyer, in: von Münch/Kunig (Anm. 17), Art. 92 Rdn. 22.

⁸¹ Verfahrensrechtliche Defizite für den Verletzten und für die Allgemeinheit sollen an dieser Stelle aus Gründen der Vereinfachung ausgeklammert werden.

konkreter Fallgestaltung, vor Gericht ein milderes Strafmaß oder auch einen Freispruch erhoffen können – doch er würde auch berücksichtigen das Kostenrisiko, den immateriellen Aufwand und beispielsweise auch, dass das Verfahren gegen ihn dann *in der Öffentlichkeit* geführt würde, was mit Reputationsverlusten für ihn verbunden sein könnte⁸². Selbst bei einer rein rationalen Betrachtung ist daher die Anreizstruktur überaus problematisch. Es ist mitnichten gewährleistet, dass in all denjenigen Fällen, in denen die Verwaltung eine gänzlich ungerechtfertigte oder auch eine zu hohe Strafe ausgesprochen hat, um gerichtlichen Rechtsschutz ersucht werden würde⁸³.

Doch auch in denjenigen Fällen, in denen eine gerichtliche Überprüfung erfolgte – etwa wegen Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG zwingend im Fall einer Freiheitsstrafe – wären höchst problematische Defizite für den Angeklagten gegeben: So ist mit der bestehenden und dem Gericht bekannten Verwaltungsentscheidung und deren Begründung das bekannte psychologische Phänomen eines Anker-effekts verbunden, welches einer neutralen und eigenständigen wie umfassenden Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht hinderlich wäre⁸⁴. Und je nach konkreter Ausgestaltung ist auch der Detailgrad einer richterlichen Überprüfung mangelhaft, wie dies insbesondere zu präventiven Richtervorbehalten im Ermittlungsverfahren umfänglich beschrieben ist⁸⁵.

Ergänzend sei stichpunktartig auf die Vielzahl anderer, nicht primär grundrechtsbezogenen Gründe verwiesen, die für ein zwingendes gerichtliches Verfahren sprechen: So ist nach den Studien zur *procedural justice*⁸⁶ die Akzeptanz von Entscheidungen⁸⁷ umso höher, je mehr Beschuldigte wie Verletzte in einem von ihnen als *fair* empfundenem Verfahren echt – und nicht nur symbolisch – beteiligt und ernst genommen werden und ihnen somit auch ein optimales Maß an Verfahrensrechten gewährt wird⁸⁸; diese Einbindung von Beschuldigtem wie Verletzten lässt sich in einem Verfahren vor einem neutralen Dritten – einem Gericht – eher verwirklichen. Mehr noch: Mit einem als *fair* empfundenen Ver-

82 Vgl. nur (bezogen auf das Strafbefehlsverfahren) *Weßlau*, ZStW 116 (2004), S. 150, 161.

83 Vgl. nur (erneut bezogen auf das Strafbefehlsverfahren) *Weßlau*, ZStW 116 (2004), S. 150, 161.

84 Vgl. nur *Schünemann*, StV 2000, 159, 160; *Artkämper*, StRR 2012, 339, 341.

85 *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003; *Baackes/Gusy*, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung, 2003; *Helmken*, StV 2003, 193.

86 Siehe insbesondere *Tyler*, Law & Society Review 22 (1988), S. 103; *ders.*, Crime and Justice 30 (2003), S. 283; *Paternoster/Bachman/Brame/Sherman*, Law & Society Review 31 (1997), S. 163.

87 Siehe insbesondere *Jung*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 73, 79 f.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 365; *Börner*, Legitimation durch Strafverfahren, 2014, S. 179 f.

88 Siehe nur *Jahn*, ZStW 127 (2015), S. 549, 558 f. m. w. N.

fahren soll neueren Studien zufolge auch eine höhere spezialpräventive Wirkung korrelieren⁸⁹. Ferner ist mit der grundsätzlichen Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren eine erhöhte demokratische Kontrollwirkung verbunden, und schließlich dürfte in der Gesellschaft ein höheres Vertrauen in die Richtigkeit und Gerechtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bestehen – so dass jene, zudem öffentlich verkündete Entscheidung eher eine langfristig befriedende und auch normbestätigende Wirkung entfalten kann.

b) Rechtsschutzdefizite durch Rechtsschutzgewährung?

