



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT FREIBURG

JURISTISCHE FAKULTÄT  
Institut für Kriminologie und  
Wirtschaftsstrafrecht

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**  
**In cotutela con: Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht**  
**Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität**  
**Freiburg**

XXVII ciclo

Tesi di Dottorato

**DIE (UN)VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER STRAFE**  
**EINE VERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG ANHAND**  
**KONKRETER FÄLLE**

*Relatori*

*Prof. Dr. Alessandro Melchionda*

*Prof. Dr. Roland Hefendehl*

*Dottoranda*

*Chiara Bongiorno*

anno accademico 2011-2012



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidata: Chiara Bongiorno**

**DIE  
(UN)VERHÄLTNISMÄßIGKEIT  
DER STRAFE  
EINE VERGLEICHENDE  
UNTERSUCHUNG ANHAND  
KONKRETER FÄLLE**

**Relatore Prof. Dr. Alessandro Melchionda  
Prof. Dr. Roland Hefendehl**



**Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto**

**XXVII ciclo**

**Esame finale: 05/03/2015**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Roland Hefendehl, Università di Friburgo in Brisgovia**

**Prof. Jens Puschke, Università di Friburgo in Brisgovia**

**Prof. Alessandro Melchionda, Università di Trento**

**Prof. Francesco Viganò, Università di Milano**



DIE (UN)VERHÄLTNISMÄßIGKEIT DER STRAFE

EINE VERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG ANHAND KONKRETER FÄLLE

INHALTSVERZEICHNIS

	S.
ABSTRACT .....	xii
EINLEITUNG .....	1
TEIL I	
RECHTSPHILOSOPHISCHE GRUNDLAGEN DER VERHÄLTNISMÄßIGKEIT .....	3
KAPITEL I	
DIE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS ARGUMENT IM DIENSTE DER STRAFTHEORIEN .....	5
1. Einleitung: Die Elastizität des Konzepts der Verhältnismäßigkeit .....	5
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Straftheorien .....	9
2.1. Die absoluten Theorien .....	9
2.1.1. Die desert theory .....	11
2.1.1.1. Das Modell von Michael Davis .....	13
2.1.1.2 Die Analyse von Robinson und Darley und die „Intuition“ der desert theory .....	26
2.2. Die Theorie der Tatproportionalität .....	34
2.2.1. Der Grundgedanke der Tatproportionalität als Möglichkeit einer retributiven Erklärung der Strafe .....	35
2.2.2. Ordinale und kardinale Proportionalität .....	37
2.3. Die präventiven Theorien und das Konzept der Verhältnismäßigkeit .....	39
2.4. Ein tertium genus innerhalb der klassischen Zweiteilung zwischen absoluten und relativen Straftheorien: die expressiven Straftheorien .....	42
SINTESI .....	45

TEIL II	
DIE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS PRINZIP IN DER ITALIENISCHEN RECHTSPRECHUNG .....	47
 KAPITEL I	
EINFÜHRUNG IN DIE URSPRÜNGE DES VERHÄLTNISMÄßIGKEITSGRUNDSATZES .....	49
1. Prämisse .....	49
2. Die Ursprünge .....	50
2.1. <i>Deutsches Polizeirecht und öffentliches Recht – kurze Hinweise</i> .....	50
2.2. <i>Die Entwicklung des Grundsatzes innerhalb der europäischen Rechtsprechung zum öffentlichen Recht – kurze Hinweise</i> .....	53
 KAPITEL II	
ZUR FRAGE NACH EINEM <i>EINDEUTIGEN</i> BEGRIFF DER VERHÄLTNISMÄßIGKEIT IM ITALIENISCHEN STRAFSYSTEM EINE UNTERSUCHUNG DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN RECHTSPRECHUNG UND DER LEHRE .....	55
1. Präambel: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Strafen .....	55
2. Ausblick auf die vom Verfassungsgerichtshof vertretenen Meinungen .....	60
3. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes bis zum Ende der 1990er Jahre .....	62
4. Die Selbstbeschränkung des Verfassungsgerichtshofes ab dem Jahr 2000 .....	72
4.1. <i>Das Urteil Nr. 47 von 2010 über das Mindeststrafmaß der Straftat der Falschaussage</i> .....	74
5. Kritische Erwägungen .....	79
SINTESI .....	82

TEIL III

DIE VERSCHIEDENEN BEDEUTUNGEN DER VERHÄLTNISMÄßIGKEIT

IM DEUTSCHEN STRAFSYSTEM ..... 85

KAPITEL I

DIE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS ULTIMA RATIO DES STRAFRECHTS ..... 87

1. Prämisse ..... 87

2. Die Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Geschwistern ..... 90

2.1. *Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers und seine Kontrolle durch das BVerfG* ..... 92

2.2. *Das deutsche Inzestverbot vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Schutz der Moral als Rechtfertigung für den Eingriff in das Privat- und Familienleben ...* 100

2.3. *Der Vorschlag des Deutschen Ethikrats: Entkriminalisierung des Inzestverbots zwischen erwachsenen Geschwistern* ..... 105

2.4. *Kritische Betrachtungen der Ratio des Inzestverbots und der Prüfung seiner Verhältnismäßigkeit* ..... 108

3. Die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB) als Straftat und die Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit ..... 111

3.1. *Prämisse: Vorverlagerung der Strafbarkeit, ultima ratio und Verhältnismäßigkeit ....* 111

3.2. *Ratio und Zweck der Strafnorm* ..... 114

3.3. *Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Strafvorschrift des § 89a StGB* ..... 117

3.4. *Der subjektive Tatbestand als Grundlage der Verhältnismäßigkeit* ..... 122

4. Die Unverhältnismäßigkeit der Freiheitsstrafe im Fall der Ehrverletzung durch Presseartikel unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ..... 124

KAPITEL II

VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ZWISCHEN SCHWERE DER TAT, SCHULD DES

TÄTERS UND STRAFMAß – DIE „UNERTRÄGLICHKEIT“ DER STRAFE ..... 129

1. Prämisse – die *Unerträglichkeit*: ein bekannter negativer Begriff ..... 129

## INHALTSVERZEICHNIS

2. Die Verhältnismäßigkeit einer einmaligen „unangemessen harten“ Strafe – Die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Geldstrafen für Ersatzdienstverweigerung .....	134
3. Verfassungsgemäße Regelung des <i>Bagatteldiebstahls</i> .....	136
4. Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts und die neuen Strafrahmen .....	139
4.1. <i>Schwerer Raub § 250 StGB – die neue Fassung und ihre „Rechtsfolgenlösung“</i> .....	141
5. Strafzumessung als schöpferischer Akt? .....	143
5.1. <i>Die Theorien der Strafzumessung</i> .....	147
6. Strafermäßigung bei Mord .....	151
6.1. <i>Die Tatbestandsmerkmale und ihre verfassungsorientierte Auslegung</i> .....	152
SINTESI .....	159

## TEIL IV

DER ÜBERNATIONALE ZUSAMMENHANG UND DAS VERBOT GROB UNVERHÄLTNISSMÄßIGER STRAFEN .....	163
------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## KAPITEL I

DIE UNVERHÄLTNISSMÄßIGKEIT ALS UNMENSCHLICHKEIT – DER FALL DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE .....	165
------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

1. Der übernationale Zusammenhang und das Verbot grob unverhältnismäßiger Strafen: ein Überblick .....	165
2. Die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe in Italien .....	167
2.1. <i>Die Verurteilung zu (wirklich) lebenslanger Haft: die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit auf vorzeitige Entlassung</i> .....	172
3. Die lebenslange Freiheitsstrafe in Deutschland: die Entscheidung des BVerfG als Basis für die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte .....	174
4. Der Begriff der „grob oder offensichtlich unverhältnismäßigen“ Strafe in den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Der Fall Vinter und Andere gegen das Vereinigte Königreich .....	179
5. Mögliche Auswirkungen auf die italienische Rechtsordnung .....	185

## INHALTSVERZEICHNIS

SINTESI .....	189
KONKLUSION .....	191
QUELLENVERZEICHNIS .....	195

## ABSTRACT

Nel presente lavoro è stato approfondito il ruolo del principio di proporzionalità nel campo delle sanzioni, attraverso un confronto con il sistema penale tedesco e con i principi derivanti dal piano sovranazionale.

Partendo da un'analisi dei fondamenti giuridico-filosofici del principio in questione, si è voluto mettere in evidenza la fungibilità dello stesso nelle argomentazioni di posizioni teoriche anche distanti tra loro. Minimo comun denominatore di tali impostazioni risiede nell'attribuzione alla nozione di proporzionalità del concetto di giustizia e razionalità.

Nel prosieguo della trattazione si è analizzato il ruolo del principio di proporzionalità all'interno del sistema giuridico italiano, ed in particolare il ruolo svolto dallo stesso nelle pronunce della Corte Costituzionale, ove il concetto di proporzionalità viene adoperato quale sinonimo di ragionevolezza. Rimanendo sul piano delle pronunce di costituzionalità sulle pene, si è analizzata la nozione di proporzionalità quale *ultima ratio* del diritto penale, come elaborata dai tribunali tedeschi, nonché dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Sebbene al legislatore venga riservato un discreto margine di discrezionalità nel campo della scelta dei comportamenti da punire (come mostrano i casi dell'incesto e della preparazione di un grave atto violento idoneo a mettere pericolo l'integrità dello stato), la possibilità di svolgere il controllo prima di proporzionalità in senso ampio (ove si valuti l'idoneità e la necessità della norma penale rispetto ad un determinato scopo di tutela) e poi di proporzionalità in senso stretto (ove si valuti l'opportunità in sé della "intromissione" del legislatore, rispetto alla lesione di diritti che ne consegue) fa sì che l'esame della proporzionalità si possa riempire di sostanza e pertanto se ne delineano le caratteristiche che lo renderebbero percorribile anche nel sistema italiano.

Di seguito viene maggiormente sviluppata la nozione di *proporzionalità* quale *sproporzionalità* della pena nell'ordinamento tedesco, ovvero nella sua accezione negativa. In sede di *Strafzumessung* un giudizio di proporzionalità nel senso del raggiungimento di quel perfetto rapporto tra colpa del reo, gravità del fatto di reato e *quantum* di pena rischia di fallire: molto più spesso la proporzionalità viene infatti ad

#### ABSTRACT

essere meglio definita attraverso il ricorso alla sua accezione negativa, della *sproporzionalità* della pena, nel senso della sua *insopportabilità*. Tale nozione potrebbe costituire il parametro per un giudizio – da far valere in sede di esame di legittimità e di costituzionalità – sulla plausibilità delle pene già commisurate.

Sul piano sovranazionale il concetto di *sproporzionalità* della pena si arricchisce di un ulteriore significato: il riferimento alla nozione di “inumanità” della stessa. Prendendo le mosse dall’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea in base al quale la pena non deve essere sproporzionata rispetto al reato, si giunge all’analisi dell’interpretazione più recente della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, dove il giudizio di manifesta sproporzionalità della pena viene ancorato all’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

## EINLEITUNG

Der Begriff der *Verhältnismäßigkeit* stellt häufig einen dialektischen Notbehelf dar, um eine These zur Ratio der Strafe zu stützen. Dabei wird er meist in seiner allgemeinen, d.h. nicht fachsprachlichen Form gebraucht. Er bezeichnet somit, oft ohne jeden technischen Zusammenhang, die Beziehung zwischen zwei Größen.

Wendet man sich hingegen kurz einem anderen Bereich zu, dann kann beispielsweise festgestellt werden, dass ein Mathematiker den Begriff der *Proportionalität* (also die lateinische Variante des Wortes „Verhältnismäßigkeit“) keinesfalls im untechnischen Sinne verwendet: Mit der Anwendung dieses Begriffs schließt er all seine Charakteristiken ein, die sich durch den Erwerb und die Weiterentwicklung der mit ihm verbundenen wissenschaftlichen Kenntnisse gebildet haben.

Bedeutet dies aber umgekehrt, dass *Verhältnismäßigkeit* im Bereich der Rechtswissenschaften, genauer auf dem Gebiet der Strafe, eine ähnlich fachspezifische Bedeutung hat, d.h. ein klar definierter Fachterminus ist?

Oder ist es vielmehr so, dass Gerichte über ein ebenso vages Verständnis des Begriffs *Proportionalität* verfügen wie die anfangs erwähnte Allgemeinheit, die sich hierauf bezieht, um eine ausgeglichene Beziehung zwischen zwei Größen zu beschreiben?

Vertreter der Ansicht, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Strafe durchaus zur Anwendung kommen sollte, werden vor allem dahin gehend kritisiert, dass der Grundsatz durch das Rechtssystem nicht ausdrücklich normiert ist.

Damit soll nicht gesagt werden, dass der Begriff, dessen Eigenschaften eben unter Einbezug sowohl der Lehre als auch der Rechtsprechung zu analysieren sind, kein technischer sein kann.

Dieser Frage nach seiner Normierung sei die Ansicht entgegenstellt, dass es sich beim Begriff der *Verhältnismäßigkeit*, vor allem im Bereich des Strafrechts, um eine „selbstverständliche“ Prämisse handele, die dem gesamten Charakter der Institution Strafe zugrunde liege. Als solcher würde der Begriff gar keiner Klärung bedürfen: Dass die Strafe in einem angemessenen Verhältnis zur Straftat stehen muss, ist, so könnte man sagen, genauso offensichtlich wie der Umstand, dass die Strafe für den Verurteilten ein Übel bedeutet.

Oder ist das Fehlen der Normierung vielleicht auf der Furcht davor begründet, einen Begriff zu festigen, der an sich relativ ist? Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Verhältnismäßigkeit um die Beziehung zwischen zwei Größen. Wie sie in den Einzelfällen aussehen kann, hängt also von den Werten der jeweiligen Bezugsgrößen ab. *Verhältnismäßigkeit* zu positivieren, könnte daher im besten Fall bedeuten, eine Bedeutung oder einen Begriff zu formen, der, für sich genommen, wandelbar ist, d.h. Grenzen und Eigenschaften hat, die unmöglich endgültig definiert werden können. Im schlimmsten Fall könnte dies heißen, eine banale, da allzu variable Formel aufzustellen.

All dieser Schwierigkeiten zum Trotz ist mit Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union der Versuch einer Definition des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unternommen worden: „*Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.*“

Dieser Grundsatz wirft jedoch wieder die Frage auf, wie das Prinzip - diesmal in seiner negativen Version benannt - mit Bedeutung zu füllen wäre. Es liegt nahe, eine Antwort hierauf auf den verfassungsrechtlichen Ebenen der Rechtsprechung zu suchen. Dabei gibt eine vergleichende Untersuchung (zwischen der deutschen, italienischen und europäischen Rechtsordnung), um die Vielfalt der Bedeutungsmöglichkeiten zu erkennen.

Ob sich hierunter eine allgemeingültige Auslegung der Verhältnismäßigkeit der Strafe verbirgt, die zugleich für das Einfordern von Grundrechten brauchbar wäre, soll im Folgenden herausgestellt werden.

TEIL I

TEIL I

RECHTSPHILOSOPHISCHE GRUNDLAGEN DER  
VERHÄLTNISMÄßIGKEIT

# TEIL I

KAPITEL I

DIE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS ARGUMENT IM DIENSTE  
DER STRAFTHEORIEN

1. *Einleitung: Die Elastizität des Konzepts der Verhältnismäßigkeit*

Der Grundsatz oder der Begriff der *Verhältnismäßigkeit* wird von den Strafretheoretikern häufig als ein Schlüsselargument zur Untermauerung der Richtigkeit ihrer straftheoretischen Positionen verwendet. Das Argument der Verhältnismäßigkeit wird dabei als wesentlicher (in erster Linie argumentativer, dialektischer) Anknüpfungspunkt im Bereich der Rekonstruktion der *Strafratio* und der Straffunktion benutzt, womit eine bestimmte Strafretheorie erklärt und gerechtfertigt werden soll. Es ist interessant – aber zugleich Verwirrung stiftend –, dass das Konzept der Verhältnismäßigkeit zugleich als Rechtfertigungsgrundlage von zueinander im Gegensatz stehenden Theorien verwendet wird. Von den absoluten über die sogenannten expressiven bis zu den relativen Strafretheorien: In der Tat spielt das Argument der Verhältnismäßigkeit in jeder von ihnen eine maßgebliche Rolle. Die Strafretheoretiker machen sich dabei die Anpassungsfähigkeit und die Elastizität des Begriffs der *Verhältnismäßigkeit* zunutze. Dies betrifft meist entscheidende, heikle und kritische Passagen ihrer Argumentation, deren Bewältigung – hin zu einem rationalen Theoriegebilde – häufig nichts anderes als das Erscheinen eines *Deus ex Machina* erfordert, der das komplexe Gedankengeflecht zu entwirren vermag. Genau dann wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – oftmals ein *Alter Ego* des vielleicht außer Mode gekommenen Begriffs *Gerechtigkeit* – zu Rate gezogen.

Dabei könnte bei der Betrachtung der Definition „Verhältnismäßigkeit“ der italienischen Enzyklopädie *Treccani* vermutet werden, dass der Begriff keine

Missverständnisse hinsichtlich seiner Bedeutung zulässt und somit für die parallele Verwendung des Konzepts in so unterschiedlichen Theorien ungeeignet ist. Die Definition lautet: „*Verhältnismäßigkeit: aus dem Spätlateinischen [proportionalitas – atis]. – Verhältnis, das zwischen Sachen oder Größen besteht, die zueinander proportional sind: Verhältnismäßigkeit der Strafe zur Schwere der Schuld;*“<sup>1</sup>. Mit dieser Definition scheint die italienische Enzyklopädie eine langjährige Diskussion rund um die Begriffsdefinition der Verhältnismäßigkeit dadurch besiegeln zu wollen, dass sie den Verhältnismäßigkeitsmaßstab der Strafe kurzum mit der „Schwere der Schuld“ identifiziert. Es kann sich natürlich nur um eine Vereinfachung handeln – sie ist in erster Linie auf die Anforderung an enzyklopädische Definitionen, kurz zu sein, zurückzuführen –, die lediglich als Ausgangspunkt für eine Vertiefung der Straftheorien dienen kann. Es handelt sich aber auch um eine Definition, die, wie nachfolgend noch gezeigt werden wird, überdacht werden muss<sup>2</sup>. Damit soll vorausgeschickt werden, dass es zwar ein Mindestmaß an Einverständnis bezüglich der Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit innerhalb der Strafrechtsordnung gibt, dass aber darüber hinaus die straftheoretischen Positionen stark variieren.

Aus der Materie des Verwaltungsrechts – insbesondere aus dem Bereich der Maßnahmen im Polizeirecht<sup>3</sup> – entspringt die grundsätzliche Unterscheidung zwischen der Verhältnismäßigkeit im weiteren und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne<sup>4</sup>. Erstere bezieht sich auf das Erfordernis der Rechtmäßigkeit, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit einer Maßnahme; zweitere dagegen betrifft das enge Verhältnis zwischen der Wirkung einer Maßnahme und den individualrechtlichen Positionen, die dadurch verletzt werden können, also eine Art Kosten-Nutzen-

---

<sup>1</sup> „Proporzionalità“, Verhältnismäßigkeit, nach der Enzyklopädie „Treccani“, abrufbar unter <http://www.treccani.it/vocabolario/proporzionalita/>, letzte Einsicht: 31.01.2015. Nach dem deutschen „Duden“ weist „Verhältnismäßigkeit“ deutlich auf die „Angemessenheit“ und auf die „Entsprechung“ eines Mittels hin, s. *Duden online*, abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Verhaeltnismaeszigkeit>, letzte Einsicht: 31.01.2015.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu insbesondere die Überlegungen zum Thema Strafzumessung in Teil 3, Kap. 2.

<sup>3</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità (dir. amm.)*, *Diritto online 2012*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), abrufbar unter: [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm\\_%28Diritto\\_on\\_line%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_%28Diritto_on_line%29/), letzte Einsicht: 31.01.2015.

<sup>4</sup> Für einen Überblick auf die Ursprünge und die Grundzüge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit s. in erster Linie V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, *www.treccani.it*, Libro dell’anno del diritto 2013, abrufbar unter: [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-scelte-sanzionatorie-e-sindacato-di-legittimita\\_%28Il\\_Libro\\_dell%27anno\\_del\\_Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-scelte-sanzionatorie-e-sindacato-di-legittimita_%28Il_Libro_dell%27anno_del_Diritto%29/), letzte Einsicht: 31.01.2015.

Rechnung der Maßnahme. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne bezieht sich zunächst auf die Wahl sowohl der Art der Strafe als auch des Rechtsgebiets, dessen Normen angewandt werden müssen. Sie betrifft somit grundsätzliche Entscheidungen, wie beispielsweise zwischen einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe oder einer strafrechtlichen und einer verwaltungsrechtlichen Strafe. Diese Prämissen, die sicherlich fundamentale Fragestellungen des Studiums des Strafrechts und seines Verhältnisses zu anderen Rechtsbereichen darstellen, werden jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. In diesem Kapitel wird das Problem der Verhältnismäßigkeit zunächst weder unter dem Gesichtspunkt der strafrechtlichen Grundsätze der Subsidiarität und der *Extrema Ratio* behandelt noch unter dem Aspekt der Grundsätze der Eignung und der Notwendigkeit der Strafe. Dieses Kapitel wird den Begriff der *Verhältnismäßigkeit* vielmehr im Rahmen der Freiheitsstrafe und deren Angemessenheit behandeln. Auch mit Rücksicht auf die diesbezüglich lebhaften Debatten wird erörtert, welches Maß an Freiheitsentzug im Verhältnis zum Zweck, der der Freiheitsstrafe zugesprochen wird, geeignet und notwendig ist.

Die Erörterung setzt in erster Linie eine Auseinandersetzung mit den Themen der *Strafratio* und des Strafzwecks voraus, wie sie bereits durch die theoretischen Ausarbeitungen verschiedener Vertreter der italienischen und europäischen Rechtslehre unternommen wurde. Nach dem Verständnis der absoluten Theorien liegt die Aufgabe der Rechtsordnung darin, auf das strafrechtliche Vergehen mit einer Strafe zu reagieren, um einen Ausgleich zu bewirken. Gemäß dieser Auffassung misst sich das Ausmaß der Strafe am Ausmaß des Tatbestands. Aber nicht nur diese Theorie greift auf das Konzept der Verhältnismäßigkeit erkennbar zurück: Auch in den präventiven Theorien „hat die Verhältnismäßigkeit zwischen Strafhandlung und Strafe eine gewisse Relevanz, wenn nicht jene eines essentiellen Merkmals, so doch jene einer Grenze innerhalb der Straffunktion“<sup>5</sup>. Zu diesem Thema äußerte sich bereits Beccaria, der eine Auffassung über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit utilitaristischer Prägung vertritt. Den Strafzweck sah er in der Verhinderung weiterer Straftaten. „*Es liegt nicht nur im Interesse Aller, dass keine Verbrechen begangen*

---

<sup>5</sup> In diesem Sinne auch ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Mailand, 1983, S. 164; sowie A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1979, S. 1189, jetzt in *derselbe, Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Bd. III, Mailand, 2009, S. 945.

## TEIL I

werden, sondern auch, dass sie in dem Maße seltener vorkommen, als sie der Gesellschaft schädlicher sind. Es müssen also die Hindernisse, welche die Menschen von Verbrechen abhalten sollen, umso größer sein, je größeren Schaden diese der Gesamtheit zufügen, je stärker der Antrieb ist, aus dem sie hervorgehen. Die Strafen müssen also in richtigem Verhältnis zu den Verbrechen stehen<sup>6</sup>. Und weiter: „Wenn eine und dieselbe Strafe auf zwei Verbrechen gesetzt wird, welche die Gesellschaft in ganz verschiedener Weise verletzen, wird dem Menschen auf dem Wege zu den größeren Verbrechen kein stärkeres Hindernis aufstoßen, während vielleicht ein größerer Vorteil dabei zu erreichen ist<sup>7</sup>. Während aus Sicht der Spezialprävention die Grenzen der Verhältnismäßigkeit dazu dienen, die Umerziehung und die Resozialisierung des Rechtsbrechers effektiv und wirksam zu gewährleisten<sup>8</sup>, erzeugt aus Sicht der Generalprävention eine übermäßig schwere Strafe im Rechtsbrecher nicht etwa eine stärkere Abschreckung, sondern vielmehr ein Gefühl des Unverständnisses und der Unduldsamkeit. Aber nicht nur das: Eine übermäßig schwere Strafe kann dazu führen, dass die Werteskala – die in den Gesetzen abgebildet ist und auf die sich die Mitbürger für die Regelung ihrer Angelegenheiten berufen – verfälscht und getrübt wird. Dabei sollten sich die Werte auch im Verhältnis zwischen Art und Ausmaß der Strafe und Art und Ausmaß der Straftat widerspiegeln.

---

<sup>6</sup> C. BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafe*, Wien, 1851, S. 64.

<sup>7</sup> *Ebd.*

<sup>8</sup> F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, zit., S. 165; sowie PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Mailand, 1981, S. 262; FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*, in *Commentario alla Costituzione*, hrsgg. von G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, 1989; M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli Usa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, S. 726.

## 2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Straftheorien

### 2.1. Die absoluten Theorien

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird seit jeher mit dem Vergeltungsprinzip „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ in Verbindung gebracht und gilt dementsprechend als Grundstein *par excellence* für die Gründung einer absoluten Straftheorie<sup>9</sup>. Für den absoluten Theorieansatz liegt die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darin, dass in der Folge einer Straftat ein bestimmtes *Quantum* an Strafe verbüßt werden muss. Das Verhältnis zwischen Strafe und Tatbestand wird als ein Verhältnis zwischen zwei Maßen betrachtet, die miteinander verglichen und gegeneinander abgewogen werden: Demgemäß ist eine Strafe verhältnismäßig, wenn sie als die gerechte Gegenmaßnahme zur Straftat erachtet wird. Die absolute Auffassung richtet ihre gesamte Aufmerksamkeit auf das Verhältnis zwischen Strafe und Tatbestand, unter Außerachtlassung jeglicher darüber hinausreichenden Betrachtung, insbesondere in Bezug auf den Strafzweck. Der Blick richtet sich allein auf das Vergangene und nicht auf das Zukünftige, wie etwa auf die Wirkung der Strafe gegenüber dem Straftäter oder gegenüber der Gesellschaft. Diese absolute Anschauung verdrängt jede utilitaristische Erwägung, um das Augenmerk vollständig auf die Beziehung zwischen Straftat und Strafe zu legen. Als Vater der absoluten Theorien gilt für Teile der Rechtslehre, trotz teilweiser Uneinigkeit, Immanuel Kant<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Für eine Vertiefung des Verhältnisses zwischen der *lex talionis* des Alten Testaments und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, siehe J.M. FISH, *An eye for an eye: Proportionality as a moral principle for punishment*, in *Oxford J Legal Studies*, 2008, 28 (1), S. 57-71.

<sup>10</sup> Für die Rekonstruktion der Debatte siehe: F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l' "antidoto" kantiano*, in F. CAVALLA, F. ZANUSO, S. FUSELLI-VELO DALBRENTA-REGGIO, *Ripensare la pena, Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam 2004, S. 141ff.; D. TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico*, XXIX (2000), S. 55-84; T. HÖRNLE, *Straftheorien*, Siebeck 2011, S. 17; A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, Bd. 16, S. 55-98, The University of Chicago Press, 1992; A. MOSBACHER, *Kants präventive Straftheorie*, ARSP 90, 2004, S. 219; L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwaertigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, Berlin 2009, S. 73ff.; In der Debatte um die Strafrechtfertigung gilt bekannterweise neben Kant, auch Hegel als wichtiger Vertreter des sog. Retributivismus (so, zum Beispiel, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Rom-Bari, 1998, S. 240-45). Hegel behauptete nämlich, dass das Verbrechen eine Verletzung des Rechts und die Strafe nichts anderes als die „Verletzung der Verletzung“ und somit die „Vergeltung“ sei, siehe G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in GW.F HEGEL, *Werke in zwanzig Baenden*, hrsgg. von MOLDENHAUER u. K.M Michel Bd. 77, Frankfurt, 1996. Einige Autoren jedoch (S. FUSELLI, *Hegel come critico della retribuzione*, in CAVALLA-ZANUSO-FUSELLI-VELO DALBRENTA-REGGIO, *zit.*, S. 190ff.) behaupten, dass Hegel der erste Kritiker der im Sinne der *lex*

Insbesondere wurde aus Kants Aussage, wonach der Mensch niemals nur als Mittel zum Zweck gebraucht werden dürfe, sondern jederzeit als Zweck an sich selbst gelten müsse<sup>11</sup>, gefolgert, Kant lehne das utilitaristische Modell<sup>12</sup> zu Gunsten einer Auffassung von Strafe als Rache und Vergeltung für den Schaden an der Gesellschaft ab. Wie schon angedeutet, gehen jedoch die Meinungen bezüglich der Position Kants auseinander<sup>13</sup>. Einige Autoren vertreten die Ansicht, dass Kant zwar die extreme Form des Utilitarismus zurückweise, hingegen die moderate Version der Theorie durchaus annehme<sup>14</sup>. Ein anderer Teil der Rechtslehre aber behauptet, dass aus Kants literarischem Vermächtnis, auch wenn eine systematisch ausgearbeitete Straftheorie fehle, eine eindeutige Aversion gegen jeglichen utilitaristischen oder konsequenzialistischen Gedanken hervorgehe. Dementsprechend messe sich das *Quantum* der Strafe ausschließlich auf der Grundlage des *desert*, also daran, was dem Straftäter im Verhältnis zum Ausmaß seiner Straftat zustehe. Die gesellschaftlichen Vorteile der Bestrafung blieben dabei völlig außer Acht<sup>15</sup>.

Die grundsätzliche Unvereinbarkeit zwischen der absoluten Anschauung Kants und der utilitaristischen Theorie Benthams<sup>16</sup> wurde durch die Analyse von Hart, wie in verschiedenen Kommentaren zu seinem Werk bestätigt wird, überwunden. Das Interesse der Autorin liegt jedoch nicht in der Frage nach dem Ursprung der absoluten

---

*talionis* ausgelegten absoluten Theorie sei, da seiner Aussage nach die Strafe lediglich ausdrücke, was das Verbrechen bereits beinhalte: einen negativen und negierenden Ausdruck des Willens. Zur Vergeltung als Rechtfertigung der Strafe vgl. auch die kritischen Betrachtungen von E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, S. 117 ff.

<sup>11</sup> I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785, 153ff.

<sup>12</sup> Jeremy Bentham, Vater des Utilitarismus und Zeitgenosse Kants, vertrat, dass die Rechtfertigung und die Anwendung der Strafe allein dem Nützlichkeitsprinzip unterliegen müsse: Die Strafe, ein Übel, das nur in Fällen der Notwendigkeit angewandt werden solle, dürfe nur verhängt werden, wenn durch die Strafe ein Vorteil oder ein Nutzen erzielt wird. Für Bentham gilt das reine *desert*, d.h. die Bestrafung für die Tatsache, dass eine Straftat begangen wurde, als inakzeptabel; dabei verleiht seine Theorie des Utilitarismus dem Vorteil der negativen Generalprävention, d.h. der Abschreckung, die durch die Strafverhängung und den Strafvollzug erzielt wird, am meisten Bedeutung. Zur Thematik siehe A. VON HIRSCH, *Proportionality in the philosophy of punishment*, zit., S. 58; J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, Dordrecht/Boston/London 2004, S. 11ff.; J. BENTHAM, *The principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, 1988; J. BENTHAM, *Principles of penal law*, hrsgg. von Bowring, Edinburgh, S. 399, wo Bentham zu folgendem Ergebnis kommt: „the term ‘proportionate’ is more oracular than instructive“.

<sup>13</sup> vgl. hierzu L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin 2009, S. 73 ff; T. HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen, 2011, S. 17.

<sup>14</sup> s. T. HÖRNLE, zit. S.18.

<sup>15</sup> A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, zit., S. 59.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, in *Ethics*, Bd. 93, Nr. 4, 1983, S. 726-752, The University of Chicago Press, S. 732 ff.

Straftheorien, sondern vielmehr nach den Eigenschaften derselben. Dabei sollen im Folgenden die Berührungspunkte mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herausgearbeitet und dessen Einflussnahme auf die absoluten Theorien analysiert werden.

### *2.1.1. Die desert theory*

Der absolute Theorieansatz wurde von einer kürzlich erarbeiteten Theorie einiger Rechtsphilosophen neu aufgegriffen. Im Mittelpunkt der Theorie steht die Ausarbeitung des Konzept des *desert*<sup>17</sup>, womit die gerechte Verteilung von Vorteilen und Nachteilen zwischen den Bürgern, gemessen an ihrem Verhalten gegenüber dem Gesetz, verstanden wird. Gemäß dieser Auffassung werden die Bürger bei Beachtung der Gesetze belohnt. Bei Nichtbeachtung hingegen müssen sie mit einer „rechte[n] Strafe“ rechnen. Die absolute Theorie versteht die Strafe allein Vorwurf, als Rüge an dem Bürger, der gegen das Gesetz verstoßen hat. Der Vorwurf wandelt sich in jenes gerechte, verhältnismäßige Maß an Strafe um, die der Bürger durch die strafbare Handlung automatisch veranlasst hat.

*„Das Konzept des desert liegt tief verwurzelt in unseren alltäglichen moralischen Grundsätzen. Wir sagen, dass Anstrengung Erfolg verdient, Unrechtun Strafe, unschuldiges Leid Mitgefühl oder Entschädigung, Tugendhaftigkeit Zufriedenheit und so weiter. Wir glauben, dass das zu bekommen, was wir uns verdienen, gerecht ist und es nicht zu bekommen, ungerecht ist. Wir glauben ebenso, dass es gut ist, wenn eine Person bekommt, was sie verdient und schlecht, wenn sie es nicht bekommt – auch*

---

<sup>17</sup> Aus dem Englischen „to deserve“, verdienen. Für die Definition des Konzepts sowie mehrfache Literaturverweise siehe <http://plato.stanford.edu/entries/desert/>, unter dem Stichwort *Desert*, erste Veröffentlichung 14. März 2002, überarbeitet am 12. November 2008.

## TEIL I

*wenn ihr etwas Negatives zusteht, wie eine Bestrafung. Wir gehen somit von dem Standpunkt aus, dass es falsch ist, Menschen besser oder schlechter zu behandeln, als es ihnen zusteht und richtig, sie entsprechend ihres Verhaltens zu behandeln. Auf diese und auf andere Weise durchzieht der Begriff des desert in moralischer Hinsicht unser Leben“.*<sup>18</sup>

Überträgt man diese Überlegungen auf die Ebene des Strafrechts, kommt man zum Ergebnis, dass ein Betrüger eine Strafe verdient, genauso wie ein Mörder, dieser sogar eine Strafe höheren Ausmaßes. Es ist *falsch*, einen Mörder nicht zu strafen und *richtig*, ihn zu strafen. Es ist jedoch falsch, einen Betrüger auf gleiche Art und Weise zu bestrafen wie einen Mörder. Die Definition dieser Auffassung als eine Straftheorie moralphilosophischer Natur müsste dazu führen, dass ihre Bedeutung für eine rein rechtliche Definition von „Strafe“, eine Straftheorie juristischer Natur, nur als gering erachtet wird. Schon der Gebrauch des Ausdrucks „verdienen“ stößt mit Sicherheit bei vielen zeitgenössischen Juristen auf große Skepsis. Tatsächlich berufen sich die Strafdefinitionen der liberalen Tradition auf keinerlei Aussagen, die sich an den Begriffspaaren gut/schlecht oder richtig/falsch orientieren. In der Debatte um den Strafbegriff bezieht man sich vielmehr auf die rechtlichen Interessen und die Rechtsgüter; auf die Notwendigkeit, die Gemeinschaft vor gefährlichen und schädlichen Verhalten zu schützen; darauf, dass ein Mensch nicht für seine Lebensführung verurteilt werden kann, sondern nur für das Begehen einer schädlichen Tat gegenüber einem geschützten Rechtsgut; auf die Notwendigkeit, dass der Straftäter durch die Strafe eine Resozialisierung erfährt; von auf das Ziel, die Gemeinschaft vor Vergehen zu schützen, welche darin geschützte Rechte in Gefahr bringen. Während auf der Basis einer rein moralischen Auffassung ein Müßiggänger oder ein Drogenabhängiger, der gewiss kein exemplarisches Leben führt, nicht „verdient“, als Person ausgeprägter Moral bezeichnet zu werden, spielt jedoch die eventuell moralische Verworfenheit einer Verhaltensweise, nach den Grundsätzen der Rechtslehre, die sich an den Werten der Aufklärung orientieren, keinerlei Rolle. Was allein zählt, ist der schuldhafte Verstoß gegen ein Verbot, das dazu dient, ein Rechtsgut zu schützen. Daraus folgt, dass auch eine Straftheorie, die von moralischen Prädikaten

---

<sup>18</sup> Eigenübersetzung aus <http://plato.stanford.edu/entries/desert/>, zit.

losgelöst sein will, jegliche moralische Beurteilung unberücksichtigt lassen muss, um ihre Begründung ausschließlich auf die Basis von Argumenten rein juristischer Natur zu stellen.

Vor diesem Hintergrund könnte man meinen, dass es sich bei der *desert theory* um eine rein moralische Bewertung handelt und somit die Grenzen ihrer Materie – um in die Sphäre des Strafrechts vorzudringen – nicht überschritten werden dürfen darf. Dennoch fehlt es in der strafrechtsphilosophischen Debatte rund um die Themen der *Strafratio* und der Methoden der Strafzumessung nicht an Versuchen, auf das *desert*-Modell zurückzugreifen.

Einige Autoren<sup>19</sup> vertreten sogar die Ansicht, kein anderes Modell würde den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Strafe mehr berücksichtigen und die Strafgraduierung bezüglich bestimmter Arten von Straftaten besser und sinnvoller definieren als das *desert*-Modell. Unter den Verfechtern der *desert theory* befindet sich ein Autor<sup>20</sup>, dessen Bestreben darin liegt, ein alternatives Modell des Strafsystemaufbaus zu demjenigen, worauf sich die Utilitaristen berufen, anzubieten. Insbesondere erarbeitet dieser Autor ein neues Klassifizierungsmuster der Straftaten und Strafen, dem sich die folgenden Seiten widmen werden. Konstanter Bezugspunkt dabei ist die Figur „*the most rational person*“.

#### 2.1.1.1. Das Modell von Michael Davis

Das Modell von Michael Davis<sup>21</sup> folgt der Vision, der unangefochtenen Ermessensfreiheit des Gesetzgebers die Verbindlichkeit eines rationalen Kriteriums der Strafzumessung entgegenzusetzen. Dieses rationale Kriterium liegt im Urteil des Einzelnen (wie noch gezeigt werden wird, das Vernünftigsten unter uns) über die

---

<sup>19</sup> A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, zit., S. 66.

<sup>20</sup> M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, in *Ethics*, Bd. 93, Nr. 4, 1983, S. 726-752, The University of Chicago Press, S. 735ff.

<sup>21</sup> *Ebd.*, *passim*.

Gerechtigkeit und die Geeignetheit einer bestimmten Strafe für eine begangene Straftat. Nur das Urteil der Einzelnen (des Vernünftigsten) könne Ausdruck einer gerechten, rationalen Verhältnismäßigkeit zwischen Strafe und Straftat sein<sup>22</sup>. Utilitaristische Erwägungen zum Strafzweck hingegen verwirft Davis entschieden. Die Idee, dass die Strafe ihre Rechtfertigung im Strafzweck findet, lehnt der Autor deutlich ab, zumal es ihm daran liegt, ein anti-utilitaristisches Manifest zu verfassen<sup>23</sup>. Die Frage nach der Rechtfertigung der Strafe in Folge einer Straftat wird ausschließlich auf der Grundlage der essentiellen Betrachtungsweise des Verhältnisses zwischen Straftat und Strafe gestellt.

Davis' Theorie baut auf zwei Grundannahmen auf: Erstens, eine Strafe ist ein Übel, das keine vernünftige Person leichtwillig riskiert; zweitens, eine Strafe darf nur aufgrund und durch einen Strafprozess verhängt werden. Davis eliminiert die menschenunwürdigen Strafen aus dem Strafsystem; alle anderen Strafen werden Gegenstand eines Klassifizierungsmechanismus. Dabei werden die Straftaten sortiert, ihrer Schwere nach klassifiziert und mit den geeigneten Strafen – die ihrerseits einer bestimmten Anordnungssystematik folgen – kombiniert. Die härteste Strafe wird an die schwerwiegendste Straftat und die mildeste Strafe an die leichteste Straftat gekoppelt. Alle weiteren Straftaten werden, je nach Schwere, unter Orientierung an den vorgegebenen Kombinationen, in die Klassifizierungsskala eingefügt.

Was den Ausschluss der menschenunwürdigen Strafen anbelangt<sup>24</sup>, ist die Begründung des Autors von Bedeutung: Obwohl es stimmt, dass das Strafrecht (insbesondere in der Vergangenheit) mehrmals der Versuchung erlegen sei, auf „unmenschliche, grausame und unübliche“<sup>25</sup> Strafen zurückzugreifen, müssten diese nun abgeschafft werden, da sich viele Mitbürger aus Prinzip dagegen stellen würden (unabhängig davon, ob die Strafe einen strafrechtlichen Nutzen aufweise oder nicht)<sup>26</sup>. Mitbürger, die diese übermäßigen Strafen für unangemessen erachten, hält Davis gegenüber jenen, die sie für ein gutes Abschreckungsmittel des Staates halten, für mehrheitlich. Bei näherer Betrachtung erinnert Davis' Modell, zumindest bis zu

---

<sup>22</sup> *Ebd.*, S. 241.

<sup>23</sup> *Ebd.*, S. 242.

<sup>24</sup> Bezüglich dieses Themas siehe auch M. DAVIS, *Death, Deterrence and the Method of Common Sense*, in *Social Theory and Practice* 7, 1981, *passim*.

<sup>25</sup> M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, zit., S. 737.

<sup>26</sup> *Ebd.*, S. 736.

diesem Punkt, an typische Betrachtungsweisen der sog. relativen Theorien, die, im Gegensatz zu den absoluten Theorien, die Rechtfertigung der Strafe nicht allein im Begehen einer Straftat begründet sehen, also *quia peccetur*. Es gibt jedoch einen entscheidenden Unterschied zwischen Davis' Auffassung und jener der Präventivtheoretiker. Zwar sehen es beide Theorien als Voraussetzung an, dass die Gemeinschaft die Strafe als gerecht erachtet, aber nur die Präventivtheoretiker (insbesondere diejenigen, die den Strafzweck in der Generalprävention, d.h. in der Abschreckung sehen) betrachten dieses allgemeine Empfinden als einen (notwendigen) Zwischenschritt für die Zustimmung und damit den Respekt der Mitbürger gegenüber dem Gesetz. Nur dadurch könne letztlich eine Senkung der Straftatenrate erreicht werden. Auch aus der Perspektive der Absoluttheoretiker muss das Ausmaß der Strafe von der Allgemeinheit als gerecht anerkannt werden, jedoch nicht zum Zwecke der Generalprävention oder eines anderen Strafzwecks. Denn die Strafe ist aus absolut-theoretischer Sicht bereits *per se* gerechtfertigt, da sich der Straftäter durch die Straftat einen „ungerechtfertigten Vorteil“ zu verschaffen versucht hat<sup>27</sup>. Die präventivtheoretische Sicht, wonach die Gerechtigkeitsidee eng mit der Verfolgung eines Ziels zusammenhängt (zum Beispiel die Abschreckung), führt dazu, dass Bedeutung und Eigenschaften der „rechten Strafe“ von Art und Natur des Ziels abhängen. Mit anderen Worten: Das Konzept der *Gerechtigkeit* hängt direkt vom Strafzweck ab. Die Strafe ist *gerecht*, wenn sie geeignet ist, den Zweck zu erreichen. Für die Vertreter des *desert* hingegen ist die Strafe als Antwort auf eine Straftat *von Natur aus* richtig. Viele Anhänger der *Desert theory* haben sich deshalb an Vorschlägen zu einer Straftaten- und Strafenkategorisierung versucht.

An dieser Stelle soll jedoch weiterhin auf die Beschreibung des diesbezüglich bedeutendsten Modells, jenem Michael Davis', eingegangen werden. Die Bestrebung des Theoretikers liege nicht nur darin, die Strafen in einer Klassifizierungsskala zu ordnen, sondern dieses Stufensystem potentiellen Straftätern auch verständlich zu machen<sup>28</sup>. Deshalb erscheint es ihm umso wichtiger, die Strafen in Straftypen zu gliedern und ihrer Schwere nach zu klassifizieren. Als Beispiel eines Straftypus nennt Davis die Geldstrafen, die sich voneinander nur aufgrund ihrer Summe unterscheiden

---

<sup>27</sup> Dazu siehe auch D. DOLINKO, *Measuring 'Unfair Advantage': A Response to Michael Davis*, in *Law and Philosophy*, Bd. 13, 1994, S. 505.

<sup>28</sup> M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, zit., S. 738.

würden. Davis geht von der Annahme aus, dass Geldstrafen milder als Freiheitsstrafen sind, was nach dem Modell der *most rational person* bedeutet, dass der Einzelne (der Vernünftige) lieber eine Geldstrafe als eine Freiheitsstrafe verbüßt. Es handle sich dabei jedoch nicht um eine Behauptung universeller Richtigkeit. Gewiss gebe es auch *rational persons*, die einen eintägigen Gefängnisaufenthalt eher in Kauf nehmen würden als eine schwere Geldstrafe; andere hingegen würden eher eine hohe Geldstrafe hinnehmen, als einen einzigen Tag hinter Gittern zu verbringen. Werden Geld- und Freiheitsstrafen in Kombination verhängt – in Form sog. gemischter Strafen –, müssten die Straftypen zunächst getrennt voneinander erwogen und anschließend summiert werden, um die Schwere der Gesamtstrafe zu ermitteln<sup>29</sup>.

Nach der Gruppierung der Strafen werden sie ihrer Schwere nach geordnet. Als die mildeste Strafe gilt jene, die jeder Person mittlerer Vernunft gegenüber allen anderen Strafen desselben Straftypus am erträglichsten erscheint. Die nächsthöhere Strafe ist hingegen jene, die *any rational person* – die mildeste Strafe außer Acht gelassen – von allen anderen Strafen desselben Straftypus am ehesten dulden würde. Auf diese Art definiert Davis die Strafenskala, ausgehend von der mildesten, aufsteigend bis zur schwersten Strafe. Gibt es innerhalb einer Straftypologie (Geldstrafe zum Beispiel) zu viele Abstufungen, müssten diese auf eine vernünftige Anzahl reduziert werden<sup>30</sup>. Ein derartiges Ergebnis könne nur entweder durch das Festlegen auf runde Zahlen (zum Beispiel 10 Dollar, 50 Dollar und so weiter) oder durch die Gruppierung der Strafen (z.B. bis zu 10 Dollar, dann der Strafen bis zu 50 Dollar und so weiter), erzielt werden; möglich sei auch die Kombination dieser zwei Kriterien, so Davis.

Anschließend an die Klassifizierung nach ihrer Art und der Staffelung nach ihrer Schwere werden die Strafen in einer Ordinalskala geordnet. Diese Skala könne man sich entweder in Form eines Baumes (jeder Ast stehe für einen Straftypus) oder einer Weinrebe, deren Zweige ineinander verflochten sind, oder eines Multiplexkinos vorstellen<sup>31</sup>. Stehen Strafen unterschiedlicher Straftypen auf dem Spiel, werden dementsprechend mehrere Katalogisierungssysteme angewandt: Dabei ist es wichtig, dass die Abstufungen der Skalen derselben Graduierung folgen (damit die mildeste Strafe eines Straftypus neben der mildesten Strafe des anderen Straftypus liegt); ferner,

---

<sup>29</sup> *Ebd.*, S. 738.

<sup>30</sup> *Ebd.*, S. 738.