Umgekehrt hat insbesondere *Haas* darauf hingewiesen, dass mit einem zwingenden gerichtlichen Strafverfahren – ohne dass vorher ein umfassendes Verwaltungsverfahren erfolgt – zugleich auch ein Rechtsschutzdefizit verbunden sein kann. Ausgehend von der Prämisse „der Verfahrensherrschaft des erkennenden Gerichts, seiner Pflicht, die angeklagte Straftat aufzuklären und gegebenenfalls den Angeklagten ohne Bindung an die Anträge der anderen Prozessbeteiligten zu bestrafen,“⁹⁰ sei „der Schluss zu ziehen, dass es nicht als unbeteiligter Dritter über ein fremdes Strafbegehren urteilt, sondern als ein Staatsorgan handelt, dass die angeklagte Straftat selber verfolgt und die staatliche Strafberechtigung selber ausübt.“⁹¹ Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sei daher nur gewahrt, wenn „[d]as erkennende Gericht ... genau jene Stellung [einnimmt], die es einnehmen würde, wenn der verurteilte Angeklagte nachträglich gegen den Staat zur Verteidigung seiner subjektiven (Grund-)Rechte prozessieren würde“⁹². Dies ließe sich seiner Ansicht nach unter anderem nur verwirklichen bei einer Bindung des Gerichts „nach oben“ an den Strafantrag der Staatsanwaltschaft – Schuld- wie Strafausspruch betreffend – sowie bei einer Aufgabe der Untersuchungsmaxime im gerichtlichen Verfahren und einem Wechsel hin zu einer Verhandlungsmaxime⁹³.

Sicherlich ist ein solches Gegenmodell, wie es *Haas* vorschwebt, interessant; ob es auch einen rechtsstaatlichen Gewinn darstellen kann, bedürfte indes im Hinblick etwa auf seine gesellschaftlichen und rechtlichen Nebenwirkungen noch vertiefter Analyse. Festzuhalten ist an dieser Stelle allerdings, dass mit der zwingenden gerichtlichen (Erst-)Entscheidung in Strafsachen und des nur be-

⁸⁹ *Augustyn*, *Law and Human Behavior* 39 (2015), S. 388.

⁹⁰ *Haas* (Anm. 3), S. 418.

⁹¹ *Haas* (Anm. 3), S. 418.

⁹² *Haas* (Anm. 3), S. 423.

⁹³ *Haas* (Anm. 3), S. 421 ff.

grenzt gewährten Rechtsschutzes gegen den Richter nicht nur ein Mehr, sondern zugleich auch ein Weniger an Rechtsschutz verbunden ist.

c) Gewährleistungsinhalte des „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“

Lässt sich nun jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht behaupten, zur Erfüllung eines „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ sei angesichts der genannten Vorteile und trotz der genannten Nachteile eine gerichtliche (Erst-)Entscheidung in Strafsachen erforderlich?

So entschied das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1990, dass aus der Schwere eines Freiheitsentzugs eine Interpretation des Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG dahingehend folge, dass ein Richter selbst „die Verantwortung dafür zu übernehmen“ habe und daher „selbst die Tatsachen feststellen [müsse], die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen.“⁹⁴ In diese Richtung lässt sich zudem die bereits angesprochene neuere Entscheidung des 2. Senats lesen, derzufolge „eine Strafe, die die Persönlichkeit des Täters nicht umfassend berücksichtigt, keine der Würde des Angeklagten angemessene Strafe sein kann. Dies wiederum setzt“, so der 2. Senat, „grundsätzlich voraus, dass das Gericht ... einen Einblick in [die] Persönlichkeit [des Angeklagten], seine Beweggründe, seine Sicht der Tat, des Opfers und der Tatumstände erhält. Jedenfalls muss für den Angeklagten das Recht gewährleistet sein, insbesondere rechtfertigende, entschuldigende oder strafmildernde Umstände dem Gericht persönlich, im Gegenüber von Angeklagtem und Richter, darzulegen.“⁹⁵

Etwas verkürzt bedeutet dies: Menschenwürdekonform sei grundsätzlich nur eine vom Gericht eigenständig bemessene Strafe. Eine zu hoch, vielleicht sogar eine zu milde bemessene⁹⁶ Strafe verletze den Angeklagten hingegen in seiner Menschenwürde. Daran ist ohne weiteres anschlussfähig, dass eine schuldunangemessen zu hohe Strafe verfassungswidrig ist; ebenfalls ist ohne weiteres anschlussfähig, dass dem verfahrensrechtlichen Gehalt der den Schuldpruch (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG) und die Sanktionierung betreffenden Grundrechte (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 14 GG) zu entsprechen ist. Es fehlt allerdings auch in diesem jüngsten Beschluss des 2. Senats an einer Begründung, warum *nur* das Gericht eine schuldangemessene Strafe festsetzen kann, warum *nur* das Gericht die Persönlichkeit des Täters umfassend berücksichtigen kann, und warum der

⁹⁴ BVerfGE 83, 24, 33.

⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rz. 58.

⁹⁶ Vgl. hierzu *Landau*, NStZ 2014, 425, 428 sowie die kritische Analyse *Burchards* (Anm. 8), S. 27, 52 bei und mit Fn. 91.

Angeklagte nicht die Persönlichkeitswürdigung durch die Verwaltung akzeptieren und auf gerichtliche Bestätigung verzichten kann. Denn auch bei einer bloßen Anfechtungsmöglichkeit wäre die Forderung des Bundesverfassungsgerichts erfüllt, dass „für den Angeklagten das Recht gewährleistet [ist], insbesondere rechtfertigende, entschuldigende oder strafmildernde Umstände dem Gericht persönlich, im Gegenüber von Angeklagtem und Richter, darzulegen.“⁹⁷

All das offenbart zugleich ein grundsätzliches Defizit der Gewährleistung eines „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ – enthält diese nämlich bislang doch recht viel an „freier Rechtsfindung“, an richterlicher Bewertung der Sinnhaftigkeit einfachen Verfahrensrechts und auch an richterliche Behauptung, aber erstaunlich wenig an konkreten Gewährleistungsinhalten⁹⁸.

3. Dritter Schritt – Rechtsstaatsprinzip, Optimierungsgebot und Evolution des Rechts

Wie lässt sich die Gewährleistung eines „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ daher weiter auf verfassungsrechtlicher Grundlage anreichern? Mein Vorschlag ist, hierzu das Rechtsstaatsprinzip heranzuziehen⁹⁹. Dieses ist nicht nur ein summativer, kernloser Oberbegriff¹⁰⁰; es besagt auch mehr als die bloße Bindung sämtlicher staatlicher Eingriffe an „Recht und Gesetz“. Im Sinne eines materiellen oder integralen Rechtsstaats ist vielmehr der formelle Rechtsstaatsbegriff um Weiteres anzureichern¹⁰¹; dabei werden so diverse Aspekte genannt wie ein umfassender und facettenreicher Grundrechtsschutz¹⁰², Sozialstaatlichkeit¹⁰³, Freiheitlichkeit¹⁰⁴ oder auch die Gewaltenteilung¹⁰⁵. Diese Vermischung mit „andernorts schon [G]eregel[em]“¹⁰⁶ führt jedoch dazu, dass das Rechtsstaatsprinzip

97 So der Maßstab in BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rz. 58.

98 Exemplarisch BVerfGE 17, 108, 117 f.; 46, 325, 334 f.; 52, 380, 389 f.; ferner *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Band II, 2. Aufl. 2009, § 45 Rdn. 31 ff.

99 Dabei wird nicht verkannt, dass auch dem Rechtsstaatsprinzip eine unzureichende Verankerung im Wortlaut des Grundgesetzes vorgeworfen wird; vgl. nur *Schnapp*, in: *von Münch/Kunig* (Anm. 17), Art. 20 Rdn. 32.

100 So aber insbesondere *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 457 ff.

101 Umfassend *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, passim.

102 Exemplarisch *Karpen*, Der Rechtsstaat des Grundgesetzes, 1992, S. 38 f.

103 Exemplarisch *Lecheler*, Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur „Radbruchschen Formel“, 1994, S. 21.

104 Exemplarisch *Karpen* (Anm. 102), S. 33.

105 Exemplarisch *Šarčević*, Begriff und Theorie des Rechtsstaats, 1991, S. 51.

106 So *Sobota* (Anm. 101), S. 449.

als dem das „Grundgesetz beherrschenden Grundsatz“¹⁰⁷ an Prägnanz verliert¹⁰⁸. Zielführend erscheint mir vielmehr die These *Saligers*, dass die Radbruchsche Formel¹⁰⁹ einen „Kompromiß zwischen einem formalen und einem materialen Rechtsstaatsverständnis“ ermögliche¹¹⁰: „Der Rechtsstaatsbegriff ist nicht länger gerechtigkeitsblind, sondern gewinnt über den Verweis auf übergesetzliches Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit auch an inhaltlicher, integraler Substanz. Dabei wird das Rechtsstaatsprinzip aber auch nicht überladen“ – nicht einmal mit einer spezifischen Gerechtigkeitsvorstellung¹¹¹ –, „denn die Radbruchsche Formel anerkennt die Normsetzungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und greift nur in Fällen evidenten Unrechts ein.“¹¹²