<sup>31</sup> *Ebd.*, S. 738.

dass Klarheit darüber herrscht, wo eine bestimmte Straftypologie anfängt und wo sie aufhört. Die *ratio* dieses Systems liegt darin zu verhindern, dass die zugeordnete Strafe durch die auf der Skala unmittelbar mildere Strafe ersetzt werden könne<sup>32</sup>.

Davis Modell schlägt außerdem eine Katalogisierung der Straftaten vor. Diese Auflistung soll jeden sträflichen Akt enthalten, den das Gesetz durch die Androhung einer Sanktion verbietet. Dabei solle man sich jedoch vor Augen halten, so Davis, dass eine Straftat zwar eine moralisch verwerfliche Tat darstellen könne – entweder schon von Natur aus oder erst durch die dementsprechende Ahndung durch den Gesetzgeber –, ihr verwerflicher Inhalt aber nicht unbedingt erkennbar sein müsse. Wie die Strafen erfahren auch die Straftaten sowohl eine Katalogisierung als auch eine Systematisierung. In erster Linie werden die Straftaten in Straftypen eingeteilt und anschließend nach ihren „Absichten“ (was eine vernünftige Person *id quod plerumque accidit* durch das Begehen einer bestimmten Straftat zu erreichen versucht) klassifiziert<sup>33</sup>. Das Ziel beispielsweise von Diebstahl oder auch von Erpressung bestehe, Davis‘ Beispiel zufolge, darin, von einem Gegenstand, der jemand anderem gehöre, Besitz zu ergreifen. Diebstahl und Erpressung zählten deshalb zu derselben Straftypologie. Das Ziel von Mord oder von Vandalismus hingegen bestehe nicht in einem Gewinn und würde deshalb in eine andere Kategorie fallen. Die Straftaten werden sodann, gemäß ihrer straftäterischen Absicht, in Gruppen gegliedert. Auf diese Weise, so Davis, werde der potentielle Straftäter in die Lage versetzt – sollte er sich dazu entschließen, eine Straftat aufgrund eines bestimmten Motivs zu begehen –, sich für die mildere anstelle der schwereren Straftat zu entscheiden<sup>34</sup>. Bestehe das Ziel des Straftäters in einem Racheakt oder einem Gewinn, sei die Wahrscheinlichkeit gemäß dem Grundsatz des *id quod plerumque accidit* gering, dass der Täter zwischen Diebstahl und Tötung abwägen würde. Obwohl es Ausnahmen gebe (zum Beispiel könne ein bewaffneter Mann, während eines Bankraubs, eine Geißel töten), könne daraus keine Regel abgeleitet werden, so Davis. Sollte sich der Ausnahmefall jedoch

---

<sup>32</sup> *Ebd.*, S. 738.

<sup>33</sup> Siehe nachfolgend im selben Abschnitt für eine spezifische Vertiefung des Klassifizierungskriteriums der Absicht.

<sup>34</sup> Zum Thema siehe auch Ryberg (J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, zit., S. 70ff.), der Davis Modell zum Teil kritisiert. Ryberg behält eine gewisse Skepsis gegenüber der Möglichkeit die Straftaten, zumindest eines Teils davon, unter dem Gesichtspunkt der Schwere miteinander zu vergleichen.

## TEIL I

mit einer bestimmten Häufigkeit wiederholen so müsste, auf der Grundlage der damit verfolgten Absicht, eine neue Straftat definiert werden.

Nach der Einteilung der Strafen in Straftypologien wird anschließend ihre Klassifizierung – von der schwersten bis hin zur leichtesten – vorgenommen. Als die leichteste Strafe resultiert jene, deren Begehen eine vernünftige Person zwischen allen erdenklichen Straftaten am ehesten riskieren würde. Die nächstschwerere Straftat hingegen ist jene, deren Begehen eine vernünftige Person gegenüber allen anderen Straftaten desselben Straftypus – unter Ausnahme der leichtesten, bereits klassifizierten Straftat – am ehesten wagen würde. Grundsätzlich gilt, dass die Straftatenskala nicht genauer und definierter sein dürfte als jene der Strafen; ferner, dass in einer vielfältigen Gesellschaft nicht jede Graduierung einer Straftat von der Skala erfasst werden kann. Davis unterscheidet zwischen schwerem und leichtem Diebstahl, besonders schwerem und einfachem Diebstahl, da diese Abstufungen präzisen Umständen des Vergehens entsprechen und von vernünftigen Menschen nicht nur differenziert wahrgenommen, sondern auch unterschiedlich gefürchtet werden; ein schwerer Diebstahl wird mehr als ein leichter Diebstahl gefürchtet. Der Mitbürger muss nicht mit jedem Detail der Skala einverstanden sein: er müsse, Davis' Beispiel, nach nicht den Diebstahl von 50 Dollar mehr fürchten als den von 5 Dollar, da die Graduierung der Skala nicht derart genau sein kann, dass sie jeden erdenklichen Fall der Realität abdecken kann. Außerdem, präzisiert Davis, sei eine Strafen- und Straftatenskala veränderbar, da die Werte einer Gesellschaft, welche sich in den Skalen reflektieren, im ständigen Wandel stünden. Dennoch, so glaubt er, werde ein derartiges Klassifizierungssystem dank des Bedürfnisses der Gemeinschaft, in Bezug auf ein Minimum an Themen in einem gesellschaftlichen Einverständnis zu leben – um letzten Endes ihre eigene Existenz zu sichern –, bewahrt; so auch dank des Bedürfnisses nach einer Werteskala (der die Straftatenskala entspricht), in der sich dieses Minimum an gesellschaftlichem Konsens angemessen widerspiegelt. Wird ein derartiger Konsens in der Gesellschaft angezweifelt, so Davis, müssten das Strafgesetzbuch und die darin enthaltenen Klassifizierungen daraufhin überprüft werden, ob sie das gesellschaftliche Gefahrenempfinden widerspiegeln. (Außerdem müsse hinterfragt werden, ob eine Person, die diese Werteskala ablehne, als vernünftig bezeichnet werden könne: Muss ein Mitbürger, der keine größere Angst vor einem schweren Diebstahl als vor einem

leichten Diebstahl zeigt, sondern sie gleichermaßen fürchtet, als irrational betrachtet werden? Diese Überprüfung könne dazu führen, so schließt Davis, dass viele Straftaten, die unterschiedlich erscheinen (zum Beispiel Diebstahl durch Einbruch und Erpressung), in dieselbe „Klasse“ eingeordnet werden. Dies bedeute nicht, dass sich die Straftaten nicht unterscheiden, sondern lediglich, dass es keinen allgemeinen Grund gebe – da es um die Gesellschaft und die notwendige Abstraktheit des Gesetzes gehe –, weshalb eine vernünftige Person die eine oder die andere Straftat mehr fürchten müsse. Tatsächlich stelle sich die Frage, was besser sei: ein Eigentum in Folge von Diebstahl durch Einbruch oder in Folge von Erpressung zu verlieren? Die Antwort hänge, erklärt der Autor, von den Umständen ab, unter denen das Opfer die Straftat erlitten habe. Dementsprechend könne, folgert Davis, die angemessene Strafe durch den direkten Vergleich des konkreten Schweregrads verschiedener Straftaten erfolgreich ermittelt werden<sup>35</sup>.

Nach der Typologisierung und der Klassifizierung<sup>36</sup> werden die Straftaten nach dem gleichen Vorgehen, das für die Strafen gilt, in einer Ordinalskala angeordnet und mit den dazugehörigen Strafen kombiniert. Davis beschreibt, dass man sich diese Skala in Form einer Karte des New Yorker U-Bahnnetzes vorstellen könne<sup>37</sup>. Innerhalb dieser Skala befindet sich auf dem niedrigeren Grad diejenige Straftat, deren Begehen eine vernünftige Person eher riskieren würde als die Straftat des unmittelbar höheren Grads. Auf diese Weise können sich, laut Davis' Beispiel, zwei Linien abzeichnen: eine erste, die sich auf Mord und fahrlässige Tötung bezieht und die zweite, die sich hingegen auf Raub durch Personenentführung oder durch Erpressung und einfache Personenentführung bezieht. In einer solchen Konstellation, klärt Davis, müsse sich die fahrlässige Tötung näher an der Personenentführung durch Erpressung als an der einfachen Personenentführung befinden, während sich letztere näher an der

---

<sup>35</sup> Für eine Kritik an diesem Modell siehe neben D. DOLINKO, *zit.*, auch D.E.SCHEID, *Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment, a critique*, in *Philosophical Topics*, Bd. 18, 1990, *passim.*; D.E.SCHEID, *Davis, Unfair Advantage Theory and Criminal Desert*, in *Law and Philosophy*, Bd. 1, 1994, *passim.*; A.ELLIS, *Punishment and the Principle of Fair Play*, in *Utilitas*, Bd. 9, 1997, *passim.* Über das Konzept der Schwere der Straftat, siehe des Weiteren T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung* 1999, Berlin, auf welches in Kapitel 3 über die *Strafzumessung* noch näher eingegangen wird.

<sup>36</sup> Für eine rationalere Klassifizierung der Strafen plädiert auch A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Heft 3, 2013, S. 1292-1299.

<sup>37</sup> M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, *zit.*, S. 740.

fahrlässigen als an der vorsätzlichen Tötung befinden müsse. Die beiden Linien würden sich nur dann überschneiden, so Davis weiter, wenn die Entführung derart schwerwiegend sei, dass sie den Schweregrad des Tötungsdelikts erreiche.

Die Kombination der beiden Skalen (der Straftaten und der Strafen) ist ein mehr oder weniger automatischer Vorgang: Die mildeste Strafe wird mit der leichtesten Straftat kombiniert; die härteste Strafe wird hingegen mit der schwersten Straftat kombiniert. Die Linien, welche die Skalen miteinander verbinden, sollten sich dabei nie überschneiden:

*„Gibt es bezüglich ein und derselben Straftat viele Linien, die sich überschneiden, wird dem potentiellen Straftäter nicht mit Klarheit aufgezeigt, mit welcher Strafe er rechnen muss, wenn er die Straftat begeht. Somit wird dem potentiellen Straftäter über die Straftat, im Verhältnis zu anderen Straftaten, weniger gesagt als es der Fall sein könnte. Zu viele sich überkreuzende Linien, die sich auf dieselbe Straftat beziehen, vermitteln dem Straftäter, dass es uns nicht interessiert, welche Straftat er begeht. Dabei interessiert es uns sehr wohl.“<sup>38</sup>*

Gelten zwei Strafen als gleich streng (zum Beispiel 30 Tage Freiheitsentzug oder 300 Dollar Geldstrafe), können in manchen Situationen spezielle Gründe dafür sprechen, auf eine bestimmte Straftat nur eine Strafe und nicht eine andere anzuwenden (beispielsweise auf Personenentführung nur einen Freiheitsentzug und auf schweren Diebstahl nur eine Geldstrafe). Andere spezielle Erwägungen können es hingegen rechtfertigen, bestimmte Straftypen auf bestimmte Straftaten nicht anzuwenden. Es handle sich, so Davis, um sogenannte „*local reasons*“, nämlich besondere, situationsbezogene Gründe, die den Richter dazu bewegen, eine Strafe anstelle einer anderen zu verhängen, auch wenn beide Strafen derselben „Schwerekategorie“ angehören. Zu diesen situationsbezogenen Gründen zähle, so veranschaulicht Davis, die Notwendigkeit, eine besondere Umerziehung zu veranlassen, die, aus Gründen der Durchführbarkeit, nur mit einer Geldstrafe und nicht mit einer Freiheitsstrafe angeordnet werden könne. Gleichwohl könne es sich um sozialgesellschaftliche

---

<sup>38</sup> *Ebd.*, S. 741, Eigenübersetzung.

Erwägungen wie die Unpopularität handeln, mit der einige Strafen von gewissen Gesellschaftsgruppen wahrgenommen werden. Diese Überlegungen seien jedoch utilitaristischer Natur<sup>39</sup> und hätten somit weder etwas mit dem Abstufungssystem der Strafen noch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Strafe und Straftat zu tun.

Daraus, so folgert Davis, komme diesen Gründen nur dann eine Bedeutung zu, wenn der Richter zwischen zwei Strafen mit dem gleichen Schweregrad entscheiden müsse. Straftatbestände oder Straftypologien, die der Gesetzgeber neu einführt, werden auf der jeweiligen Skala eingefügt. Eine neue Strafe kann dabei entweder in einen bereits bestehenden Straftypus hineinfallen, oder eine neue Straftypologie bilden: Im ersten Fall, so erklärt Davis, sei es einfach, die dazugehörige Strafe zu ermitteln; im zweiten Fall hingegen müsse die richtige Katalogisierung der neuen Straftypologie unter Anwendung des schon bekannten Maßstabs der „vernünftigen Person, die lieber die eine als die andere Strafe verbüßt“, vorgenommen werden. Dasselbe gilt ebenso für neue Straftaten. Eine neue Straftat kann ebenso in einen neuen wie in einen alten Straftatentypus hineinfallen. Im letzteren Fall, so Davis, sei es einfach, die Straftat zu klassifizieren (Computerbetrug komme zum Beispiel in die Typologie „Betrug“). Wenn die neue Straftat jedoch zu keiner der bestehenden Typologien passt<sup>40</sup>, muss ein Vergleich mit allen ähnlichen Straftaten gemacht und – als würde man die Skala neu bestimmen – abgewogen werden, welche der Straftaten eine vernünftige Person am ehesten riskieren würde.

Davis gibt selbstkritisch zu, dass sein Verfahren im Vergleich zu den mathematischen Methoden von Bentham oder zu den Vorschlägen der Utilitaristen des 20. Jahrhunderts aufwendig erscheint. Trotzdem bezeichnet er sein Modell als das bestmögliche und verteidigt es als ein System, dessen Anspruch in der Rationalität liegt und deshalb unweigerlich ein Minimum an Unbestimmtheit mit sich bringt. Bei genauer Betrachtung weicht Davis' Wertungsverfahren in der Tat sehr von den Vorschlägen der pragmatisch orientierten Utilitaristen ab: Für die Klassifizierung der Straftaten greift er zurück auf das Werteempfinden der rationalen Menschen der Gesellschaft,

---

<sup>39</sup> *Ebd.*, S. 742.

<sup>40</sup> Hier führt der Autor – immer in Bezug auf den Computerbetrug und ausgehend von dem Gliederungsmodell der Straftatentypen – das Beispiel an, in dem der “Diebstahl durch Computerbetrug die einzige Straftat ist, wo die Absicht sowohl spielerisch als auch bereichernd ist” und somit eine eigene Straftatentypologie darstellt.

innerhalb der das Strafrecht angewandt wird. Dabei fügt Davis hinzu, dass das Werteempfinden seinerseits durch das Ereignis gewisser Straftaten beeinflusst werden könne und dass von dem Werteempfinden selbst auch die Wahrscheinlichkeit der Strafvergehen abhänge. Als Vertreter der absoluten Theorien kritisiert er am utilitaristischen Gedanken, dass die Wechselwirkung zwischen dem Strafsystem und der Gesellschaft direkt und systematisch berücksichtigt wird und das Strafsystem auf dieser Interkommunikation sogar erst gründet. Davis' Modell hingegen basiert auf anderen Grundsätzen. Das Straf- und Straftatensystem nämlich wird unabhängig von den Konsequenzen gegenüber dem Straftäter und den Mitbürgern entwickelt<sup>41</sup>. Durch diese Herangehensweise wird, wie wir schon gesehen haben, der Schweregrad der Strafen und der Straftaten bestimmt – anhand der Wahrnehmung einer idealen Figur (es handelt sich um eine ähnliche Figur wie die des *homo oeconomicus*) –, die Teil der Gesellschaft ist.

Des weitere kritisiert an den utilitaristischen Theorien über das Strafsystem<sup>42</sup>, dass sie ihre Standpunkte mit zuverlässigen Daten – was insbesondere die Folgen der Bestrafung gegenüber dem Individuum und die Konsequenzen der Straftaten gegenüber der Gesellschaft anbelange – belegen müssten und somit auf die sozialen und statistischen Wissenschaften angewiesen seien. Sein Verfahren hingegen funktioniere auch unabhängig von der Berücksichtigung der Straffolge und habe es somit nicht nötig, auf andere Wissenschaften, zurückzugreifen. Es gründe nämlich auf Wissen, so argumentiert Davis, über das jeder von uns – oder jeder von uns, der als vernünftig gelte und in der betreffenden Gesellschaft lebe – bereits verfüge. Davis schließt die Möglichkeit der Anwendung naturwissenschaftlicher Methoden in der Strafwissenschaft entschieden aus, weil sich die Wirkungen der Strafverhängung auf den Einzelnen und auf die Gesellschaft nicht auf dieselbe Weise voraussagen ließen, wie sich z. B. in der Physik, auf der Grundlage der naturwissenschaftlichen Gesetze, das Erwärmungsphänomen eines bestimmten Gasvolumens bei verschiedenen Temperaturen voraussagen und nachweisen ließe<sup>43</sup>. Genau diese Art der Prognose und des Nachweises, so glaubt Davis, sei auf das Strafsystem und allgemein auf die

---

<sup>41</sup> Dementsprechend folgert der Autor – M. DAVIS, *zit.*, S. 742, dass, wenn anderen Vorgehensweisen zu denselben Klassifizierungen führten, es sich nur um einen reinen Zufall handeln könne.

<sup>42</sup> Der Verweis gilt eindeutig Bentham.

<sup>43</sup> M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, *zit.* S. 733.

humanistischen Wissenschaften nicht übertragbar<sup>44</sup>. Davis lehnt somit eine interdisziplinäre Methode ab, da er es für die Definition des Strafsystems nicht für notwendig hält, andere Wissenschaften wie die Soziologie oder die Kriminologie zu konsultieren.

Unter gewissen Aspekten unterscheidet sich Davis' Modell von der Strafsystematik der kontinentalrechtlichen Tradition und deren Art der Klassifizierung. Wie bereits gezeigt wurde, unterteilt Davis die Straftaten je nach Absicht der Straftäter: Dementsprechend fallen Diebstahl und Raub, Tötung und Verletzung in dieselbe Klasse<sup>45</sup>. Im italienischen Strafsystem hingegen wird der straffäterischen Absicht für die Systematisierung der Straftaten im Strafgesetzbuch keinerlei Bedeutung beigemessen. Ersetzt man das Kriterium der Absicht des Straftäters durch das Kriterium des verletzten Rechtsguts, so erfasst man dagegen das Klassifizierungsmuster vieler kontinentaler Strafgesetzbücher (siehe beispielsweise des italienischen oder des deutschen Gesetzbuchs). Die Absicht des Straftäters stellt nur ein Gliederungskriterium der Straftaten dar, deren Schwere jedoch auf der Basis anderer Kriterien definiert wird<sup>46</sup>. Von Interesse ist hier aber nicht die Frage, auf welche Art und Weise die Straftaten sortiert werden – ob nach der straffäterischen Absicht, der Rechtsgutsverletzung oder der Rechtsgutsgefährdung durch die strafbare Handlung – : Relevant ist vielmehr, welches Kriterium in einem strafrechtlichen System angewandt wird, um den Schweregrad der Strafen sowie der Straftaten zu ermitteln und festzulegen.

Der bemerkenswerte Aspekt an jedem dieser Strafsysteme ist, ganz unabhängig davon, ob man die ideologische Orientierung übernimmt oder nicht - Davis, so wurde schon mehrfach hervorgehoben, definiert sich selbst als Anhänger der absoluten Theorie – , dass sich ihre Autoren genauso weitgehend wie intensiv diesem Thema widmen. Das Originelle an Davis' System liegt in der Ausarbeitung oder im Versuch der Ausarbeitung eines Kriteriums, das es erlaubt den Schweregrad der Strafe *a priori* zu bestimmen und bereits vorweg eine bestimmte Strafe festzulegen. Damit hat Davis

---

<sup>44</sup> An dieser Stelle, erläutert Davis, warum er zwei Strafsysteme für unvergleichbar erachtet: wenn beispielsweise die Entführung in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich hart bestraft wird, hält er es nicht für möglich die divergenten gesetzlichen Entscheidungen vollständig zu vergleichen. Die beiden Strafen seien nämlich das Ergebnis inhomogener gesetzlicher Ration.

<sup>45</sup> *Ebd.*, S. 241.

<sup>46</sup> Siehe Rybergs Kritik diesbezüglich (J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment, zit.*, S. 70ff.)

dazu beigetragen, ein Kriterium für die Definition der sog. kardinalen Proportionalität herauszuarbeiten<sup>47</sup>.

Wie bereits gezeigt wurde, nimmt Davis' Modell konstant Bezug auf eine *vernünftige*, wenn nicht die *vernünftigste* Person ("*Most rational persons would prefer to risk this rather than that*"<sup>48</sup>), die vor folgende Frage gestellt wird: Wenn du zwischen Straftat X und Straftat Y wählen und zwangsläufig eine über dich ergehen lassen müsstest, von welcher Straftat würdest du lieber das Opfer werden? Von Diebstahl oder Tötung? Vernünftigerweise liegt die Antwort bei Diebstahl. Dies bedeutet wiederum, dass dem Dieb eine mildere Strafe zusteht als dem Mörder. Dieses Beispiel ist einfach, da es Extreme miteinander vergleicht. Es könnte jedoch auch dazu kommen, dass der Schweregrad der Straftaten, zwischen denen man wählen muss, nicht eindeutig differiert, wie zum Beispiel bei schwerem Raub und Personenentführung. In diesem Fall könnten die Strafen sogar dieselben sein oder sich nur um wenig voneinander unterscheiden – je nach persönlichem Empfinden und Präferenz der vernünftigen Person<sup>49</sup>.

Es stellt sich somit die Frage, ob die „*most rational person*“ nicht eine noch abstraktere Figur darstellt, als die des Gesetzgebers, der üblicherweise die strafrechtlichen Tatbestände definiert und die einschlägigen Strafen benennt. Was bedeutet „*rational*“, und wer darf den Begriff bestimmen? Wie konkret kann ein derartiges Kriterium überhaupt bestimmt werden?

In Wirklichkeit ist Davis' Bezugsfigur, „*the most rational person*“, nichts anderes als die Summe der Wertevorstellungen aller Mitglieder einer Gesellschaft – eine Auffassung, die zum Konzept der Moralität enge Brücken schlägt.

Wenn die Definition der Schwere der Straftaten und der ihnen entsprechenden Strafen, wie in Davis' Modell, an die Vernunft der Mitglieder einer Gemeinschaft gebunden wird, könnte man die Notwendigkeit einer derartigen Skala *tout court* in Zweifel ziehen. Die Ausarbeitung einer Skala könnte insofern als überflüssig gelten, als die Mitbürger bereits eine klare Anschauung über die Schwere der Straftaten besitzen:

---

<sup>47</sup> Die „kardinale“ Proportionalität bezeichnet das angemessene Verhältnis, welches *tout court* – unter Außerachtlassung anderer Elemente – zwischen Strafe und Straftat bestehen muss. Zum Konzept der kardinalen Proportionalität siehe nachfolgend Teil III, Kap. II, Par. 5.1. „Die Theorien der Strafzumessung“.

<sup>48</sup> M. DAVIS, *zit.*, S. 733.

<sup>49</sup> M. DAVIS, *zit.*, S. 740.

Anschauung, die jeglicher Analyse philosophischer Art bereits vorausgeht. Niemand könnte tatsächlich bezweifeln, dass Totschlag schwerer als Raub und Diebstahl leichter als Entführung ist. Wie zahlreiche kriminologische Studien in der Tat belegen, herrscht über das Konzept der Straftatenschwere unter den Menschen, unabhängig von nationaler oder sozialer Herkunft, größtenteils Einverständnis<sup>50</sup>. Als Grund wird regelmäßig angeführt, dass das Konzept der Straftatenschwere (und der Gerechtigkeit) der Skala vorausgehen würden, die sich folglich nur darauf beschränke, diese Ideen zu erfassen und ihnen eine bestimmte Form zu verleihen. Diese Ansicht weist evidente Parallelen zu den naturrechtlichen Theorien auf.

Um zurück zu Davis' Theorie und den Eigenschaften der *most rational person* zu kommen, befinden einige Autoren, diese Figur sei sogar noch viel weiter von der Realität entfernt, als man meinen könne.

Doch welche Rolle spielt das Konzept der Verhältnismäßigkeit in Davis' Theorie? Verhältnismäßigkeit bedeutet für Davis<sup>51</sup>, dass das Strafsystem auf der Grundlage der menschlichen Vernunft herausgearbeitet wird und dass die Straftaten und die Strafen dementsprechend auf rationale Art einander zugeordnet werden. In Wirklichkeit müssen zwei Komponenten der Theorie voneinander getrennt werden: zum einen die Zuteilung eines bestimmten *Quantums* an Strafe an jede Straftat und zum anderen die Anerkennung eines bestimmten Ziels für jede Strafe. Die Verhältnismäßigkeit spielt, wohl gemerkt, nur bezüglich der zweiten Komponente eine Rolle. Für Davis, wie sich bereits herausgestellt hat, wird die Bestimmung des Strafrahmens an die Entscheidung der *most rational person* gebunden, jener Person, die durch ihren ausgeprägten Sinn für Fairness<sup>52</sup> – der, gemäß Davis' Rekonstruktion, angeboren und somit intuitiv ist<sup>53</sup> – die Verhältnismäßigkeit zwischen Straftat und Strafe angemessen definiert. Wenn jedoch die Definition des Strafrahmens an den Strafzweck gebunden würde? Dieser Fragestellung und ihren Auswirkungen auf die Rolle der Verhältnismäßigkeit widmen sich einige Autoren<sup>54</sup> präventivtheoretischer Abstammung. Sie prangern die Kluft zwischen der theoretischen Formel Davis' und den tatsächlichen Gegebenheiten in der

<sup>50</sup> s. u.a. T. SELLIN, M.E. WOLFGANG, *The Measurement of Delinquency*, New York, 1964, *passim*.

<sup>51</sup> M. DAVIS, *How to make the punishment fit the crime*, *zit.*, *passim*.

<sup>52</sup> So auch A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, *zit.*, S. 56.

<sup>53</sup> Zum Begriff der Intuition in diesem Zusammenhang siehe den nächsten Unterpunkt zum Modell von Robinson und Darley.

<sup>54</sup> P.H. ROBINSON, J.M. DARLEY, *Justice, Liability and Blame*, Westview Press USA, 1995.

Gesellschaft an, indem sie Davis' Verwendung des Ausdruck „*community sense of justice*“ nicht nur als missbräuchlich, sondern auch als ein rein rhetorisches Hilfsmittel bezeichnen, das lediglich die eigenen moralischen Vorstellungen des Autors rechtfertigen solle. Diese Vorstellungen würden zudem, so die Autoren, als universell dargestellt, ohne dass ihre Richtigkeit durch die Praxis belegt werde<sup>55</sup>.

### 2.1.1.2 Die Analyse von Robinson und Darley und die „Intuition“ der *Desert theory*

Robinson und Darley haben sich in ihrem Werk achtzehn Studien gewidmet, in denen Teile der Bevölkerung zu verschiedenen strafrechtlichen Themen – im Besonderen hinsichtlich der Bedeutung von Strafe – befragt wurden. Die These, welche die Autoren vertreten, besagt, dass die Meinung der Allgemeinheit das materielle Strafrecht beeinflussen müsse. Dies würden ihre Studien anhand von Feldversuchen untermauern, dank derer die theoretischen Ausarbeitungen zur Straftheorie, inmitten der betreffenden Gesellschaft, erprobt werden würden.

Nach Ansicht der Autoren stelle die allgemeine Meinung einen maßgeblichen Bestandteil des Konzepts des „*just desert*“ dar. Der Gerechtigkeitssinn der Mitbürger müsse zumindest insoweit von den Vertretern des *desert* berücksichtigt werden, als ihre Theorie an die allgemeine Meinung angepasst werden müsse, wenn diese mit dem „*community sense of justice*“<sup>56</sup> auseinanderklaffe. Während Utilitaristen im Konzept des „allgemeinen Gerechtigkeitssinns“ eine Gefährdung für den Strafzweck, der Abschreckung wittern, vertreten Robinson und Darley dagegen, die moralische Glaubwürdigkeit des Strafrechts würde sogar eine essentielle Voraussetzung für den Respekt der Mitbürger gegenüber dem Gesetz und damit für das Verhindern von Straftaten darstellen. Aus Sicht der Autoren würden die Mitbürger die Gesetze deshalb befolgen, weil sie sich gern zu den „Guten“ zählten. Deshalb würden Gesetze, die zu sehr von der Intuition der Mitbürger abweichen, den Mechanismus der Gesetzesbeachtung zum Scheitern verurteilen. Des Weiteren sei die moralische

<sup>55</sup> s. P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *zit.*

<sup>56</sup> P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Justice, Liability and Blame, zit.*, S. 6.

Glaubwürdigkeit ein ausschlaggebendes Mittel, um die Kooperation aller Bürger, die Teil des Mechanismus seien, sicherzustellen: Fehle diese Glaubwürdigkeit, seien Unduldsamkeit und Resistenz gegen das Rechtssystem die Folge.

Für den Beleg ihrer Theorie präsentierten Robinson und Darley die Ergebnisse ihrer achtzehn Studien. Gemäß ihrer Analyse würden durch die Studien die Unterschiede zwischen dem Gerechtigkeitssinn der Mitbürger und den strafgesetzlichen Bestimmungen klar ersichtlich<sup>57</sup>. In den Studien wurden „normale Bürger“<sup>58</sup> in hypothetische, strafrechtsrelevante Situationen versetzt. In der ersten Studie wurden die Teilnehmer dazu aufgefordert, die strafrechtliche Verantwortung (und die entsprechende Bestrafung und ihr Ausmaß) einer Person, die zwar eine Straftat ankündigte, aber sie letzten Endes nicht beging, zu beurteilen. Im zweiten Szenario hingegen, traf die Person bereits die Vorbereitungen für die Straftat, beging sie zu guter Letzt jedoch nicht. Im dritten Fall vollendete die Person die Straftat. Die Auswertung der ersten Studie hat ergeben, dass die Befragten eine sehr geringe oder gar keine Strafe verhängt haben, wenn zwar eine Absicht bestand, aber die Straftat nicht vollendet wurde<sup>59</sup>. Zeigte die betroffene Person aber eine unmissverständliche Absicht oder kam gefährlich nahe an die Umsetzung der Straftat, setzten die Befragten eine eher hohe Strafe an<sup>60</sup>. Die zweite Studie hat ergeben, dass die Befragten bei einer Vergiftung mit unterschiedlichen Dosierungen – wovon nur einige tödliche Folgen für die Opfer mit sich zogen – das Strafausmaß viel mehr auf der Grundlage der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bestimmten als auf der Grundlage der Absicht des Straftäters, deren Umsetzung nicht gelang. Aus den ersten zwei Studien sowie aus den Studien Nr. 3 und 9<sup>61</sup> gehe somit hervor, so schließen die Autoren, dass

---

<sup>57</sup> Es handelt sich um das Model Penal Code (MPC), das 1962 vom American Law Institute mit dem Ziel verfasst wurde, die Gesetzgebungen der einzelnen Staaten dazu zu veranlassen unter dessen Betreuung das Strafgesetz der Vereinigten Staaten von Amerika zu erneuern und zu standardisieren.

<sup>58</sup> Zu den Befragten zählten keinerlei Personen, die im Dienste des strafrechtlichen Rechtssystems waren, wie Richter, Jurastudenten oder Polizeibeamte, deren Meinung durch die Arbeit im Justizsystem beeinflusst werden könnte.

<sup>59</sup> Die Befragten wurden dazu aufgefordert, auf einer Skala von 0 bis 11 – wo 0, Verantwortung ohne Strafverhängung und 11, Todesstrafe bedeuten – die ihrer Intuition nach angemessene Strafe zu bestimmen. 0 hingegen bedeutet keine Verantwortung. Am Ende wurde aus allen Antworten der Teilnehmer der Durchschnitt errechnet.

<sup>60</sup> In diesem Fall unterscheidet sich die Meinung der Teilnehmer von dem Model Penal Code, welches für das versuchte Delikt dieselbe Strafe vorsieht wie für das vollendete (im Unterschied zum *common law* – wo dem Straftäter eine leichtere Straftat zukommt, wenn er die Straftat nicht vollendet, aber dennoch Handlungen, die geschützte Rechtsgüter gefährden, begehen).

<sup>61</sup> P.H. ROBINSON, J.M. DARLEY, *Liability, Justice and Blame*, zit., S. 209ff.

die Studienteilnehmer die Art sowie die Wahrscheinlichkeit des Schadens, der aus dem Strafverhalten resultiere, für wichtige Elemente in der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortung des Täters hielten. Robinson und Darley wollen damit beweisen, dass es eine Art intuitiven Gerechtigkeitsbegriff gibt, der den Mitbürgern innewohnt. Eine Theorie, die auf dem *just desert* basiere, so die These der Autoren, müsse diesen zwangsläufig berücksichtigen.

Robinson und Darley haben unter Verwendung derselben Methode weitere Feldversuche – die nach den Autoren eher in den Bereich der „Bestrafungspsychologie“ als des Strafrechts fallen würden – durchgeführt und in einem weiteren Werk zusammengefasst. Der Untersuchungsgegenstand lag in der Frage, welche Triebkraft hinter dem Wunsch eines „normalen“ Menschen stecke, einen anderen Menschen bestrafen zu wollen<sup>62</sup>. Nach Auffassung der Autoren gibt es zwei fundamentale Gründe, die Strafen rechtfertigen. Wenn ein Mitbürger der Gesellschaft schade, indem er die Regeln des gemeinschaftlichen Zusammenlebens breche, müsse das Ungleichgewicht, das durch die Ordnungsverletzung verursacht wurde, durch eine Strafe kompensiert werden. Dementsprechend müsse der Straftäter im Verhältnis zum Schaden, der durch seine Tat verursacht wurde, bestraft werden. Diese Auffassung knüpft klar an die sogenannte *just desert theory* an, welche, wie im Unterpunkt zur *desert theory* bereits erläutert wurde, der Strafverhängung keine weitere Bedeutung zuschreibt als jener der reinen Wiederherstellung der gemeinschaftlichen Ordnung, die durch die Straftat verletzt wurde. Dieselbe Auffassung wird auch als „rekonstruktiver Theorieansatz“ bezeichnet, dessen Augenmerk ausschließlich auf der Vergangenheit liegt, nicht auf der Zukunft. Die Theorie macht sich des Weiteren, wie bereits erwähnt, den kantianischen Grundsatz zu eignen: “der Mensch darf niemals nur als Mittel zum Zweck gebraucht werden, sondern jederzeit als Zweck an sich selbst gelten“.

Die *deterrence theory*, wie sie von ihren Autoren selbst benannt wird, betrachtet hingegen die Problematik aus der entgegengesetzten Perspektive. Die Bestrafung dient hauptsächlich dazu, zukünftige potentielle Straftäter abzuschrecken. Es ist keine

---

<sup>62</sup> P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Why do we punish? Deterrence and Just Deserts as motives for punishment*, in *Journal of personality and social psychology*, 2002, S. 284-299.

Frage, dass der Ursprung dieses Theorieansatzes im Utilitarismus von Bentham, der ebenso bereits angetroffen wurde, liegt<sup>63</sup>.

So unterschiedlich *just desert* und *deterrence* – die zwei straftheoretisch relevantesten Theorieansätze in der Debatte um die Rechtfertigung von Strafe – auch sind, spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in beiden Theorien eine ähnlich fundamentale Rolle: In beiden Theorien hängt die Legitimation von Strafe von ihrer Verhältnismäßigkeit ab. In der *just desert*-Theorie muss die Strafe proportional zum Schaden sein, der durch die Straftat entstanden ist. Das Ziel der *desert*-Theoretiker liege nämlich darin, den Schadenswert zu bemessen und eine Strafe zu verhängen, deren Schwere proportional zum Schaden ist<sup>64</sup>. In Bezug auf die Eigenschaften des *desert* pflichten Robinson und Darley den zwei Hauptfaktoren bei, die der *desert*-Theorie nach in der Strafzumessung berücksichtigt werden müssten, damit die Verhältnismäßigkeit erzielt werden könne.. In erster Linie müsse das Ausmaß des Schadens, der durch die Straftat verursacht wurde, berücksichtigt werden; zweitens die Umstände der Straftat. Der Faktor Wert und Schwere des Schadens, so Robinson und Darley, werde zum einen von der Typologie der Straftat (zum Beispiel Diebstahl) und zum anderen von der Intensität, mit der die gesellschaftliche Sensibilität durch die Straftat erschüttert wurde, abgeleitet. Die Autoren behaupten, verschiedene Studien hätten ergeben, dass die Gesellschaft ein übereinstimmendes Empfinden dafür verspüre, wie schwer eine bestimmte Straftat sei und welche Strafe dafür gerechtfertigt sei<sup>65</sup> – was wiederum beweise, dass sich die Gesellschaft in der *just desert*-Theorie tatsächlich widerspiegele. Was hingegen den Faktor „Umstände“ betreffe, die nach Maßgabe der *just desert*-Theorie die Höhe der Strafe mit definierten, vertreten Robinson und Darley die Ansicht, dass die moralische Missbilligung der Mitbürger stark von den Umständen – mildernder oder erschwerender Natur –, unter deren die

---

<sup>63</sup> Über Bentham, siehe *supra* Fn. 8.

<sup>64</sup> P.H. ROBINSON, J.M. DARLEY, *Why do we punish?*, zit., S. 285, wo Kant zitiert wird, der die Ansicht vertrat, dass die Strafe proportional zur „inneren Boshaftigkeit“ des Straftäters sein müsse.

<sup>65</sup> J.M. DARLEY, C.A. SANDERSON & P.S. LAMANTIA, *Community standards for defining attempt: Inconsistencies with the Model Penal Code*, 1996, in *American Behavioral Scientist*, 39, 405-420; D. KAHNEMAN, D.A. SCHKADE & C.R. SUNSTEIN, *Shared outrage and erratic awards; The psychology of punitive damages*, 1998, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 16, S. 49-86; P.H. ROSSI, E. WAITE, C.E. BOSE & R.E. BERK, *The seriousness of crimes: Normative structure and individual differences*, 1974, in *American Sociological Review*, 39, S. 224-237; M. WARR, R.F. MEIER & M.L. ERIKSON, *Norms, theories of punishment and publicly preferred penalties for crimes*, 1983, in *Sociological Quarterly*, 24, S. 75-91.

Straftat begangen wurde, beeinflusst werde. Zur Untermauerung dieser Ansicht führen die Autoren folgendes Beispiel an: Der Mitarbeiter, der von Geldmitteln der Firma, in der er arbeite, ungerechtfertigt Besitz ergreife, um seinen Alkohol- und Drogenkonsum zu befriedigen, werde von den Mitbürgern strenger beurteilt als der Mitarbeiter, der das Geld zwar stehle, aber für einen noblen Zweck, wie die Verteilung des Geldes zwischen Arbeitern, die unterbezahlt werden, verwende. Obwohl die gestohlene Geldsumme dieselbe sei, so das Ergebnis, falle die Strafe sehr unterschiedlich aus. Die *desert*-Theorie unterstreicht die Wichtigkeit der Faktoren, von denen die Verwerflichkeit des Verhaltens des Straftäters abgeleitet wird, mit Nachdruck.

Dennoch, so vertreten Robinson und Darley, müsse eine vollständige *desert*-Theorie auch andere Faktoren berücksichtigen: Die Reue des Straftäters könne sich zum Beispiel auf die Beurteilung durch einen externen Beobachter oder durch das Opfer sehr wohl auswirken. Die Faktoren des Schadensausmaßes<sup>66</sup> und der Umstände des Strafbehagens jedoch seien jene Elemente, durch die sich die *just desert*-Straftheorie von dem utilitaristischen Theorieansatz am stärksten unterscheide.

Im Unterschied zum Theorieansatz des *just desert* halten die Theoretiker der *deterrence theory*, wie in der Ausführung zu der Theorie Davis' zum Teil erläutert wurde<sup>67</sup>, den potentiellen Straftäter für eine Person rationalen Verhaltens. Daraus folgt, dass das strafrechtlich relevante Verhalten, auch in den Augen des potentiellen Straftäters selbst, als ungünstig und unattraktiv erscheint<sup>68</sup>. Die *deterrence theory* hält des Weiteren zwei andere Faktoren, nämlich *detection* und *publicity*, für die essentiellen Kriterien der Strafzumessung. *Detection* beschreibe die Wahrscheinlichkeit, dass die Straftat aufgedeckt und verfolgt werde. Je niedriger der Faktor *detection*, desto höher die Strafe; oder umgekehrt, je höher die Aufklärungswahrscheinlichkeit, desto milder die Strafe. Die *Ratio* liege hierin: Für die Straftaten niedrigen *detection*-Grades müsse die Aufdeckung und Verfolgung einer

---

<sup>66</sup> *Magnitude of harm* ist der von den Autoren verwendete Ausdruck (P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Why do we punish?*, zit., S. 285).

<sup>67</sup> Siehe oben im vorangegangenen Abschnitt das Modell von Michael Davis.

<sup>68</sup> Bentham drückt es wie folgt aus: „Wenn der Straftäter das Ausmaß, oder die Intensität des Schmerzes als höher einschätzt, als das Ausmaß und die Intensität des Gefallens, das er für sich selbst erwartet, wird er die Straftat nicht begehen“ (aus P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Why do we punish?*, zit. S. 285).

Straftat die schlechten Aufklärungsquoten der anderen Straftaten des gleichen Typus, die sehr wahrscheinlich unaufgeklärt blieben, kompensieren.

In Bezug auf den zweiten Faktor, *publicity*, den die *deterrence theory* nennt, gelte hingegen genau das Gegenteil: Je mehr öffentliches Interesse eine Straftat und ihre Strafverfolgung weckten, desto höher falle die Strafe aus, da sie vor den Augen der Öffentlichkeit ein klares Exempel statuieren müsse. Das Konzept der Verhältnismäßigkeit habe hier die Funktion, für das angemessene Gleichgewicht zwischen der öffentlichen Aufmerksamkeit und der Strafe zu sorgen. Je höher der Faktor Öffentlichkeit, desto höher die Strafe. In Hinsicht auf den Faktor *detection* hingegen funktioniere die Verhältnismäßigkeit genau umgekehrt: Je höher die Wahrscheinlichkeit einer Festnahme des Straftäters, desto niedriger ist die Strafe<sup>69</sup>. Bentham nimmt somit sehr wohl Bezug auf den Begriff der Verhältnismäßigkeit, weist aber gleichzeitig auf die Unschlüssigkeit des Konzepts hin<sup>70</sup>.

Die Autoren Robinson e Darley versuchen hingegen durch ihre Untersuchungen zu belegen, dass die Argumente der *just desert*-Theorie in der Praxis – wenn Mitbürger, so wie es in ihren Untersuchungen der Fall ist, mit Straftaten und ihrer moralischen Beurteilung konfrontiert werden – mehr Bestätigung und Anerkennung finden als jene der Abschreckungstheorie. Dies sei insbesondere das Resultat einer weiteren Studie, an der Universitätsstudenten teilnahmen, so Robinson und Darley. Die Aufgabenstellung der Studie sah vor, zu einer hypothetischen Straftat, deren Täter unter Vorsatz handelten, Stellung zu nehmen. Bei der Ausarbeitung der Fälle für die Studie *spielten* die Autoren mit den Elementen sowohl der *desert*-Theorie (Ausmaß des Schadens und Umstände der Straftat) als auch der *deterrence*-Theorie (Aufklärungswahrscheinlichkeit und Öffentlichkeitsgrad); dabei bauten sie weitere Elemente (z.B. das Alter des Straftäters), die nicht zu den typischen Faktoren der beiden Theorien zählen, in die Tatbestände mit ein<sup>71</sup>. Robinson und Darley zogen aus

---

<sup>69</sup> J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Capitolo XIV: *Of the Proportion between Punishments and Offence*.

<sup>70</sup> Nicht umsonst hat Bentham das Konzept der Verhältnismäßigkeit als „orakelhaft, mehr als lehrreich“ beschrieben, wie oben bereits hervorgehoben, J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, Dordrecht/Boston/London, 2004, S. 11.

<sup>71</sup> Die Autoren haben den Abschreckungsfaktor manipuliert, sodass der Schwierigkeitsgrad der Aufdeckung der Straftat und der Festnahme des Straftäters sich entweder verschärfte oder sank. Im zweiten Teil der Untersuchung, blieben die Faktoren der *deterrence*-Theorie dieselben, während die Faktoren der *desert*-Theorie manipuliert wurden. Im dritten Teil hingegen, wurde der Faktor *publicity* und sein Einfluss auf das Bestrafungsverhalten der Mitbürger auf die Probe gestellt.

dieser Studie die Erkenntnis, dass das theoretische Modell, das mit dem intuitiven Gerechtigkeitsinn der Befragten am meisten übereinstimme, jenes des *just desert* sei<sup>72</sup>. Der Fragebogen sah vor, dass die Teilnehmer eine Strafe auf einer Skala von eins bis sieben auswählen konnten, wobei eins für die mildeste Strafe und sieben für die schwerste Strafe stand. Eine andere Aufgabe bestand darin, zu verschiedenen Feststellungen, die entweder der einen oder der anderen Theorie entsprachen, Stellung zu nehmen; u.a. zu Aussagen wie: „einige sagen, dass je nach Wahrscheinlichkeit einer Festnahme des Straftäters unterschiedliche Strafen verhängt werden sollten. In anderen Worten sollten Straftaten desselben Schweregrads, je nachdem wie schwierig ihre Aufklärung ist, unterschiedlich hart bestraft werden“; oder “andere behaupten, dass die fundamentale *Ratio* einer Verurteilung in der Bestrafung des Straftäters liege, die er je nach Schweregrad der Straftat verdient hat“. Die Recherchen hätten ergeben, so die Autoren, dass die Bewertungen der Befragten in keinerlei Weise durch die verschiedenen manipulativen Eingriffe bezüglich der Faktoren der *deterrence theory* beeinflusst worden seien; sie hätten hingegen dazu tendiert, ihre Bewertungen je nach Manipulation der typischen Faktoren des *just desert* – Schadensausmaß und Umstände der Straftat – zu verändern. Zusammenfassend zogen Robinson und Darley aus der Studie die Analyse, dass die Mitbürger (besser gesagt: die Teilnehmer der Studie<sup>73</sup>) in Bezug auf eine Straftat, die zum Schaden anderer vorsätzlich begangen wurde, den Strafzweck tendenziell stärker in der rechten, verdienten Bestrafung des Straftäters für das strafrechtliche Vergehen sehen als darin, einen eventuellen Nutzen für die Zukunft der Gesellschaft zu ziehen. Die Befragten sehen *deterrence* sehr wohl als ein Ziel der Bestrafung an, aber nicht als primären Strafzweck der Verurteilung<sup>74</sup>. Als Beweis dafür gelte, so Robinson und Darley, dass sich einige Befragte zwar positiv zu der Abschreckungstheorie äußerten, die von ihnen gedachte Strafzumessung jedoch kaum von den Faktoren *detection* und *publicity* beeinflusst seien. Daraus schlossen die Autoren, es handle sich um zwei getrennte Gegenstände: einerseits die abstrakte

---

<sup>72</sup> P.H. ROBINSON, J.M. DARLEY, *Why do we punish?*, cit., Study 1, S. 288.

<sup>73</sup> Die Autoren gaben zu, dass die Studie, da ausschließlich Studenten daran teilnahmen, nicht repräsentativ für die gesamte Gesellschaft sei.

<sup>74</sup> Insbesondere waren viele Befragte für die Argumente des sog. *incapacitation theory*, eine Untertheorie der *deterrence theory*, welche den Strafzweck in der, wenn notwendig auch physischen Verhinderung eines neuen Strafvergehens von Seiten des Täters sieht, sehr empfänglich. (P.H. ROBINSON, J.M. DARLEY, *Why do we punish?*, zit. S. 286.)