Recht darf nicht nur als statisches Konstrukt verstanden werden, sondern ist stets in seiner fortdauernden Evolution, also in seiner Veränderung insbesondere durch den Gesetzgeber zu begreifen¹¹³. Betrachtet man nun den Maßstab der Radbruchschen Formel zusätzlich als finale Zielrichtung – verkürzt: Recht soll der Gerechtigkeit dienen – oder versteht man, mit *Otto Bachof*, den Rechtsstaat als „de [n] auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zielende[n] Staat“¹¹⁴, so lässt sich auch ein Gestaltungs- bzw. ein Optimierungsauftrag an den Gesetzgeber herleiten¹¹⁵. Denn soweit Recht als „Wille zur Gerechtigkeit“¹¹⁶ zu verstehen ist, so soll sich dies daher insbesondere in jeder Änderung des Rechts manifestieren. Ein jedes neues Gesetz ist nach diesem Verständnis des Rechtsstaatsprinzips somit *von Verfassungs wegen* dazu gehalten, ein Mehr an Gerechtigkeit als der *status quo* zu bewirken oder wenigstens bewirken zu wollen.

Angesichts der sich wandelnden technischen, gesellschaftlichen, politischen aber auch normativen Rahmenbedingungen sind dabei die Gestaltungsspielräu-

107 BVerfGE 23, 353, 373.

108 Kritisch insbesondere *Heyde*, Festschrift für Redeker, 1993, S. 187, 199; *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rdn. 109ff. sowie *Naucke*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 412.

109 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105, 107 = *Kaufmann* (Hrsg.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe. Bd. 3 (bearb. *Hassemer*), S. 83, 89.

110 *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 82.

111 In diese Richtung aber *Karpen* (Anm. 102), S. 97.

112 *Brodowski*, in: *Fromholzer/Preis/Wisioerek* (Hrsg.), Noch nie war das Böse so gut, 2012, S. 107, 113.

113 Dies ist nicht zu verwechseln mit einer evolutorischen Rechtstheorie. Zu jener siehe *Abegg*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 401.

114 *Bachof*, VVDStRL 12 (1954), S. 37, 39, unter Verweis auf *Hans Peters*.

115 *Brodowski* (Anm. 112), S. 107, 113.

116 *Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: *Dreier/Paulson* (Hrsg.), Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2. Aufl. 2003, S. 209 (Dritte Minute) = *Kaufmann* (Hrsg.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe. Bd. 3 (bearb. *Hassemer*), S. 78.

me vielfältig; die hier vertretene These darf daher auch keinesfalls mit einem „in dubio pro libertate“ oder einem „bestmöglichen Grundrechtsschutz“ durch Verfahrensgestaltung¹¹⁷ verwechselt werden. Denn es kann eine neue Strafnorm notwendig geworden sein, um Gerechtigkeit herzustellen; es kann eine verstärkte Beteiligung des Geschädigten im Strafverfahren dazu beitragen, größere Gerechtigkeit herzustellen; es kann eine verbesserte Sachverhaltsaufklärung zu größerer Gerechtigkeit beitragen; und es kann ein Mehr an Verfahrensrechten für den Beschuldigten zu größerer Gerechtigkeit beitragen. Gerechtigkeit ist kein objektiv messbares Konstrukt; Gerechtigkeit ist ein vielschichtiger, ja diffuser Begriff – und ein Verstoß gegen einen Willen zur Gerechtigkeit ist ebenfalls schwerlich greifbar.

Handelt es sich daher bei diesem Optimierungsauftrag nur um ein diskursives Element, das mangels hinreichender Ausdifferenzierung¹¹⁸ insbesondere im Wege einer Verfassungsbeschwerde nicht rügefähig wäre?