Stellungnahme bezüglich einer theoretischen Position – die Postulate der *just desert* bzw der *deterrence*-Theorie – andererseits die Bewertung eines konkreten Falls. Wenn die Teilnehmer dazu aufgefordert würden, sich bezüglich der Richtigkeit abstrakter theoretischer Aussagen zu äußern, das bedeute nichts anderes, dass sie diese theoretische Position im Moment der Strafzumessung auf einen konkreten Fall auch kohärent anwenden würden. Obwohl die Menschen dazu geneigt seien, auf rein abstrakter Ebene Theorien zu befürworten, die solide und weit von dem radikalen Grundsatz „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ entfernt schienen, bedeute das doch, dass die Mitbürger gegenüber einer konkreten Situation mit konkreten Begebenheiten und Umständen sehr viel öfter von einer Intuition geleitet seien, die häufig durch tautologische Aussagen gerechtfertigt werde, deren Substanz im Wesentlichen diese sei: „das ist, was sich der Täter für seine Straftat verdient hat“<sup>75</sup>. Dennoch bestreiten die Autoren nicht, dass eine bestimmte Komponente von *deterrence* in den Urteilen der Studienteilnehmer durchaus vorkommen kann. Bei der Aufgabenstellung zu einem Fall – in dessen Beurteilung nicht nur der konkrete Tatbestand berücksichtigt werden sollte, sondern auch das sog. „*macro or societal level of consideration*“ – tendierten die Befragten dazu, so die Auswertung, die Argumente der *deterrence*-Theorie stärker in Betracht zu ziehen als jene der *desert*-Theorie<sup>76</sup>. Obwohl es sich auch in diesem Falle, wie die Autoren zugeben, um eine Intuition der Befragten bezüglich der Entscheidung zur Strafhöhe handelte, blieben sie im Allgemeinen jedoch empfänglicher für die Argumente der *just desert*-Theorie als für jene der *deterrence*-Theorie. Aus diesem Grunde seien sie nicht dazu geneigt, die Strafe weiter zu erhöhen, sondern eher dazu die ursprüngliche Verhältnismäßigkeit beizubehalten, die sie intuitiv – allein auf der Grundlage der Faktoren Aufklärungswahrscheinlichkeit und Umstände – bestimmt hätten.

---

<sup>75</sup> Ein ähnliches Resultat wurde während den Recherchen, die von Finkel und anderen durchgeführt wurden, festgestellt (N. J.FINKEL, S.T.MALONEY, M.Z.VALBUENA, & J.GROSCUP, 1996, *Recidivism, proportionalism, and individualized punishment*, in *American Behavioral Scientist*, 39, S. 474–487). Die Untersuchungen haben ergeben, dass die Mitbürger, wenn sie eine Strafe bezüglich eines bestimmten Falles bestimmen müssen, dazu tendieren eine Strafe festzusetzen, die in einem angemessenen Verhältnis zum moralischen Unrecht des straffälligen Verhaltens steht. Auch hier wird eine Bestätigung der *just desert*-Theorie hervorgehoben.

<sup>76</sup> „Wenn den Befragten beispielsweise gesagt wird, dass die Straftat *insider trading* schwer aufzudecken ist und, dass die Straftat konstant steigt, halten sie es für fast augenscheinlich, dass die Strafe hoch ist“ (gerade in Bezug des Faktors *detection*). P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Why do we punish?*, zit., S. 296.

Zusammenfassend, so die Autoren, sei die Beurteilung auf der Grundlage der *just desert*-Theorie nichts anderes als die moralische Missbilligung der Beobachter in Bezug auf eine konkrete Situation (eine vorsätzliche Straftat), auf deren Grundlage die Verantwortung des Straftäters und somit die Strafe durch die Mitbürger quantifiziert würden. Das *Quantum* müsse somit verhältnismäßig<sup>77</sup> zur moralischen Verwerflichkeit und zum Verantwortungsgrad des Straftäters sein. Die moralische Verwerflichkeit der Tat, so die Autoren, sei genau jener Schweregrad des Schadens, den die meisten intuitiv wahrnahmen. Diese Art von moralischer Verhältnismäßigkeit stelle nach der Auffassung der Autoren den Dreh- und Angelpunkt der *just desert*-Theorie dar. Abschließend haben sich die Autoren in ihrem Werk bewusst von der klassischen absoluten Theorie, von der Gleichung „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ und von der Todesstrafe distanziert, indem sie ihre Position zwar als absolut definierten, aber als eine absolute Theorie, die sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientiert.

## 2.2. Die Theorie der Tatproportionalität

Auf den nächsten Seiten soll eine Lehre dargestellt werden, die aus der Reihe der *desert theory* stammt, sich aber dennoch von dieser unterscheidet<sup>78</sup>.

Schon aus dem Namen dieser Straftheorie, die als „Tatproportionalität“ bezeichnet wird, wird klar, dass der Begriff der Proportionalität im Mittelpunkt steht. Wie einer der Befürworter dieser Theorie schon hervorhob, enthält „jede normative Straftheorie irgendein Prinzip der ‚Proportionalität‘“<sup>79</sup>. Die Theorie der „Tatproportionalität“ verlangt, dass die Härte der Strafe zur Schwere der Straftat proportional sein muss. Auf den nächsten Seiten werden insbesondere die philosophischen Grundlagen dieser

<sup>77</sup> Die Autoren sprechen von *moral proportionality*, S. 297.

<sup>78</sup> Vgl. hierzu Teil 3, Kap. 2, Paragraphen 5.1.

<sup>79</sup> R.A. DUFF, *Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?* In W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT, *Tatproportionalität Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Buchenbach-Symposium 1999, p. 23.

Straftheorie behandelt, während die Anwendung einer solchen Straftheorie bei der Strafzumessung erst nachfolgend betrachtet wird.<sup>80</sup>

Für diese Arbeit von Interesse ist, dass der Begriff der *Verhältnismäßigkeit* auch hier verwendet wird. Der Begriff wird in einem negativen Sinne benutzt, insofern er sich auf die Strafen bezieht, deren Höhe im Verhältnis zur Schwere der Straftat unverhältnismäßig ist. Aus der Perspektive der Theorie der „Tatproportionalität“ sind solche Strafen nicht zu rechtfertigen, selbst wenn sie als Mittel zur Erreichung der konsequentialistischen Ziele des Strafrechtssystems durchaus effizient wären.<sup>81</sup>

### *2.2.1. Der Grundgedanke der Tatproportionalität als Möglichkeit einer retributiven Erklärung der Strafe?*

Die Grundlage dieser Theorie besteht hauptsächlich aus dem Verhältnis zwischen geschehener Tat und Strafe. Der Blick ist also vor allem in die Vergangenheit gerichtet. „Wenn die Strafe für die Straftat sein soll, dann muss ihre Art und Härte sicherlich durch die Straftat bestimmt werden.“<sup>82</sup> Die begangene Straftat steht also im Mittelpunkt der Betrachtung, und nur aus ihrem Wert soll man die Schwere der Strafe ableiten können. Andere Erwägungen, wie beispielsweise solche über die Ziele, die mit der Strafe erreicht werden sollen, sind sowohl auf der Ebene der Spezialprävention als auch in Bezug auf die Generalprävention ausgeschlossen. Aus dieser letzten Feststellung könnte man ableiten, dass die Tatproportionalität eher den Vergeltungstheorien zuzuordnen ist: Der Täter hat durch die Begehung einer bestimmten Straftat eine bestimmte Strafschwere verdient. Ein Täter, der eine schwerere Straftat begangen hat, verdient also eine schwerere Strafe. Die Unterschiede zu dem vorher betrachteten Schema des *deserts* sind damit sehr gering.

---

<sup>80</sup> Vgl. hierzu Teil III, Kap. II, Paragraphen 5.1.

<sup>81</sup> s. R.A. DUFF, *zit.*, p. 23.

<sup>82</sup> R.A. DUFF, *zit.*, p. 23.

Manche Autoren<sup>83</sup> haben dennoch versucht, die Theorie der Tatproportionalität aus einer etwas anderen Perspektive zu betrachten und einige „Korrekturen“ vorgeschlagen. Der Zweck einer solchen „Umschreibung“ der Theorie liegt in dem Versuch, die Tatproportionalität nicht als eine schlichte *retributive* Theorie zu betrachten und ihr damit ein „annehmbares“ Gesicht zu geben. Tatsächlich ergibt sich – ohne solche Korrekturen – eine Version von Tatproportionalität, die „*offensichtlich direkt aus einer retributiven Erklärung der Strafe*“<sup>84</sup> entstammt. Um eine solche „Anpassung“ an die *weniger retributiven* Merkmalen zu erreichen, nimmt man das Konzept einer negativ-retributiven Straftheorie als Grundlage. Denn einer negativ-retributiven Straftheorie nach darf der Täter nicht härter bestraft werden, als er verdient. Hier wird also hauptsächlich der negative Aspekt hervorgehoben: Aus dieser Perspektive darf der Wert der Tat nach oben nicht überschritten werden.

Im Gegensatz zur Betrachtungsweise eines negativ-retributiven Ansatzes verlangt ein positiver Ansatz der Proportionalität etwas mehr, und zwar, dass die Strafe im richtigen Verhältnis zur begangenen Tat steht. In diesem Sinne verstanden, bleiben die Merkmale einer Vergeltungstheorie nicht verborgen. Bei dem negativen Ansatz sind die Vergeltungsaspekte dagegen weniger sichtbar, weil ein solcher Ansatz vor allem auf eine Begrenzung der Strafe abzielt. Ausreichend soll also sein, dass die Strafe *nicht unverhältnismäßig* im Vergleich zur geschehenen Tat ist. Eine solche Interpretation, wie man nachfolgend sehen wird, bekräftigt also eine Auslegung der Proportionalität, die sich eher auf ihren negativen Sinn beschränkt. Denn sie würde zwar noch von einer Vergeltungstheorie abstammen, aber zumindest eine andere Bedeutung gewinnen, die sich eher in Richtung der Beschränkung des Strafens stellt.

Wenn es bislang um den Unterschied zwischen einem positiven und einem negativen Ansatz der Proportionalität ging, soll nun noch eine weitere Differenzierung angeführt werden. Dies ist die Unterscheidung zwischen einer *ordinalen* (oder relativen) und einer *kardinalen* (oder absoluten) Proportionalität. Die Begriffe der *ordinalen* und der *kardinalen* Tatproportionalität wurden von von Hirsch und Jareborg als Lösung der Kontroverse um „Spielraum“ oder „Punkt“ bei der Strafzumessungsdiskussion

---

<sup>83</sup> Vgl. hierzu R.A. DUFF, *zit.*, p. 23 ff.; *ders.*, *Penal communications*, in *Crime and Justice*, 20, 1996, S. 1; *ders.*, *Punishment, Communication and Community*, New York, 2000; A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993; H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968.

<sup>84</sup> R.A.DUFF, *zit.*, S. 24.

vorgelegt. Hier soll sich jedoch nur mit den theoretischen und rechtsphilosophischen Grundlagen einer solchen Unterscheidung beschäftigt werden<sup>85</sup>.

### 2.2.2. „Ordinale“ und „kardinale“ Proportionalität

Zunächst zum Begriff der *ordinalen* Proportionalität: Das Strafmaß soll danach beurteilt werden, ob es dem Schweregehalt der Tat, relativ zu dem Schweregehalt anderer Straftaten, entspricht.<sup>86</sup> Ordinale Proportionalität betrifft also die Frage, „*wie eine Tat im Vergleich zu ähnlichen anderen Straftaten und zu Straftaten größerer oder geringerer Schwere bestraft werden soll*“<sup>87</sup>. Diese Aussage erinnert an die Sanktionsskala von Davis, die letztlich aus einem System mit verschiedenen Tatschweren – auch wenn Davis lieber von Verhaltensschwere spricht – besteht. Tatsächlich wird die Wahl einer Strafe im relativen bzw. ordinalen Sinne einfach: Innerhalb einer existierenden Skala auszuwählen, ist sicherlich einfacher, als wenn die Unter- und Obergrenzen einer solchen Skala oder die unterschiedlichen Strafarten noch festgelegt werden müssen. Diese Skala festzulegen, ist die Aufgabe einer sog. *kardinalen* Tatproportionalität.

Das bedeutet: Wenn die Strafen in Entsprechung zur relativen Tatschwere abgestuft worden sind, muss die bestehende Strafskala – die der Werteskala einer bestimmten Gesellschaft entspricht – neu definiert werden<sup>88</sup>. Der Begriff der *kardinalen* Proportionalität bezieht sich also auf die „Bandbreite“ und die „Eckdaten“ der Sanktionsskala<sup>89</sup>. Die Festlegung der *kardinalen* oder *absoluten* Proportionalität scheint eine schwierigere Aufgabe zu sein. Denn wenn man die Strafen für andere

<sup>85</sup> Für die Betrachtungen über die Strafzumessungslehre, s. Teil III, Kap. II.

<sup>86</sup> Von *ordinaler* und *kardinaler* Proportionalität spricht von Hirsch, in A. VON HIRSCH-N. JAREBORG, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit – Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991, S. 25; VON HIRSCH, *Past or Future Crimes*, Manchester, 1985, Kap. 4; zu der Unterscheidung von ordinaler und kardinaler Proportionalität s. *ders.*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 60 ff.

<sup>87</sup> A. VON HIRSCH, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 62.

<sup>88</sup> Das sieht das Schema von von Hirsch vor, während, wie schon gezeigt, das von Davis aufgebaute System ein anderes Verfahren vorsieht: Dort wird tatsächlich die Untergrenze sofort festgelegt, und dann die verschiedenen Strafen und anschließend die Taten eingestuft. s. oben par. 2.1.1.1.

<sup>89</sup> VON HIRSCH-JAREBORG, *Strafmaß*, *zit.*, S. 25.

Delikte bereits festgesetzt hat, kann man sich durch Vergleiche der jeweiligen Strafe annähern. Gibt es also einen Ausgangspunkt bei der Beurteilung der *ordinalen* Proportionalität – nämlich die schon festgelegte Strafe für eine ähnliche Straftat –, so fehlt dieser für die *kardinale* Proportionalität, denn die „*kardinale Reichweite betrifft gerade das Finden eines solchen Ausgangspunkts*“<sup>90</sup>.

Wenn die Beurteilung in *kardinalen* Kategorien stattfindet, „*ist jedoch relevant, dass der in der Übelzufügung enthaltene Tadel auf einer Konvention beruht, die bestimmte Grade der Missbilligung durch vorgegebene Strafniveaus ausdrückt*“<sup>91</sup>. Das Maß an Missbilligung stellt letztlich eine gesellschaftliche Übereinkunft dar. Man beginnt also mit dem Bau einer Sanktionsskala; in sie werden die verschiedenen Straftaten nach den Kriterien einer *ordinalen* Tatproportionalität eingestuft; danach kann man diese Skala bzw. das allgemeine Repressionsniveau nach oben oder nach unten verschieben, je nach Verminderung oder Erhöhung aller Sanktionen, die man nach einer bestimmten Übereinkunft verhängen will.

In Bezug auf die Kriterien, mit denen eine tatproportionale Strafe bemessen werden könnte, soll hier kurz näher auf das von den erwähnten Autoren vorgelegte Schema eingegangen werden. Hier, wie bei der Rekonstruktion von Davis<sup>92</sup>, geht man davon aus, dass die Bewertung des Erfolgsunrechts von einem *vernünftigen Dritten* vorgenommen wird. Die Rekonstruktion, die von Hirsch und Jareborg<sup>93</sup> vorgelegt haben, sieht ein Schema mit vier Ebenen vor. Jeder Ebene entspricht eine Lebensqualität, über die eine Person verfügt. Zum Beispiel seien die elementarsten Voraussetzungen für menschliches Überleben der untersten Ebene der Lebensqualität zuzuordnen (wie die physischen und kognitiven Grundfunktionen), während die vierte, nämlich die höchste Stufe der Lebensqualität, schließlich *gesteigertes Wohlbefinden* voraussetze.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> A. VON HIRSCH, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 64.

<sup>91</sup> *Ebd.*

<sup>92</sup> s. oben par. 2.1.1.1.

<sup>93</sup> T. HÖRNLE, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität* in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 107.

<sup>94</sup> Hier handelt es sich um den Besitz von materiellen Gütern, die nicht notwendig sind, die aber die Lebensqualität deutlich steigern können. Vgl. hierzu A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis* in *Oxford J Legal Studies*, 1991, 11, (1), S. 17 und T. HÖRNLE, *Kriterien*, *zit.*, S. 108.

Aus diesem Schema ergeben sich – bezüglich des Erfolgsunrechts – mithin fünf Kategorien der Tatschwere: Ein *geringfügiges Erfolgsunrecht* (die fünfte Ebene) beeinträchtigt zunächst nicht einmal Interessen auf der vierten Ebene der Lebensqualität. Dann kommt das *mittelschwere Erfolgsunrecht*, das bei Straftaten vorliegen soll, die sie sich auf ein angemessenes Wohlbefinden auswirken. Die nächste Stufe betrifft Taten mit gravierendem Erfolgsunrecht, weil diese Straftaten die Bedingungen für ein minimales Wohlbefinden des Opfers beeinträchtigen. Zum Schluss kommt das gravierendste Erfolgsunrecht, das bei solchen Taten vorliegen soll, die die erste Stufe der Lebensqualität tangieren und sich damit auf die Voraussetzungen zum Überleben des Opfers auswirken.<sup>95</sup>

Wie man gesehen hat, erscheint also die Tatproportionalität zunächst als ein Versuch, die Probleme der Strafzumessung zu lösen. Im Gegensatz zur Spielraumtheorie bietet die Tatproportionalität die Möglichkeit, die Bewertung der Tat durch die zwei betrachteten Aspekten der *ordinalen* und *kardinalen* Proportionalität besser zu bewältigen.

### 2.3. Die präventiven Theorien und das Konzept der Verhältnismäßigkeit<sup>96</sup>

Spiegelt die absolute Straftheorie, die in der Strafverhängung nichts weiter als die reine Kompensierung der Straftat sieht, das „pure“ Konzept der Verhältnismäßigkeit in sich wider? Wie schon gezeigt wurde, müssen die Einheiten „Straftatbestand“ und „Strafe“ in einem Verhältnis zueinander stehen, wonach die Strafe den Schaden der Straftat ausgleicht. Die Autorin geht davon aus, dass diese Idee der Kompensierung einer Straftat durch eine Strafe im Bereich eines angemessenen Strafsystems, das nicht nur

---

<sup>95</sup> A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Gauging*, zit., S. 28 und T. HÖRNLE, *Kriterien*, zit., S. 108. Gegen bindende Strafzumessungsrichtlinien hat sich Wolfgang Frisch geäußert: „die Gefahr besteht, dass rigide Festlegungen, wenn sie nicht fortlaufend geändert werden, allmählich zur festgeschriebenen Ungerechtigkeit werden“, W. FRISCH, *Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus* in A. VON HIRSCH, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.) zit., S. 167.

<sup>96</sup> Vgl. Literaturhinweise gemäß Fn. 10 dieses Kapitels.

die kardinale, sondern auch die *ordinale* Verhältnismäßigkeit berücksichtigt<sup>97</sup>, die Voraussetzung und Prämisse einer jeden Straftheorie ist. Wie durch die Darstellung der *deterrence*-Theorie teilweise vorweggenommen wurde<sup>98</sup>, stellt dieses Denkmuster, wonach jeder Straftat die *rechte* Strafe zuerteilt werden muss, also jene Strafe, die verhältnismäßig zu der Schwere des Straftatbestands und zu den Strafen anderer Straftaten ist, auch aus Sicht der relativen Straftheorien einen theoretischen Ausgangspunkt dar. Tatsächlich verzichten die präventiven Theorien nicht auf das Verfahren der Strafzumessung. Doch warum? Es ist in der Tat undenkbar, dass eine präventive Straftheorie – für den Zweck der Abschreckung oder der Resozialisierung – die Abschaffung der Strafen oder die Erhöhung aller Strafen, unabhängig von der Frage, welches *Quantum* an Strafe gerecht ist – sei es im Verhältnis zum abstrakten Straftatbestand, sei es im Verhältnis zu den Strafen, die für andere Straftatbestände gelten –, fordern könnte<sup>99</sup>. Man denke beispielsweise an eine Gesellschaft, die in einem bestimmten historischen Augenblick von einer schlimmen Wirtschaftskrise getroffen wird und infolgedessen einen rasanten Anstieg von Bilanzfälschungen verzeichnen muss. Würde der Gesetzgeber, in der Absicht, einen effizienten Abschreckungseffekt hervorzurufen und somit die Menschen davon abzuhalten, weitere Bilanzfälschungen zu begehen, mit einer massiven Anhebung der Strafe für diesen Straftatbestand reagieren oder – da er befürchtet, das betrügerische Verhalten könnte das gesamte Wirtschaftsgewebe der Gesellschaft zerstören – sogar vergleichbar hohe Strafen wie für das Delikt der vorsätzlichen Tötung ansetzen, würde dies wahrscheinlich auch vom erbittertsten Verfechter der Generalprävention intuitiv als „ungerecht“ bezeichnet werden. Oder man denke an eine Gesellschaft, die in einem bestimmten historischen Augenblick Umerziehung und Resozialisierung des Straftäters für den einzigen Strafzweck hält. Der Gesetzgeber könnte aufgrund dessen eine sehr hohe Strafe z. B. für die Straftat der Pädophilie anordnen, auch höher als für Massenmord, da der Resozialisierungsprozess des pädophilen Straftäters einen sehr langen Zeitraum beansprucht. Die Resozialisierungsanforderungen könnten natürlich auch über die Strafvollstreckung hinaus oder ein ganzes Leben lang notwendig sein.

---

<sup>97</sup> Zu den Konzepten der *ordinalen* und *kardinalen* Verhältnismäßigkeit siehe auch Teil 3, Kap. 2, § 5.1. (insbesondere den Beitrag von A.VON HIRSCH, *Proportionality*, zit.).

<sup>98</sup> Siehe unter Punkt 2.1.1.2.

<sup>99</sup> D.h. sowohl im Verhältnis zu der „kardinalen“ Verhältnismäßigkeit, als auch im Verhältnis zu der „ordinalen“ siehe *infra* Kap.3.

Doch auch dieses Szenario erscheint *ictu oculi* ungerecht. Diese Kritikpunkte der Resozialisierungstheorie, die in der gemeinschaftlichen Reintegration die einzige Strafrechtfertigung sieht, sind jedoch wohlbekannt und werden an dieser Stelle nicht weiter erörtert.

Die Frage ist, ob in den beiden Beispielen ein gewisses *Quantum*, eine Basisschwelle, innerhalb der eine Strafe für ein bestimmtes Verhalten für *gerecht* gilt, festgestellt werden kann oder ob diese durch den Gesetzgeber zum Zwecke der Generalprävention oder der Spezialprävention verletzt worden ist.

Um eine derartige Fragestellung zu erörtern, muss zunächst der hypothetische Fall eines kriminellen Verhaltens behandelt werden, für das aufgrund von strafzweckdienlichen Erwägungen keine Strafe verhängt wird. Man denke zum Beispiel an einen Straftäter, der nicht als resozialisierungsbedürftig eingestuft wird, da er mit seinem Verhalten bewiesen hat, das soziale Unrecht seines Verhaltens begriffen zu haben<sup>100</sup>. Ein Strafsystem, das sich durch eine ausschließlich spezialpräventive Gesinnung auszeichnet, sollte somit auch die Möglichkeit haben, keine Strafe verhängen zu können. Warum in der Tat einen Menschen bestrafen, wenn das Ziel, wofür die Strafe verhängt wird, bereits erreicht wurde? Damit sind nicht die Fälle gemeint, in denen für eine sehr leichte Straftat von der Strafe abgesehen werden kann, wie beispielsweise in Deutschland<sup>101</sup>. Man denke vielmehr an diejenigen Straftaten, auf die aufgrund ihres Schweregrads – um auf Italien zurückzukommen – das Institut der Strafaussetzung nicht anwendbar ist. Warum sollte man nicht *tout court* auf die Strafe verzichten können? Was treibt uns dazu zu denken, dass eine derartige Entscheidung – einen Straftäter, der eine schwere Straftat begangen hat, nicht zu bestrafen<sup>102</sup> – nicht richtig sei, und was treibt den Gesetzgeber folglich dazu, zwei, zweieinhalb oder drei Jahre als unterste Strafgrenze festzulegen, um von der Strafaussetzung profitieren zu dürfen? Für sehr schwere Straftaten würde die Gewährung der Strafaussetzung wahrscheinlich in der Tat als ungerecht und

---

<sup>100</sup> Man nehme beispielsweise den Fall, in dem der Straftäter Schadensersatz leistet oder das Opfer besucht.

<sup>101</sup> § 60 StGB sieht das Absehen von Strafe „wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat.“

<sup>102</sup> Im Falle, dass der Angeklagte verantwortlich ist und keine anderen Bedingungen den Strafvollzug verhindern.

unverhältnismäßig zu der Schwere des Strafverhaltens erscheinen. Ist es deshalb nicht sinnvoll, die generalpräventiven oder spezialpräventiven Ziele im Prozess der Strafzumessung zu einem späteren Zeitpunkt bezüglich der Kernentscheidung – dem Verhältnis zwischen Straftat und Strafe – zu berücksichtigen und die Strafe somit erst nach dieser Art Basisentscheidung, je nach Zielsetzung, anzupassen?

In diesem Zusammenhang würde die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Strafe auf den Zeitpunkt der erstmaligen, grundsätzlichen Strafzumessung begrenzt und die Strafe zu einem späteren Zeitpunkt, je nach Strafzweck, der verfolgt werden soll, angepasst. Das Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Straftheorien sollte durch die Trennung dieser beiden Momente neu definiert werden: die Zumessung eines ersten, provisorischen Strafquantums für die Straftat und die Definition eines spezifischeren Strafprofils, das sich am Strafzweck, der verfolgt werden soll, orientiert<sup>103</sup>.

#### *2.4. Ein tertium genus innerhalb der klassischen Zweiteilung zwischen absoluten und relativen Straftheorien: die expressiven Straftheorien*

In der Rechtslehre werden die Straftheorien, je nachdem, ob dem Strafverhängen ein bestimmter Strafzweck beigemessen wird oder nicht, in absolute und relative unterteilt<sup>104</sup>. Ein Teil der Rechtslehre hat in die Debatte rund um die Straftheorie – manchmal auf zögernde Art und Weise, aber ohne jemals zu verstummen<sup>105</sup> – die Einführung einer dritten Kategorie, jene der expressiven Straftheorien, gefordert. Diese Kategorie zeichne sich einerseits, wie die absoluten Straftheorien, durch den

---

<sup>103</sup> Dementsprechend äußert sich auch von Hirsch (A. VON HIRSCH, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991, S. 16ff.; sowie A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, zit., passim). Der Autor behauptet, dass die Spezialprävention die Art und Weise der Bestrafung beeinflussen kann, was jedoch die Strafhärte anbelangt, wird nur auf der Grundlage der *fairness* und nicht aufgrund der Verfolgung eines Strafzwecks entschieden. Diese Ansicht erinnert an Davis Theorie, wo *local reasons* die Wahl der Strafe und die Vollstreckungsmodalitäten bestimmen. (M.DAVIS, *How to make the punishment fit the crime*, zit., S. 741).

<sup>104</sup> Zum Thema Straftheorien vgl. Cavalla (CAVALLA-ZANUSO-FUSELLI-VELO DALBRENTA-REGGIO, *Ripensare la pena, Teorie e problemi nella riflessione moderna*, zit.); auch für weitere Bibliografiehinweise.

<sup>105</sup> Dazu T. HÖRNLE, *Straftheorien*, zit. passim.

starken Bezug zum Geschehenen und der Unabwendbarkeit des Strafverhängens aus, andererseits durch eine Zwecksetzung der Strafe, wie in den präventiven Theorien. Der Zweck bestehe jedoch nicht in der Verringerung der Kriminalität, sondern vielmehr im Schutz der Interessen, die einen (definierten) Zusammenhang mit der strafbaren Handlung, die begangen wurde, aufweisen. Die expressiven Strafadeen unterstreichen die kommunikative und symbolische Bedeutung der verurteilenden Richtersprüche. Diese Kategorie unterteilt sich ihrerseits<sup>106</sup> in expressive Straftheorien, die sich an die Menschen richten und jene, die sich an Normen richten. Die Kernaussage der ersten besteht in der Anschuldigung, die an die Menschen gerichtet wird<sup>107</sup> - sowohl an den Straftäter als auch an das Opfer und die anderen Menschen, die in die Straftat verwickelt sind. Die expressiven Straftheorien, die sich hingegen an den Normen orientieren, tendieren dazu, die Geltung der Strafnormen, gegen die durch die Straftat verstoßen wurde, zu bekräftigen. Die Mitbürger sollen an das Gebot/Verbot bestimmter Verhaltensweisen mahnend erinnert werden<sup>108</sup>.

Bezüglich der expressiven Straftheorien, die sich an die Normen richten, würdigt ein Teil der Rechtslehre eher ihren moralisch-philosophischen als ihren juristischen Aspekt. Dadurch wird eindeutig an den typischen angloamerikanischen straftheoretischen Ansatz angebunden, der das Strafrecht als Ausdruck einer „angewandten“ moralischen Philosophie versteht<sup>109</sup>. Die Bestrafung diene dazu, so Vertreter dieser Rechtslehre, dem Straftäter mitzuteilen, dass die Gesellschaft sein Verhalten missbillige<sup>110</sup>. Die Kernaussage des expressiven Gehalts der Strafe liege darin, das Ausmaß der Rechtsverletzung, das durch die Strafhandlung des Straftäters verursacht wurde, ans Licht zu bringen. Man will dem Straftäter somit bewusst machen, dass er eine Tat begangen hat, die von der Gesellschaft abgelehnt wird, da sie Rechte anderer verletzt. Man kann sagen, dass dieses Strafverständnis Ähnlichkeiten zur Resozialisierungsidee der spezialpräventiven Straftheorien aufweist. Wenn aber die Absicht der expressiven Theorie ausschließlich darin besteht, dem Täter *tout court*

---

<sup>106</sup> s. T. HÖRNLE, *Straftheorien*, zit. S. 29.

<sup>107</sup> R. WASSERSTROM, *Philosophy and Special Issues: Five studies*, 1980, S. 112-51.

<sup>108</sup> s. T. HÖRNLE, *Straftheorien*, zit., S. 29

<sup>109</sup> *Ebd.*, S. 30.

<sup>110</sup> A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, cit., S. 67, wo von Hirsch das Beispiel über die Unterschiedlichkeit zwischen den Steuern und den Geldstrafen macht: beide bestünden in der Zahlung einer bestimmten Summe, aber die Geldstrafen vermitteln eine Missbilligung und einen Vorwurf für den Straftäter.

die Rechtsverletzung vorzuwerfen, fallen wir zurück in den Teufelskreis des Prinzips *quia peccetur* und somit in die absolute *desert theory*<sup>111</sup>. Wenn jedoch die Mitteilung, die durch die Strafverhängung vermittelt werden soll, eine Begründung darüber vor Augen führt, warum eine Gesellschaft die Handlung für strafbar hält – und auf diese Weise die Opferposition und die Rechtsverletzung, die aus der Straftat resultieren, hervorgehoben werden –, könnten die expressiven Straftheorien einen konzeptuellen und theoretischen Nährboden bieten, der für die Definition des Strafbegriffs und vor allem für die Beleuchtung der Rolle des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Verhältnis zu den klassischen – präventiven und absoluten – Straftheorien geeigneter ist.

Innerhalb der expressiven Straftheorien hilft der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Tat, die Natur der Mitteilung, womit der Vorwurf gegenüber dem Straftäter ausgedrückt wird, zu definieren: Über die Verhängung der Strafe wird das genaue Ausmaß des Unrechts der Straftat – alleiniger Maßstab für die Strafzumessung – mitgeteilt. Dementsprechend kann nur ein, bezüglich des Unrechts verhältnismäßiger Vorwurf, eine Mitteilung rechten Inhalts und somit eine glaubwürdige Mahnung an die Gesellschaft darstellen<sup>112</sup>.

Nicht nur, wie erwähnt wurde, kann über eine sog. säkularisierte Version der expressiven Straftheorien, wonach sich die Bestrafung nicht nur im moralischen Vorwurf der Rechtsüberschreitung erschöpft, sondern sich auch auf die Mitteilung des Inhalts der Rechtsverletzung konzentriert, das Opfer der Straftat selbst Teil der Mitteilung werden. Das Opfer ist Teil des *Quantums* an Rechtsverletzung, die durch die Straftat verursacht wurde. Mit anderen Worten: Diese Ansicht kann den Weg zu einem erweiterten Strafverständnis ebnen, innerhalb dessen auch dem dialektischen Verhältnis zwischen Straftäter und Strafoffer eine bestimmte Wichtigkeit verliehen wird – wie das Modell der sog. *restorative Justice* vorgeschlagen hat<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> s. oben par. 1.1.

<sup>112</sup> In diesem Sinne A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, zit., S. 55.

<sup>113</sup> Zum Verhältnis zwischen der *restorative justice* und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vgl. T. KIRCHENGAST, *Proportionality in Sentencing and the Restorative Justice Paradigm: 'Just Deserts' for Victims and Defendants Alike?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 4 (2), 2010, S. 197-213.

## SINTESI

Nel presente capitolo si è approfondito il ruolo ed il significato assunti dalla nozione di proporzionalità nell'ambito delle teorie della pena, nonché il ruolo svolto da tale nozione in ognuna di essa. Nell'ambito delle teorie assolute, e specialmente nell'ambito delle teorie del *just desert*, la proporzionalità – nient'altro che un sinonimo di ragionevolezza e *fairness* – diventa la chiave di volta per determinare l'entità del rimprovero e dunque la porzione di pena che si può infliggere all'autore per il reato commesso. Si è approfondito lo schema proposto da Davis mediante il quale si attribuiscono ai reati determinati *quantum* di pena; ciò in quanto si è voluto mettere in luce il rapporto tra la concezione di razionalità e quella di proporzionalità, concezioni che peraltro l'autore ci aiuta a riportare sul terreno delle conoscenze a disposizione dei consociati, dal momento che individua nel *most rational person* il soggetto in grado di definire la scala dei reati e delle pene. Sebbene si tratti, come accennato nel paragrafo dedicato al modello di Davis, di un'astrazione non scevra da critiche, proprio per la comprensibile difficoltà di calare una siffatta astrazione nella realtà delle definizioni delle cornici edittali della pena, un tale modello appare significativo perché riporta il concetto di proporzionalità ad una dimensione legata alla nozione di *fairness* e di ragionevolezza, costituendo in tal modo il punto di partenza teoretico per la ricostruzione di un principio di proporzionalità valido anche sul piano pratico delle pronunce giurisprudenziali. L'accezione della proporzionalità come nozione a portata di intuizione dei consociati è peraltro il *Leitmotiv* anche degli studi condotti da Robinson e Darley. Come si è visto, infatti, a determinati soggetti-campione coinvolti nelle ricerche è stato richiesto di assegnare un *quantum* di pena per determinati reati e di esprimersi sulla veridicità di talune asserzioni riconducibili a diverse teorie sulla pena: i giudizi di tali soggetti si sono mostrati più sensibili al variare dei fattori tipici del *just desert* (intensità e valore del danno causato dal reato e circostanze in cui lo stesso si è verificato), piuttosto che a quelli tipici della teoria della deterrenza (ovvero *detection* e *publicity*). Anche nelle teorie preventive la nozione di proporzionalità diviene rilevante: ciò avviene nel momento appena antecedente la definizione delle finalità di deterrenza o risocializzazione, ovvero al momento in cui si stabilisce il *kern*

di pena appropriato per una determinata azione criminosa, da rielaborare, poi, in relazione alle finalità che ci si propone di raggiungere mediante la pena.

La proporzionalità costituisce il fondamento concettuale anche della teoria della “Tatproportionalitat“, ovvero “proporzionalità rispetto al fatto”, in base alla quale il *quantum* di pena deve definirsi guardando esclusivamente al fatto (Tat) di reato. Qualsiasi altra considerazione sulle finalità della pena sono, secondo siffatta prospettiva, da escludersi. Per stemperare la connotazione di stampo retributivo che si riconosce in una tale impostazione, una parte dei teorici sostenitori della “Tatproportionalitat“ hanno proposto un’accezione negativa della stessa, in base alla quale un soggetto *non può* essere punito più gravemente di quanto abbia meritato attraverso la commissione di un determinato reato. Rifiutando, dunque, la ricerca di quella “giusta proporzione” fra fatto e sanzione che potrebbe portare – più facilmente che in un approccio di tipo “negativo” – al superamento della soglia di pena dovuta rispetto al fatto. Suddetta teoria ha avanzato inoltre la distinzione tra proporzionalità “ordinale” e “cardinale”: in base alla prima la definizione della pena deve tenere conto delle pene già definite in relazione ai reati di maggiore e minore gravità, e dunque collocarsi coerentemente all’interno del sistema delle pene già esistente (anche detta proporzionalità “relativa”); con la seconda espressione si intende, invece, la coerenza di una pena rispetto ad una scala di valori di riferimento. La teoria della “Tatproportionalitat“ viene sviluppata da una dottrina interna ai “filosofi della punizione” di origine americana e successivamente “importata” all’interno del vivace dibattito tedesco sulla determinazione della pena (“*Strafzumessung*”) da Schünemann e Hörnle.

Nell’ambito delle teorie espressive, infine, la nozione di proporzionalità determina le caratteristiche del rimprovero da muovere all’autore: sia che si tratti delle teorie espressive rivolte alle persone (che dunque si concentrano sul messaggio di rimprovero rivolto al soggetto), sia che si tratti dell’accezione laicizzata della medesima teoria (teoria espressiva rivolta alle norme), sul principio di proporzionalità si fondano le fattezze e le caratteristiche sostanziali di tale messaggio, senza le quali il rimprovero non potrebbe essere recepito come tale ne dall’autore, né dai consociati.

TEIL II

TEIL II

DIE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS PRINZIP IN DER  
ITALIENISCHEN RECHTSPRECHUNG

## TEIL II

KAPITEL I  
EINFÜHRUNG IN DIE URSPRÜNGE DES  
VERHÄLTNISMÄßIGKEITSGRUNDSATZES

*1. Prämisse*

Was scheint der gemeinsame Nenner der im vorangegangenen Kapitel dargelegten Theorien zu sein? Alle haben ihre eigene Sichtweise auf das Verhältnis zwischen Straftat und Strafe – die sich mehr oder weniger in die kriminologische Realität hineinversetzt, auf die sie sich beziehen –, und vor allem scheinen die Theorien den Begriff der *Verhältnismäßigkeit* eher umgangssprachlich als fachtechnisch für das richtige Verhältnis zwischen zwei Größen zu verwenden. Könnte in diesem Sinne der von einem Gericht verwendete Begriff „Verhältnismäßigkeit“ derselbe sein, wie er von den Personen verwendet wurde, die von Robinson und Darley für die Studien interviewt wurden, auf die im vorangegangenen Kapitel verwiesen wurde - von Personen, denen die eventuelle technische Bedeutung des Begriffs fremd war, die sich jedoch auf diesen beziehen und allgemein auf ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen zwei Größen?

Allerdings muss darauf verwiesen werden, dass der Begriff *Verhältnismäßigkeit*, insbesondere in der italienischen Rechtsordnung, häufig losgelöst von einem streng umrissenen Grundsatz verwendet wird und dies im Gegensatz, z. B. zum Grundsatz der Gesetzlichkeit, dessen Festlegungen, wenn diese sich auch angesichts der zahlreichen Überschneidungen mit übernationalen Rechtsordnungen fortwährend weiterentwickeln, recht fest umrissen sind. Nimmt man auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bezug, ist, insbesondere, was die italienische Rechtsordnung betrifft, also nicht eindeutig, wovon die Rede ist. Sowohl in der

## TEIL II

italienischen als auch in der deutschen Verfassung<sup>1</sup> ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht wörtlich niedergelegt. Hiergegen ließe sich der Einwand erheben, dass es sich in jedem Fall um einen Grundsatz handelt, der aus der Gesamtheit der Grundsätze der Rechtsordnung gefolgert werden kann und muss.

Deshalb wurde der Versuch unternommen, den Blick auch auf Rechtsordnungen zu richten, in denen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem die eindeutige Rolle zuteil wird, staatliches Handeln einzuschränken, klarer definiert wurde, wie in der deutschen und in der europäischen Rechtsordnung. Da zum staatlichen Handeln auch die Festlegung des Strafmaßes und danach die Verhängung der Strafe gehört, soll, hauptsächlich, was den Bereich der Strafen betrifft, näher auf die Bedeutung einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingegangen werden.

Ein Blick auf die italienische Rechtsprechung setzt die Betrachtung der Ursprünge des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus. Dieser wurde in anderen Rechtssystemen bereits seit geraumer Zeit als Ausgangspunkt für die Regulierung staatlicher Maßnahmen anerkannt. Dabei handelt es sich, wie bereits dargelegt, hauptsächlich um das deutsche Rechtssystem, aber auch um die Rechtsordnung der Europäischen Union, in der dieser Grundsatz, dank der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, herausgearbeitet wurde.

### *2. Die Ursprünge*

#### *2.1. Deutsches Polizeirecht und öffentliches Recht – kurze Hinweise*

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entstand im Zusammenhang mit dem deutschen *Polizeirecht*, in dem das Erfordernis festgelegt wurde, dass die Einschränkung der persönlichen Freiheit nie darüber hinausgehen dürfe, was zur Erreichung des von der Behörde verfolgten öffentlichen Interesses absolut notwendig erscheint. Dieser Grundsatz konnte in der Formel von Fleiner zusammengefasst werden: *“Die Polizei*

---

<sup>1</sup> Hingegen nimmt Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausdrücklich Bezug auf die Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlichen Handelns, denn sie lautet *“Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismäßig sein”*.

## TEIL II

*soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen [...] Das schärfste Mittel muss stets die ultima ratio bleiben. Der polizeiliche Eingriff muss den Verhältnissen angemessen, er muss verhältnismäßig sein*<sup>2</sup>. Mit anderen Worten: Staatliche Maßnahmen haben in der konkreten Situation und bezogen auf das zu erreichende Ziel zweckmäßig und angemessen zu sein.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelte sich insbesondere im deutschen Recht aus dem Zusammenspiel dreier verschiedener Elemente, die bereits seit dem bekannten Apothekenurteil<sup>3</sup> von der Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts in dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinn zusammengefasst wurden. Es handelt sich dabei um die drei Elemente *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* und *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne (Angemessenheit)*.

Der Maßstab der Geeignetheit wurde vom deutschen BVerfG wirksam in seinem bekannten Urteil von 1971 beschrieben, in dem erläutert wurde, dass ein Mittel zur Erreichung eines erstrebten Zwecks geeignet ist, „*wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.*“<sup>4</sup> Im gleichen Urteil hat das BVerfG erläutert, dass die durchgeführte Prognose gerechtfertigt und vernünftig sein muss, die abstrakte Möglichkeit, dass der Zweck erreicht wird, jedoch ausreicht. Das deutsche Verfassungsgericht bezieht sich tatsächlich immer auf eine mögliche Ex-ante-Bewertung: Es wird in jedem Fall auch die Möglichkeit anerkannt, die Bewertung, was die mögliche künftige Entwicklung von Ereignissen betrifft, zu verfehlen.

Der Maßstab der Erforderlichkeit kann hingegen wirksam mit folgenden Worten zusammengefasst werden: „*Auferlegung des mildesten Mittels*“. Er impliziert also, dass die Wahl des Mittels zur Erzielung eines Ergebnisses von der Voraussetzung auszugehen hat, dass kein anderes Mittel zur Verfügung steht, das gleichermaßen effektiv ist und sich weniger nachteilig auf die Sphäre des Einzelnen auswirkt. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Prüfung der Erforderlichkeit in den Urteilen der

---

<sup>2</sup> F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, S. 354.

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 377 in dem zu lesen ist: „*die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen dürfen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen*“.

<sup>4</sup> BVerfGE 30, 292 ff. Das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können (BVerfGE 19, 330, 337; 25, 1, 17 ff.).

## TEIL II

deutschen Rechtsprechung zum Öffentlichen Recht einzig eine Beurteilung der tendenziellen Gleichwertigkeit der Ergebnisse beinhaltet, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass der Adressat des Verwaltungsaktes in einigen Fällen selbst die Möglichkeit hat, der Verwaltung Alternativmaßnahmen vorzuschlagen. Diese Möglichkeit stellt bereits einen wichtigen Unterschied zwischen diesem Rechtsbereich und dem Strafrecht dar, in dem die Person, welche die Maßnahme *rectius* die Strafe, auf sich zu nehmen hat, in der Mehrzahl der Fälle<sup>5</sup> nicht in der Lage ist, die Art der Strafe zu wählen.

Der andere Bewertungsmaßstab wird schließlich *die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* genannt. Dieser hat sich erst nach 1945, d.h. nach den Erfahrungen mit dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Staates, vollständig behauptet. Die Einhaltung des dritten Maßstabes bedeutet, stark zusammengefasst, dass die von der Staatsmacht vorgenommene Maßnahme nicht so übertrieben auf dem Betroffenen lasten darf, dass sie unerträglich wird. Die der Anwendung dieses Maßstabs innewohnende Abwägung wird, was deren Ergebnis betrifft, notwendigerweise davon beeinflusst, wie einschneidend der geplante Eingriff ist: Je stärker in die Rechtssphäre des Einzelnen eingegriffen werden soll, um so höher muss das generelle Interesse der Allgemeinheit sein, die durch diesen Eingriff geschützt werden soll<sup>6</sup>. Folge der Anwendung dieses dritten Bewertungsmaßstabes ist es, dass die Staatsmacht von der Vornahme der betreffenden Maßnahme auch dann Abstand nehmen sollte, wenn diese ansonsten geeignet und erforderlich ist<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Ausgenommen selbstverständlich die Fälle, in denen der Angeklagte die Anwendung von Ersatzstrafen beantragen kann, wie in Abschnitt II, (Art. 77 bis 85) des Gesetzes über die Ersatzstrafen für kurze Freiheitsstrafen (Gesetz Nr. 689 vom 24.11.1981).

<sup>6</sup> BVerfGE 11, 30.

<sup>7</sup> Zu diesem Punkt siehe P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln, 1961, S. 129 ff. und D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, S. 1107 ff.

## TEIL II

### 2.2. Die Entwicklung des Grundsatzes innerhalb der europäischen Rechtsprechung zum Öffentlichen Recht – kurze Hinweise

Die Ursprünge des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liegen auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, der die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit mittels der Maßstäbe *Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* vorgenommen hat, ohne jedoch eine feststehende Definition des Grundsatzes zu entwickeln.

Der Gerichtshof hat auf ihn bereits seit Beginn seiner Rechtssprechung<sup>8</sup> ausdrücklich Bezug genommen, und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat sich dann im Laufe der Zeit als bedeutendes Werkzeug der gerichtlichen Überprüfung behauptet, das auf beinahe alle Bereiche des Rechts der Europäischen Union Anwendung gefunden hat. Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes kommt diesem Prinzip, als allgemeinem Grundsatz, der einschränkende Maßnahmen der Gemeinschaft, einschließlich der vom Gesetzgeber erlassenen, eingrenzen möchte, ein verfassungsrechtlicher Rang zu<sup>9</sup>. Der Vertrag von Maastricht 1992 hat im Übrigen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, beschränkt auf die Voraussetzung der Erforderlichkeit, direkt in sich aufgenommen und zwar in Art. 3 B (der dann zu Art. 5 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird), der sich jedoch nur auf die Tätigkeiten der Institutionen der Gemeinschaft bezog. In der Folgezeit wurde dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit dem Vertrag von Amsterdam 1997 ein eigenes Protokoll gewidmet, dessen erste Fassung im Wesentlichen Art. 3 B wiedergab, wobei jedoch zusätzlich ausdrücklich präzisiert wurde, dass „jede Institution“ den Grundsatz einzuhalten hat. Das betreffende Protokoll (jetzt Protokoll Nr. 2) wurde mit ein paar Änderungen auch in den Vertrag von Lissabon aufgenommen, der am 01.12.2009 in Kraft trat und den alten Art. 5 des

---

<sup>8</sup> EuGH., 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, S. 199 ff.; EuGH., 14.12.1962, in den zusammengelegten Verfahren C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ff.; EuGH., 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Racc.*, 1964, S. 175 ff.