Meiner Ansicht nach nein – im Verfassungsrecht sind objektiv messbare Größen eher die Seltenheit; Abwägungs- und Bewertungsmaßstäbe hingegen weit verbreitet. So böte sich auch an dieser Stelle zum einen ein Offensichtlichkeitsmaßstab an¹¹⁹, der zugleich ein hohes Maß an *judicial self-restraint* gewährleisten würde bei der Prüfung, ob der Gesetzgeber denn gegen einen Willen zur Gerechtigkeit verstoßen habe. Zum anderen aber erscheint es mir zur langfristigen Verwirklichung einer Optimierung als wesentlich, dem Gesetzgeber aufzuerlegen, die mehrpoligen Ausprägungen der Gerechtigkeit – Verfahrensgerechtigkeiten, Ergebnisgerechtigkeiten – jedenfalls zu berücksichtigen und dabei auch das Zusammenspiel verschiedener Gesetzesänderungen zu beobachten. Letzteres verböte somit zwar eine „Salamitaktik“ oder ein „Rosinenpicken“ des Gesetzgebers *nur* zu einem Mehr an Sanktionierung verbunden mit einem Weniger an Verfahrensrechten, stünde jedoch Systemänderungen, umfassende Reformen oder Paradigmenwechsel nicht entgegen.

Somit trägt ein solches rechtsstaatliche Optimierungsgebot auch zu einer „weichen“¹²⁰ Konstitutionalisierung strafrechtsdogmatischer Grundannahmen bei: Es bewahrt diese von Verfassungs wegen, soweit sie ohne Wille zur Gerech-

117 In diese Richtung BVerfGE 53, 30, 75 (Sondervotum *Simon/Heußner*).

118 Zu diesem Maßstab siehe *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 42. Lfg. 2013, § 90 BVerfGG Rdn. 114, 116.

119 Zu einem verfassungsrechtlichen Offensichtlichkeitsmaßstab im Kontext des normkritischen Rechtsgutsbegriffs siehe *Jahn*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Anm. 8), S. 63, 80 ff.

120 „Weich“ sei hier im selben Sinne verstanden wie beim völker- und europarechtlichen Konzept des „soft law“; siehe hierzu, statt vieler, *Schwarze*, EuR 2011, 3.

tigkeit aufgegeben werden sollen. Wenn jedoch der Gesetzgeber getragen von einem Willen zur Gerechtigkeit bestrebt ist, über strafrechtsdogmatische Grundannahmen zu disponieren und etwa die Konzepte von Strafe und Schuld weiterzuentwickeln¹²¹, so tritt dem das Optimierungsgebot nicht entgegen, sondern fördert vielmehr eine derartige Evolution des Rechts¹²².

4. Fazit

Was folgt nun aus diesem rechtsstaatlichen Optimierungsgebot für die Entscheidungszuweisung an die Verwaltung respektive an die Gerichte? Die *lex lata* der Entscheidungszuweisung primär zu den Gerichten bei Kriminalstrafen, primär zur Verwaltung bei Ordnungswidrigkeiten führt – trotz all den gegebenen Unzulänglichkeiten – zu einem vergleichsweise gerechten System; die Vorteile des *status quo* etwa für eine bessere Gewährleistung einer Verfahrensgerechtigkeit sind dargelegt. Jede Gesetzesänderung aber, die diesbezüglich einen Systembruch zu bewirken suchte, müsste hingegen dem aufgezeigten rechtsstaatlichen Optimierungsgebot entsprechen. Jeder solchen Systemveränderung müsste ein „Wille zur Gerechtigkeit“ zu entnehmen sein – also ein Wille, ein noch besseres, ein noch gerechteres System zu entwickeln. Das ist zwar gut vorstellbar in spezifischen Bereichen wie Verfahrensabsprachen im Strafprozess¹²³, nicht hingegen bei einer grundsätzlichen Verlagerung der Entscheidung über Schuld und Strafe weg von den Gerichten und hin zur Verwaltung. Nicht Art. 92 GG, sondern das Gebot eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren kombiniert mit dem rechtsstaatlichen Optimierungsgebot verbietet es daher – jedenfalls ab einer bestimmten Schwere –, die (Erst-)Entscheidung über Schuld- und Sanktionsausspruch umfassend der Verwaltung zuzuweisen.

Anmerkung: Der Beitrag basiert auf einem Vortrag im Wintersemester 2015/2016 im traditionellen „Dienstagsseminar“ des Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Mein Dank gilt den Professoren Burchard, Jahn, Neumann und Prittitz sowie meinen Kollegen Schmitt-Leonardy und Ziemann für sehr wertvolle Anregungen.

121 Vgl. etwa *Jahn* (Anm. 13), S. 7, 33 ff.

122 Zur Weiterentwicklung des Strafrechts durch experimentelle Gesetzgebung wegweisend *Nieto Martín*, in: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Anm. 8), S. 97.

123 Siehe hierzu oben I. 2. b).