<sup>9</sup> EuGH., 17.12.1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125 ff.; EuGH., 24.10.1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Racc.*, 1973, S. 1091 ff. Zum Thema auch D. U. GALETTA, *zit.*, S. 1107 ff.

## TEIL II

Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft durch Art. 5 EUV ersetzt hat<sup>10</sup>.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Recht der Europäischen Union immer als Handlungsgrundsatz durchgesetzt hat. Es behauptet sich entweder in seiner Eigenschaft als allgemeiner, von der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes anerkannter Grundsatz des EU-Rechts, oder es setzt sich, insbesondere, was die Handlungen der EU-Institutionen betrifft, durch, weil es ausdrücklich im EUV erwähnt wurde, der sich hierbei jedoch allein auf das Element der Erforderlichkeit bezieht. Daraus folgt jedoch in beiden Fällen, dass er einen den primärrechtlichen Normen des Unionsrechts übergeordneten Grundsatz darstellt<sup>11</sup>.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird außerdem in zahlreichen Vorschriften des Primärrechts (oder auch des Sekundärrechts) ausdrücklich erwähnt: in für bestimmte Branchen geltenden Verordnungen und Richtlinien, die seinen Anwendungsbereich von Mal zu Mal präzisieren, ohne ihm jedoch seine „superprimäre“ Natur abzusprechen.

Bevor erläutert wird, wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der deutschen Rechtsprechung, vom Öffentlichen Recht ausgehend, Eingang in das Strafrecht gefunden hat und dabei alle dem öffentlichen Recht eigenen Definitionen in sich aufgenommen hat, sollen zunächst die Urteile des italienischen Verfassungsgerichts analysiert werden, um festzustellen, wie dieses den Grundsatz im Rahmen der Prüfung der Verfassungsgemäßheit definiert.

---

<sup>10</sup> Der aktuelle Text des Art. 5 EUV lautet: „Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus“.

<sup>11</sup> s. D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, S. 1107 ff.

KAPITEL II

ZUR FRAGE NACH EINEM EINDEUTIGEN BEGRIFF DER  
VERHÄLTNISMÄßIGKEIT IM ITALIENISCHEN STRAFSYSTEM

EINE UNTERSUCHUNG DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN  
RECHTSPRECHUNG UND DER LEHRE

*1. Präambel: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Prüfung der  
Verfassungsmäßigkeit von Strafen*

Das Verfassungsgericht hat häufig darüber zu entscheiden, ob der Gesetzgeber bei der Festlegung des Strafrahmens die Verhältnismäßigkeit zwischen der begangenen Tat und dem vorgesehenen Strafmaß beachtet hat bzw., ob er im Bereich der Kriminalpolitik sein Ermessen *missbraucht* hat. Wie kann das Verfassungsgericht diese Kontrolle ausüben?

Die Gesetzgebungsbefugnis hat sich in jedem Fall an den von der Verfassung für die Ausübung der staatlichen Strafbefugnis vorgegebenen Rahmen zu halten. Die Verfassung sieht allgemeine Schranken vor, denen die Staatsgewalt unterliegt und welche die Freiheits- und Grundrechte schützen. Darüber hinaus stehen dem Strafrecht eine Reihe von Verfassungsvorschriften zur Seite, die auf den Schutz und die Achtung des Menschen ausgerichtet sind und die, was die Zwecke betrifft, die der Gesetzgeber auf dem Hauptgebiet der Strafe zu verfolgen hat, ganz präzise Bedingungen vorsehen.

Das Verfassungsgericht hatte im Rahmen der italienischen Rechtsordnung mehrfach die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Strafen, die von den vorlegenden Gerichten als zu hart erachtet wurden, zu beurteilen. Bei der Entscheidung, ob der Gesetzgeber bei der Festlegung des Strafrahmens sein Ermessen überschritten hat, hat es sich stets auf die in den Artikeln 3 Absatz I, 25 Absatz II und 27 Absätze I und II der Verfassung

enthaltenen Maßstäbe gestützt. Die vom Verfassungsgericht ausgeübte Kontrolle erfolgte immer mit Besonnenheit; denn das kriminalpolitischen Entscheidungen innewohnende Ermessen erschwerte, wie nachstehend ausgeführt wird, eine effektive Kontrolle der Höhe der vom Gesetzgeber gewählten Strafe<sup>1</sup>. In einigen Fällen hat das Verfassungsgericht dennoch festgestellt, dass das Ermessen des Gesetzgebers nicht unantastbar ist<sup>2</sup>.

Was die in den letzten Jahrzehnten gestellte Frage nach der Verfassungsmäßigkeit betrifft, so kann die vom Verfassungsgericht vertretene Meinung in Bezug auf (vor allem) Art. 3 Abs. 1 der Verfassung, d.h. bezogen auf den Gleichheitsgrundsatz, am besten durch dessen eigene Worte beschrieben werden:

*„die Festlegung der Höhe (und Qualität) der Strafe fällt unter die Ermessensbefugnis des Gesetzgebers, deren Ausübung nur in den Fällen als verfassungswidrig erachtet werden kann, in denen die Grenze der Zumutbarkeit<sup>3</sup> nicht beachtet wurde, d.h. es muss sich um eine Dosierung von Strafe handeln, die eine Ungleichheit von solcher Schwere hervorruft, dass sie als radikal ungerechtfertigt anzusehen ist“<sup>4</sup>.*

---

<sup>1</sup> s. A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene, e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, S. 206, wies bereits darauf hin, dass die Verfassungsrichter in der Rechtsprechung der damaligen Jahre das besonders große Bedürfnis hatten, sich bei Entscheidungen zur Strafhöhe, im Gegensatz zu Entscheidungen, die den Gleichheitsgrundsatz auf andere Bereiche angewandten, selbst zu beschränken.

<sup>2</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, die das *quantum* der Strafe betrifft, siehe: G. ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *Cass. pen.* 1995, 1, 25; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1997, 01, 134; A. PAGLIARO, *Sproporzione e irragionevolezza dei livelli sanzionatori o sproporzione irrazionale*, in *Giur. Cost.* 1997, S. 774; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1998, 02, S. 350; D. BRUNELLI, *La Corte Costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. Cost.* 2007, 1, S. 181; L. PRISCOLI-F. FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.* 2008, 10, S. 3810; M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutica*, in AA.VV., *Persona pena e processo*, a cura di M. GALLO, M. AMISANO, M. CATERINI, 2011.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu Verfassungsgerichtsurteil Nr. 103/82 in *Giur. Cost.*, 1982, S. 1013.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Verfassungsgerichtsurteil Nr. 26/79 in *Giur. Cost.*, 1979, S. 288.

Das Verfassungsgericht argumentierte unterschiedlich: Im ersten stattgebenden Urteil<sup>5</sup> stellte es fest, dass der Gesetzgeber die Grenze der Rationalität überschritt, da

*„jedes logische Element, das eine Norm[...], die einen nicht Versicherten auf die gleiche Weise bestraft, wie einen Versicherten, der dem Polizeibeamten, der einen entsprechenden Nachweis verlangt, diesen nicht vorlegen kann, juristisch und rational begründen würde, fehlt.“<sup>6</sup>*

Die vom Verfassungsgericht vorgenommene Kontrolle der Zumutbarkeit ist in diesem Fall also ausschließlich eine *endonormative*<sup>7</sup>. Wie sich aus den ersten Entscheidungen des Verfassungsgerichts ergibt, ist die Zumutbarkeit hier noch ein Maßstab, der einen reinen Bezugscharakter hat, da er nicht den Inhalt festlegt, an dem sich die Gesetze zu orientieren haben, sondern fordert, dass die Gesetze untereinander stimmig sind und harmonieren. Mit dem Urteil Nr. 26/79 änderte sich die Argumentation des Verfassungsgerichts jedoch dahingehend, dass der Maßstab der Zumutbarkeit der Strafandrohung<sup>8</sup> eine Aufwertung erfährt. Die Kontrolle der Zumutbarkeit wird so zur Kontrolle der *Gerechtigkeit* der Gesetze: Hier wird unter der Zugrundelegung der Verfassung eine richtiggehende Prüfung des Rangs der

---

<sup>5</sup> s. Verfassungsgerichtsurteil Nr. 218/74 in Giur. Cost. 1974, S. 11.

<sup>6</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 218/74.

<sup>7</sup> Auf die gleiche Weise wird im Verfassungsgerichtsurteil Nr. 176/76 in Giur. Cost. 1976, S. 1092 argumentiert.

<sup>8</sup> Verfassungsgerichtsurteil Nr. 26/79 mit Anmerkung von M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in Riv. it. dir. proc. pen 198, 207 wo der Verfasser darlegt: „Das Verfassungsgericht verweist auf die Grundsätze, welche das italienische Recht und insbesondere die Art. 56 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) und Art. 46 c.p.mil.p. (italienisches Militärstrafgesetzbuch in Friedenszeiten) inspiriert haben und verbindet diese mit Art. 3 der Verfassung, dem gemäß Ausnahmen einer rationalen Rechtfertigung bedürfen, die allein in dem ‚rationalen‘ Erfordernis liegen kann, einem Rechtsgut einen ganz besonderen Schutz angedeihen lassen zu wollen. Diese Annahme scheint jedoch eher eine logische rechtlich-formale Tarnung des wesentlicheren und innovativen Grundsatzes der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit – quoad poenam – eines Straftatbestandes im Verhältnis zur Bedeutsamkeit des effektiv vom Gesetzgeber geschützten Interesses zu sein. Diese Prüfung hat durch eine, die Verfassungsmäßigkeit berücksichtigende, Analyse der wesenseigenen Hierarchie der betreffenden Normen und ihrer Bedeutung sowie der von den Strafrechtsnormen geschützten Interessen zu erfolgen. Sie geschieht somit auch auf der Grundlage von Prinzipien, die nicht unbedingt schriftlich niedergelegt sind, die sich aber aus einer vollständigen und systematischen Prüfung der Strafrechtsnormen ergeben und dem Grundsatz der ‚Zumutbarkeit‘ eine neue wesentliche Bedeutung verleihen. Wenn die Beachtung, die der Wahrnehmung der Straftat als ‚notwendigerweise verletzend‘ geschenkt wird, zumindest ein gutes Zeichen ist, dann stellt doch die fehlende präzise Stellungnahme zur Funktion von Strafe im Sinne des Art. 27 Absatz 3 der Verfassung eine verpasste Gelegenheit dar.“

strafrechtlich geschützten Güter vorgenommen<sup>9</sup>. Das Verfassungsgericht kontrolliert tatsächlich das Strafmaß, indem es den verfassungsrechtlichen Rang der geschützten Interessen bewertet, also prüft, ob das vom Gesetzgeber gefällte Urteil mit der sich aus der Verfassung ergebenden Werteskala übereinstimmt.

Nach Ansicht bestimmter Meinungen in der Lehre besteht Grund dafür anzunehmen, dass sich gerade in der Strafandrohung ein erhöhter Anteil von Ermessensbefugnis des Gesetzgebers konzentriert, nicht so sehr in Bezug darauf, dass die Quantifizierung des Strafmaßes in die, wenn nicht gar alleinige, Zuständigkeit des Gesetzgebers fällt, sondern eher darauf, dass dieser Vorgang schwer zu rationalisieren ist<sup>10</sup>.

Letztendlich wird behauptet, dass der Übergang von der Bewertung der Frage, ob eine Straftat gegeben ist und in welchem Umfang hierdurch betroffene Rechtsgüter zu schützen sind, bis hin zur Höhe der Strafe, die optimal geeignet ist, diesen Schutz zu gewährleisten, als „quantitative Übertragung“ übertrieben starr und rational sei. Daraus wird die Schlussfolgerung gezogen, dass die Rationalisierung dieser verschiedenartigen, sich gegenüberstehenden Größen ausschließlich durch die Verwendung des *tertium comparationis* möglich sei, da „das Urteil über die Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes zwingend ein relatives ist und kein absolutes“<sup>11</sup>. Diesem Ansatz zufolge müsste nicht das Verhältnis zwischen Straftat und Strafe an sich bewertet werden, sondern dieses in Bezug auf ein anderes Verhältnis zwischen Straftat und Strafe, das implizit als verhältnismäßig und präzise erachtet wird. Trotzdem wird gleichzeitig anerkannt, dass mit dem Notbehelf des *tertium comparationis* die Gefahr besteht, in die Entscheidung des Verfassungsgerichts weitere unsichere und zufällige Faktoren einzubringen; denn sind nicht bereits die Beurteilung der Ähnlichkeit eines Tatbestandes mit einem anderen bzw. überhaupt die Möglichkeit, zwei verschiedene Tatbestände miteinander zu vergleichen - und zuvor die Entscheidung über die Bedingungen dieses Vergleichs bzw. der zu

---

<sup>9</sup> In diesem Sinne siehe CORBETTA, *zit.*, S. 137, wo betont wird „der Begriff der Gleichheit ist an sich nicht wertend und gegenüber jedem Wertesystem neutral. Hingegen setzt die Beurteilung der Zumutbarkeit, aufgrund derer eine bestimmte Behandlung als gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt definiert werden kann, einen Vergleich mit einer höheren, den Beurteilungsmaßstab darstellenden Werteordnung voraus“.

<sup>10</sup> In diesem Sinne PALAZZO, *zit.*, S. 360.

<sup>11</sup> PALAZZO, *zit.*, S. 360. Dem gemäß wird auf die Beurteilung der sogenannten *ordinalen* oder *relativen* Proportionalität verwiesen.

vergleichenden Bestimmungen, Prozesse des Ermessens, die vom Verfassungsgericht, unabhängig von Rationalitätsmaßstäben, durchlaufen werden?<sup>12</sup> Teilt man diesen letzten Standpunkt, könnte man außerdem die Schlussfolgerung ziehen, dass durch den Notbehelf des *tertium comparationis* die Gefahr besteht, einen Maßstab als Bezugspunkt zu wählen, für den nicht geprüft wurde, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, im Sinne der *vorrangigen, absoluten* und *kardinalen* Proportionalität, eingehalten wurde<sup>13</sup>.

Mit anderen Worten: Wenn man davon ausgeht, dass es keine Grenze einer sogenannten *absoluten* und *kardinalen* Proportionalität gibt und man sich darauf beschränkt, die Verhältnismäßigkeit ausschließlich anhand des Notbehelfs der *tertium comparationis* zu überprüfen, würde man dann nicht Gefahr laufen, einen Vergleich vorzunehmen, der sich auf die Vermutung stützt, dass das Element, welches als Bezugsmaßstab dient, bereits die größte Syntonie zwischen den beiden betreffenden Größen darstellt?

Weiterhin ist offensichtlich, dass dieser Index der Verhältnismäßigkeit der Normen sich im Verlauf der Zeit erheblich ändern kann. Wie kann also gewährleistet werden, dass eine Rechtsordnung nicht nur sicher und unwandelbar ist, sondern auch verhältnismäßige Strafen vorsieht und zwar sowohl angesichts der vorrangigen und axiomatischen Richtschnur, der gemäß eine Strafe einer bestimmten Tat angemessen sein muss, als auch angesichts der Notwendigkeit der systematischen Folgerichtigkeit von Normen derselben Rechtsordnung?

Die vorstehenden Überlegungen lassen jedoch eine wichtige Vorfrage außer Acht: Ist es tatsächlich möglich, eine ontologische Richtschnur zu definieren, die fähig ist, die Strafe ausreichend verhältnismäßig der Straftat anzupassen? Nimmt man den Diebstahl als Beispiel für die Verschiedenartigkeit in der Bewertung des Verhältnisses von Straftat und Strafe, dann zeigt sich, dass die Tat mit Freiheitsstrafe und Geldstrafe, unabhängig vom konkreten Wert der gestohlenen Dinge, geahndet wird. Wie kann man da zu einem – möglichst objektiven – Kriterium gelangen, mit

---

<sup>12</sup> PALAZZO, *zit.*, S. 360.

<sup>13</sup> Es handelt sich um die so genannte absolute und kardinale Proportionalität. Zur Unterscheidung zwischen „*ordinaler und kardinaler Proportionalität*“ siehe Teil 1 und Teil 3 Kap 2 dieser Arbeit und A. VON HIRSCH, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, *zit.*

dessen Hilfe die Sanktion quantifiziert wird und das zwei ontologisch so unterschiedliche Größen miteinander vereinen kann?<sup>14</sup>

Wenn die *Ratio* der Suche nach dem bestmöglichen Verhältnis zwischen Strafe und Straftat darin besteht, die Freiheit des Einzelnen soweit wie möglich vor der staatlichen Strafbefugnis zu schützen, dann hat man sich auf die Suche nach einem axiomatischen Kriterium zu konzentrieren. Dieses Kriterium sollte verhindern, dass Willkür und Irrationalität die Freiheit des Einzelnen in der Phase der abstrakten Festlegung des Strafmaßes durch den Gesetzgeber und auch in den folgenden Phasen der Anwendung der Strafe durch die Gerichte beeinträchtigen.

Denn Straftat und Strafe als Größen zu erachten, die ontologisch so unterschiedlich sind, dass jeder Versuch ihrer Homogenisierung als unmöglich erachtet wird, bedeutet vor allem zu akzeptieren, dass im Hinblick auf ein *gerechtes Gleichgewicht* zwischen der begangenen kriminellen Tat und der Freiheitsstrafe wenig zufrieden stellende Ergebnisse erzielt werden können.

## 2. Ausblick auf die vom Verfassungsgerichtshof vertretenen Meinungen

Was das Gewicht und die Bedeutung betrifft, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip oder allgemein dem Begriff der Verhältnismäßigkeit in den Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts zukommen, muss zunächst Folgendes vorausgeschickt werden: Wie die untersuchten Entscheidungen aufzeigen, entspricht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht, wie man angesichts der generellen Bedeutung des Begriffs annehmen würde, einem starren und nachprüfbar mathematischen Schema, sondern beinhaltet Merkmale eines *flou* Prinzips. Seine

---

<sup>14</sup> Gemäß der von JEHRING vorgenommenen Rekonstruktion unterscheiden sich die betreffenden Begriffe nicht einmal so stark. Deren Maße zeichnen sich in beiden Fällen durch eine negative Sichtweise aus: Das Maß der durch die Straftat erfolgten Verletzung hat dem des durch die Strafe verursachten Schadens zu entsprechen; JEHRING, *Der Zweck im Recht*, 1883, *passim*. Zu den Begriffen Abwägung, Ausgleich und Vergleich „nicht zu ermessender Werte“ siehe V.A. DA SILVA, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, Oxford Journal, 31, 2011, S. 273-301.

Bedeutung ist also nicht klar umrissen<sup>15</sup>. Tatsächlich verwendet das Verfassungsgericht die Begriffe *Verhältnismäßigkeit* und *Zumutbarkeit* in zahlreichen Urteilen häufig (zusammen mit den Begriffen *Angemessenheit*, *Opportunität*, *Zweckmäßigkeit*) als Synonyme<sup>16</sup>. In anderen Urteilen definiert es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eindeutig als Grundsatz, der unmittelbar vom allgemeinen Maßstab der Vernunft abstammt<sup>17</sup>.

Die Urteile des Verfassungsgerichts tragen also, wie wir später sehen werden, nicht dazu bei, dem betreffenden Grundsatz eine klare und eindeutige Identität zu verleihen. Im Gegenteil, es besteht die Gefahr, dass die Untersuchung der Entscheidungen, die sich mit den Themen *Gleichheit*, *Zumutbarkeit* und *Verhältnismäßigkeit* befasst haben, dazu führt, die Gestalt des Grundsatzes noch ungenauer und ungewisser erscheinen zu lassen. Da er jedoch nicht gesetzlich verankert ist, was die Festlegung seines Umfangs erleichtern würde, kann bei einer näheren Untersuchung gerade von den Urteilen des Verfassungsgerichts nicht abgesehen werden.

Dabei soll vor allem auf Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts verwiesen werden, denen zu entnehmen ist, welche Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit bzw. die Verfassungswidrigkeit einer Norm hat. Der betreffende Grundsatz spielt, wie wir sehen werden, auch im Bereich der Vorlagen, die in der Hoffnung eingebracht werden, dass sie nicht nur als begründet, sondern auch als relevant erachtet werden, eine wichtige Rolle. Denn sie verweisen häufig, wenn auch nur als Notbehelf, auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Hat nämlich der Verweis auf den

---

<sup>15</sup> Diese Unsicherheit ist sicherlich darauf zurückzuführen, dass es sich bei dem Begriff nicht um einen technischen Ausdruck handelt bzw. darauf, dass er in verschiedenen Bereichen der Rechtsordnung verwendet wird. Darüber hinaus ist dieser Grundsatz in keinem Gesetz – mit der einzigen Ausnahme des Art. 49 Charta der Grundrechte der europäischen Union – was wenigstens dazu beitragen würde, seinen Anwendungsbereich einzugrenzen, auch wenn eine gesetzliche Definition des Grundsatzes im Bereich des Strafrechts die Debatte und Diskussion um seine Bedeutung kaum beenden würde. Zum Begriff „*flou*“ siehe M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Mailand, 1992.

<sup>16</sup> Zu den Grundsätzen der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit und den entsprechenden Urteilen des Verfassungsgerichtshofes siehe in umfangreicher Form M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Rom, 24-26 Oktober 2013, trilaterale Konferenz der italienischen, portugiesischen und spanischen Verfassungsgerichte, abrufbar unter: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf), letzte Einsicht: 18.01.2015.

<sup>17</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. 220/1995.

Maßstab der Vernunft in einigen Fällen zu Verfassungswidrigkeitsentscheidungen geführt, so versucht man über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bessere Ergebnisse zu erzielen. Dies führt jedoch oft zu Enttäuschungen.

### *3. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes bis zum Ende der 1990er Jahre*

Die nähere Untersuchung der Urteile des Verfassungsgerichts sollte mit dem Urteil Nr. 313/1990 beginnen, in dem das Verfassungsgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Strafe dem durch Art. 27 der Verfassung vorgeschriebenen Umerziehungszweck entnommen hat. Dieses Urteil wird insbesondere festgestellt, dass der von Strafe verfolgte Umerziehungszweck sich nicht allein auf die Phase der Vollstreckung beschränkt, sondern

*„eine der grundlegenden und allgemeinen Eigenschaften des ontologischen Inhalts der Strafe darstellt und diese ab dem Zeitpunkt begleitet, an dem sie als abstrakte Strafrechtsvorschrift entsteht bis hin zu dem Zeitpunkt, an dem die Strafe konkret verbüßt wird. Der Umerziehungszweck beinhaltet mithin einen konstanten ‚Grundsatz der Verhältnismäßigkeit‘ von Qualität und Höhe der Sanktion auf der einen und Verletzung des Rechtsguts auf der anderen Seite.“<sup>18</sup>*

---

<sup>18</sup> Mit dieser Begründung kam das Verfassungsgericht zu dem Schluss: *„der Teil des Art. 444 zweiter Absatz der Strafprozessordnung 1988, der nicht vorsieht, dass das Gericht in Hinblick auf den in Artikel 27 Absatz drei der Verfassung festgelegten Zweck und in dessen Grenzen die Angemessenheit der von den Parteien genannten Strafe bewerten und den Antrag im Falle einer ungünstigen Bewertung abweisen kann, wird für verfassungswidrig erklärt“* aus Corte Cost. Nr. 313/1990. Zu diesem Punkt unter anderen: G. FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in Foro it. 1990; F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: Patteggiamento e Verständigung a confronto*, Cass. pen. 2013, Bd. 9, S. 3282B; A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)* Anmerkung zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs Nr. 279 vom 22. November 2013 in *Giurisprudenza Costituzionale*, Bd. 6, 2013, S. 4542.; A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. cost.* 2011, S. 573 ff.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in diesem Zusammenhang also zur Korrelat des Grundsatzes des Umerziehungszweckes der Strafe im Sinne von Art. 27 der Verfassung:

*„ein Grundsatz, der, wenn auch mit unterschiedlichen Profilen, bereits seit geraumer Zeit wegen seiner Verbindung insbesondere zum ‚Grundsatz der Verhältnismäßigkeit‘ von Qualität und Höhe der Strafe auf der einen und Verletzung des Rechtsgutes auf der anderen Seite zur europäischen Rechtskultur gehört.“<sup>19</sup>*

Hier verwendet das Verfassungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allein zu dem Zweck, seine These durch ein weiteres Argument zu begründen; denn sein Urteil stützt es letztendlich auf den Grundsatz der Umerziehung durch Strafe, der dem Wortlaut des Art. 27 der Verfassung leichter zu entnehmen ist.

Mit dem Urteil des Verfassungsgerichts zur Beleidigung eines Amtsträgers<sup>20</sup> – mit dem die übertriebene Strenge des Mindeststrafmaßes von sechs Monaten Gefängnisstrafe gerügt wurde – erweitert sich dessen Argumentation und Bewertung. Sie bezieht sich nun nicht nur auf die durch die Strafvorschrift geschützten Rechtsgüter, sondern auch auf das vorrangige Recht der persönlichen Freiheit, das durch Art. 13 der Verfassung geschützt und durch die Strafe beeinträchtigt wird<sup>21</sup>. In diesem Urteil wird der Grundsatz aufgestellt:

<sup>19</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost Nr. 313/1990.

<sup>20</sup> Zu den verschiedenen Strafrechtsbestimmungen der Beleidigung eines öffentlichen Amtsträgers – abgeschafft durch Art. 18 des Gesetzes Nr. 205 vom 25.06.1999 und später wieder in Art. 341 bis eingeführt durch das Gesetz Nr. 94/1999 – unter anderen G.L. GATTA, *La resurrezione dell’oltraggio a pubblico ufficiale*, ne Il “Pacchetto sicurezza”, Turin, 2009 (herausgegeben von O. MAZZA, F. VIGANÒ), 153 ff.; G. MARTIELLO, *Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale: una “riesumazione” davvero necessaria?*, in *Ius17, Studi e materiali di diritto penale*, 2010, S. 180 ff.; G. FLORA, *Oltraggio a pubblico ufficiale nel pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Nr. 12, S. 1449; R. PASELLA, *Reintroduzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (Hrsg.), *“Sistema penale e sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Mailand, 2009, S.39.

<sup>21</sup> Verfassungsgerichtsurteil Nr. 341/94 in *Foro it.* 1994 I c. 2585 mit Anmerkung von FIANDACA und in *Giur. Cost.*, 1994, S. 2802 ff. mit Anmerkungen von SPASARI und PINARDI. In seinem Urteil rügt das Verfassungsgericht die übertriebene Strenge des in Art. 341 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) vorgesehenen Strafmaßes, da dieses „das Ergebnis eines in der Zwischenzeit offensichtlich unvernünftigen Ausgleichs zwischen dem Schutz der Ehre und dem Ansehen des öffentlichen Amtsträgers (und dem guten Gang der öffentlichen Verwaltung), auch in geringfügigen Fällen, und der persönlichen Freiheit des Täters ist. Der Umstand, dass die Straftat der Beleidigung eines Amtsträgers mehrere Rechtsgüter verletzt, lässt eine Bestrafung, die schwerer wiegt, als die für

*„das Verhältnismäßigkeitsprinzip bedeutet für das Strafrecht, die Strafbarkeit, auch wenn sie vermutlich geeignet ist, den vom Staat verfolgten Präventionszweck zu erfüllen, dann für unrechtmäßig zu erachten, wenn der dem Individuum und der Gesellschaft durch die Strafe entstehende Schaden überproportional höher wiegt als die Vorteile, welche die Gesellschaft durch den Schutz der Rechtsgüter und Werte erzielt, den die Strafbarkeit bewirkt.“<sup>22</sup>*

Das Verfassungsgericht nimmt außerdem Stellung zu dem, was die übertriebene Unverhältnismäßigkeit des Mindeststrafmaßes der Beleidigung eines Amtsträgers gegenüber den in Art. 27 Absatz 3 der Verfassung festgelegten Umerziehungszweck<sup>23</sup> betrifft und legt fest, dass ihm nur die Aufgabe zustehe, zu prüfen, ob die Ermessensausübung des Gesetzgebers die Grenzen der Zumutbarkeit respektiert<sup>24</sup>. Es handelt sich dabei also um die Kontrolle der vom Gesetzgeber

---

Beschimpfung sicherlich angemessen erscheinen. . Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Ansehen und der gute Gang der öffentlichen Verwaltung, die durch ganz andere Verhaltensweisen beeinträchtigt werden, in den leichten Fällen so lächerlich gering beeinträchtigt sind, dass ein Mindeststrafmaß, das zwölf Mal höher ist, als das für die Straftat der Beschimpfung, nicht gerechtfertigt ist“.

<sup>22</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 341/94.

<sup>23</sup> Bezogen auf Art. 27 Absatz 3 der Verfassung hat das Urteil Nr. 343 von 1993 festgestellt, dass „die offensichtliche Unverhältnismäßigkeit des Opfers der persönlichen Freiheit“ dazu führt, „dass der durch Art. 27 dritter Absatz der Verfassung festgelegte Umerziehungszweck der Strafe völlig außer Kraft gesetzt wird“ in *Giur. Cost.* 1993.

<sup>24</sup> In der Vergangenheit hatte das Verfassungsgericht Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit, die sich ausschließlich auf Art 3 der Verfassung stützten, abgewiesen. Als Grund hierfür nannte es, dass zwischen dem für die Straftat der Beleidigung eines Amtsträgers und der Straftat der Beleidigung an sich vorgesehenem Strafmaß ein angeblich willkürlicher Unterschied bestand. Später nahm es zwar zur Kenntnis, dass die angefochtene Norm der Ausdruck einer autoritären Auffassung war, stellte aber trotzdem fest, dass deren Abänderung in die Zuständigkeit des Gesetzgebers fiel (Urteile Nr. 109 von 1968, Nr. 165 von 1972, Nr. 51 von 1980). In der Folgezeit entschied es über eine analoge Frage, bei der jedoch auch und insbesondere angesichts des in Art. 27 Absatz drei festgelegten Umerziehungszwecks die übertriebene Unverhältnismäßigkeit des Mindeststrafmaßes für die Beleidigung eines Amtsträgers gerügt wurde. Dabei bestätigte das Gericht, nachdem es die sich auf Art. 3 der Verfassung gestützte Rüge abgewiesen hatte, „es verbleibt sicherlich und insbesondere bei einigen Taten ein effektives Missverhältnis zwischen der verhängten Strafe und dem Unwert der Tat“. Es wies aber gleichzeitig erneut darauf hin, dass jegliche Initiative hierzu vom Gesetzgeber ausgehen müsse (Beschluss Nr. 323 vom 1988). Außerdem hatte das Verfassungsgericht bereits betont, dass die Kontrolle der Höhe der Strafe nicht unabhängig von der Verfolgung des Zwecks (oder der Zwecke) gesehen werden kann, die der Gesetzgeber mit der Strafdrohung zu verfolgen hat. Wenn Strafe als Belastung und Lohn für die Straftat auf der einen Seite – wie das Urteil Nr. 330/90 erläutert hat – einfach „die Mindestbedingungen reflektiert, ohne die Strafe keine mehr wäre“, dann sind auf der anderen Seite die Erfordernisse der Generalprävention und des Schutzes der Gesellschaft „Werte, die sich auf die Verfassung stützen, die aber nicht die Verletzung des Umerziehungszwecks rechtfertigen“.

vorgenommenen korrekten Abwägung der betreffenden Rechtsgüter seitens des Verfassungsgerichts, wobei eine zweifache Bewertung vorgenommen wird. Zunächst einmal wird die verfassungsrechtliche Relevanz des durch die Strafnorm geschützten Rechtsguts mit der persönlichen Freiheit, die durch die Strafe beeinträchtigt wird, verglichen. Dann wird, unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Rangs der geschützten Güter, auch anhand der Bewertungen der Rechtsgüter durch die Gesellschaft und der Konfrontation mit Entscheidungen, die ähnliche Rechtsordnungen getroffen haben<sup>25</sup>, die von der gerügten Norm vorgesehene Strafe mit der für ähnliche oder gleichartige Straftaten verhängten verglichen.

Die labile Grenze zwischen der Kontrolle der Zumutbarkeit, die sich auf die Abwägung der betreffenden Rechtsgüter stützt, und der Kontrolle politischer und gesetzgeberischer Erwägungen hat einen Teil der Lehre daran zweifeln lassen, ob das Verfassungsgericht im Falle der Straftat der Beleidigung eines Amtsträgers nicht in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Autonomie eingegriffen habe<sup>26</sup>. Tatsächlich wurde angemerkt, dass das Verfassungsgericht seine Prüfung der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit des Mindeststrafmaßes schuldhaft auf rein politische

---

Zu diesem Punkt CORBETTA, *zit.*, S. 147. Zu diesem Punkt auch ARIOLLI, *il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, Anmerkung zum Verfassungsgerichtsurteil Nr. 341/1994 in *Cass. pen.* 1, 1995, S. 25.

<sup>25</sup> Bedenkt man dies genauer, so handelt es sich hier um eine von BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, Bd. XIX, Turin, 1973 vertretene These. Der Verfasser legt dar „das Missverhältnis zwischen der Höhe der Strafe und dem geschützten Rechtsgut hängt, außer von einem beinahe unvermeidlichen Vergleich mit anderen verfassungsrechtlich relevanten und durch andere Strafnormen geschützten Gütern, außerdem und hauptsächlich von der Hierarchie (und deren Umfang) ab, die zwischen dem geschützten Gut und der persönlichen Freiheit besteht, die durch die Strafe geopfert wird und damit nicht nur von einer von der Strafnorm unabhängigen Beurteilung, sondern auch von einer ihr innewohnenden“.

<sup>26</sup> So ARIOLLI, *nota a Corte Cost. 341/94, Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, *zit.*, S. 343. Allgemein hat die Strafrechtslehre der Kontrolle politisch-gesetzgeberischer Entscheidungen des Gesetzgebers seitens des Verfassungsgerichtshofes häufig misstraut. So: PAGLIARO, *Sproporzione e irragionevolezza*, *zit.*, S. 774, wo nachgelesen werden kann „die Festlegung des Strafmaßes ist ein dem Ermessen unterliegender Vorgang, der den politischen Entscheidungen des Gesetzgebers vorbehalten ist und der durch politische Sanktionen kritisiert und verurteilt werden kann. Lässt man auch in diesem Bereich eine Beurteilung der Zumutbarkeit zu, so würde dies den Nebeneffekt haben, dass kriminalpolitische Entscheidungen eher den Verfassungsrichtern überlassen werden als dem Gesetzgeber“. Außerdem zu diesem Punkt auch PALAZZO, in *Offensività e ragionevolezza*, *zit.*, S. 357, der zu dem Schluss kommt, „weder das Kriterium der verfassungsrechtlichen Erheblichkeit noch das der Verhältnismäßigkeit sind praktikabel, ohne dass Bewertungen, die sehr stark im Ermessen stehen, Tür und Tor geöffnet werden würden. Die Verhältnismäßigkeit stellt im Grunde ein Werkzeug dar, das zwar einwandfrei logisch ist, aber wegen der großen Schwierigkeit, eine qualitative Gleichwertigkeit beider Größen zu rationalisieren – ohne sich durch geschichtliche, gesellschaftliche und politische Bewertungsfaktoren konditionieren zu lassen - konkret unzulänglich ist.“

Erwägungen gestützt habe und zwar insbesondere dann, wenn es sich auf die Politik anderer europäischer Traditionen bezogen habe, in denen die Straftat *Beleidigung eines Amtsträgers* nicht einmal vorgesehen sei<sup>27</sup>. Tatsächlich kam das Verfassungsgericht zu dem Schluss:

*„Es kann mithin festgestellt werden, dass die Festlegung von sechs Monaten Gefängnisstrafe als Mindeststrafe, also als Strafe, die auch für die geringste Übertretung zu verhängen ist, weder der liberalen Tradition Italiens noch der europäischen Tradition entspricht. Dieses Unikum, das durch das Strafgesetzbuch von 1930 entstanden ist, ist das Ergebnis einer autoritären und sakralen Auffassung der Beziehung zwischen öffentlichen Amtsträgern und Bürgern, die typisch für diese geschichtliche Epoche war und sich aus der damals herrschenden ideologischen Matrix ableitet, eine Auffassung, die dem durch die republikanische Verfassung erzeugten demokratischen Bewusstsein, demgemäß die Beziehung zwischen der Öffentlichen Verwaltung und der Gesellschaft keiner Oberherrschaft gleichkommt, sondern den Interessen der Gesellschaft selbst dienen soll, fremd ist. Die notwendige und vernünftige Abwägung der Interessen, die der Festlegung des Strafmaßes zugrunde liegen, kann im vorliegenden Fall die veränderten Aspekte dieser Beziehung nicht unberücksichtigt lassen.“*<sup>28</sup>

Das Gericht bekräftigt seine Stellungnahme auch unter Bezugnahme auf die liberalen europäischen Rechtstraditionen:

*„Es kann mithin festgestellt werden, dass die Festlegung von sechs Monaten Gefängnisstrafe als Mindeststrafe, also als Strafe, die auch für*

---

<sup>27</sup> So sowohl ARIOLLI, *nota a Corte Cost. 341/94, Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, zit., S. 343 als auch PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, zit., S. 357.

<sup>28</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 341/94.

*die geringste Übertretung zu verhängen ist, weder der liberalen Tradition Italiens noch der europäischen Tradition entspricht*<sup>29</sup>.

Das Verfassungsgericht stellt also fest, dass die Starre und Strenge des vom Gesetzgeber 1930 festgelegten und noch geltenden Mindeststrafmaßes das Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Schutz der Ehre und des Ansehens des öffentlichen Amtsträgers und der persönlichen Freiheit des Täters ist. Diese Abwägung ist heute ganz offensichtlich als unangemessen zu erachten.

Das hier untersuchte Urteil zur Beleidigung eines Amtsträgers weist, was die verschiedenen Aspekte des Begriffs *Verhältnismäßigkeit* betrifft, die im Laufe der Jahre in den einzelnen Urteilen des Verfassungsgerichts verwendet wurden – und die letztendlich dazu geführt haben, dass Art. 341 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch), insofern er sechs Monate Gefängnisstrafe als Mindeststrafe vorsah, für verfassungswidrig erklärt wurde –, interessante Gesichtspunkte auf. Wie man sehen kann, wiederholt das Verfassungsgericht seine mit dem Urteil Nr. 343 von 1993<sup>30</sup> getroffenen Feststellungen. Außerdem wird die Verhältnismäßigkeit durch das richtige Gleichgewicht/Verhältnis zwischen Vor- und Nachteilen definiert, das einerseits durch die Strafe und durch die Werte, andererseits, die durch das kriminelle Verhalten verletzt werden, hiergestellt wird. Es handelt sich dabei also, wie auch betont wurde, um das Gleichgewicht zwischen dem Schaden, der der Gesellschaft mit der Straftat zugefügt wird, also dem Wert des durch das rechtswidrige Verhalten verletzten oder gefährdeten Rechtsguts, und dem Schaden, den der Täter erleidet, weil ihm die Freiheit entzogen bzw. ihm eine Strafe auferlegt wird. Diese beiden Größen dürfen sich, nach diesem Ansatz, nicht unverhältnismäßig gegenüber stehen. D.h., die Nachteile, die notwendigerweise mit der Strafe einhergehen (nämlich der Schaden, der darin besteht, dass dem Straftäter die Freiheit entzogen wird), dürfen nicht schwerer wiegen als die Vorteile, die durch den Schutz des Rechtsgutes und somit durch die Anwendung der verletzten Strafrechtsnorm

---

<sup>29</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 341/94.

<sup>30</sup> Bzw. „Das eindeutige Missverhältnis, das im Opfer persönlicher Freiheit zu sehen ist, die durch die Festlegung einer Strafe, die angesichts des Unwerts der Tat offensichtlich übertrieben ist, verursacht wird führt dazu, dass der durch Art. 27 Absatz drei der Verfassung, der diese Freiheit gegenüber der Haft institutionell garantiert, vorgesehene Umerziehungszweck verfehlt wird“. Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 341/1994.

erzielt werden. Die Verhältnismäßigkeit wird hier also als Fehlen von Unverhältnismäßigkeit, dem gegenteiligen Begriff, verstanden. Und nicht nur das. Sie wird, bei näherer Betrachtung, auch als Verbot der Unangemessenheit verstanden, eine Unangemessenheit, die als solche wahrgenommen wird von der Allgemeinheit der Mitglieder der Rechtsordnung, seien es Experten, Justizangestellte oder reine Adressaten der Strafrechtsnorm, die sechs Monate Gefängnisstrafe als Mindeststrafmaß für die Beleidigung eines öffentlichen Amtsträgers als unvernünftige, ungerechte und unverhältnismäßige Strafe ansehen würden..

Mit dem Urteil Nr. 343 von 1993 hat das Verfassungsgericht der Vorlage zum Phänomen der unendlichen Spirale von Verurteilungen im Zusammenhang mit der Wehrdienstbefreiung stattgegeben. Bei dieser Gelegenheit stammte die Rüge der „Unverhältnismäßigkeit“ der für Wehrdienstverweigerer - die dies aus Gründen sind, die nicht bereits in Art. 1 des Gesetzes Nr. 772 von 1972 vorgesehen sind – festgelegten Strafen vor allem vom vorlegenden Gericht<sup>31</sup>. Das Verfassungsgericht gab der Vorlage also statt und stellte fest, dass die fehlende Festlegung eines Befreiungsgrundes seitens des Gesetzgebers auch für diejenigen, die den Wehrdienst verweigern, ohne dies zu begründen, eine Strafe nach sich zog, die ganz offensichtlich gegenüber den Strafen unverhältnismäßig war, die für ähnliche Fälle vorgesehen waren. Das Verfassungsgericht stützt sich hier auf den gegenteiligen Ausdruck *Unverhältnismäßigkeit* und zögert nicht, diesem die Eigenschaften *übertriebene und offensichtliche* zur Seite zu stellen. Wenn es darum geht, diese „Unverhältnismäßigkeit“ auf eine Vorschrift der Verfassung zu stützen, bezieht sich das außerdem vor allem auf Art. 27 der Verfassung und bekräftigt die Notwendigkeit, dass eine Strafe im Hinblick auf den von ihr verfolgten Umerziehungszweck „nicht unverhältnismäßig“ sein darf<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Das Verfassungsgericht führt tatsächlich aus, „*das vorlegende Gericht weist angesichts der dargelegten Ungleichbehandlung von Personen, die den Wehrdienst verweigern und die in Art.1 des Gesetzes Nr. 772 von 1972 enthaltenen Gründe ‚vortragen‘ und Personen, die den Wehrdienst verweigern und andere bzw. keine Gründe ‚vortragen‘ auf die Verletzung des Art. 3 der Verfassung hin, da hier eine übertriebene Unverhältnismäßigkeit zwischen der in dem einen und dem anderen Fall vorgesehenen Strafe vorliegen würde, obwohl das gleiche Rechtsgut mit analogen Modalitäten verletzt werden würde.*“ In einer folgenden Passage des Urteils würde das vorlegende Gericht – nach Aussage des Verfassungsgerichts – von einer groben Unverhältnismäßigkeit sprechen.

<sup>32</sup> Eine ähnliche Argumentation macht sich das Verfassungsgericht viele Jahre später mit dem Urteil Nr. 161 von 2009 zu eignen, als es gefordert ist, über die Verfassungsmäßigkeit von Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 1423 vom 27. Dezember 1956 (Präventionsmaßnahmen gegen für die Sicherheit und die öffentliche Moral gefährliche Personen) zu entscheiden. In diesem Urteil rügt das vorlegende Gericht

Weiterhin stützt sich das Verfassungsgericht auf Art. 3<sup>33</sup>, als üblichen Verweis auf die notwendige Gleichbehandlung ähnlicher Fälle.

In diesem Urteil bezieht es sich also auf den Begriff der *Verhältnismäßigkeit* - und nicht auf den *Grundsatz* der Verhältnismäßigkeit -, aber ausschließlich in Bezug auf den gegenteiligen Begriff der „übertriebenen oder deutlichen und offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit“ der Bestrafung. Es gibt der Vorlage statt und erklärt die angefochtene Norm für verfassungswidrig.

Mit dem Urteil Nr. 220 von 1995 gibt das Verfassungsgericht der Vorlage statt und stützt sich dabei auf zwei Grundsätze: den des kontradiktorischen Verfahrens und den der Verhältnismäßigkeit. Bei dieser Gelegenheit wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als positiver Ausdruck verwendet, um die Unrechtmäßigkeit jeder automatischen Bestrafung festzustellen. Insbesondere ist dem Urteil zu entnehmen: Dieser Grundsatz, der vor allem ein direkter Ausdruck des generellen Zumutbarkeitsprinzips (im Sinne von Art. 3 Verfassung) ist,

*„impliziert, dass die Strafbefugnis sich folgerichtig auf die vorgeworfene Tat auswirken muss, die daher notwendigerweise unter Berücksichtigung der Umstände, die konkret zu ihrer Begehung geführt haben, bewertet und abgewogen werden muss, damit ihr, insofern sie*

---

die Unangemessenheit der Verschärfung einer Strafe für ein bestimmtes Verhalten, weil die Strafe für ähnliches Verhalten erheblich niedriger ausfällt. Die gerügte offensichtliche Unverhältnismäßigkeit wird jedoch, über Art. 3 der Verfassung hinaus, vor allem auf den in Art. 27 der Verfassung festgelegten Umerziehungszweck gestützt. Bei dieser Gelegenheit stellte das Verfassungsgericht allerdings fest, *„Es ist zwar richtig, dass das offensichtliche Fehlen von Verhältnismäßigkeit gegen den von dem hier zitierten Artikel vorgesehenen Umerziehungszweck von Strafe verstößt. Im vorliegenden Fall sieht die angefochtene Norm jedoch zwischen dem Mindeststrafmaß und dem Höchststrafmaß eine erhebliche Spanne vor. Dadurch wird die strafrechtliche Behandlung sehr flexibel und kann sich nach dem unterschiedlichen Unwert der einzelnen, die angefochtene Norm erfüllenden Tathandlung richten, so dass es dem Gericht ermöglicht wird, die Strafe je nach Schwere der Tat abzustufen.“* Dies, weil *„der Vergleich zwischen gesetzlichen Tatbeständen, der darauf ausgerichtet ist, die Angemessenheit gesetzgeberischer Entscheidungen zu prüfen, sich auf homogene Fälle beziehen muss, denn ansonsten ist ein Vergleich an sich schon nicht möglich (für viele, Beschlüsse Nr. 41 von 2009, Nr. 71 von 2007 und Nr. 30 von 2007)“*.

<sup>33</sup> Art. 3 der italienischen Verfassung lautet: *„Alle Staatsbürger haben die gleiche gesellschaftliche Würde und sind vor dem Gesetz ohne Unterschied des Geschlechtes, der Rasse, der Sprache, des Glaubens, der politischen Anschauungen, der persönlichen und sozialen Verhältnisse gleich. Es ist Aufgabe der Republik, die Hindernisse wirtschaftlicher und sozialer Art zu beseitigen, die durch eine tatsächliche Einschränkung der Freiheit und Gleichheit der Staatsbürger der vollen Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und der wirksamen Teilnahme aller Arbeiter an der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gestaltung des Landes im Wege stehen.“*, in <http://www.verfassungen.eu/it/ital48.htm>, letzte Einsicht: 31.01.2015.

*als bestehend erachtet wird, eine Strafe zugemessen werden kann, die sich nach der Schwere der Tat bemisst. Daher sind unter diesem ersten Aspekt automatische Strafen, die eine unfehlbare Bewertung des Tatvorwurfs mit dem Ziel, sowohl die Strafbarkeit selbst zu beurteilen als auch, die gerechte und angemessene Strafe von vornherein auszuschließen, nicht möglich*<sup>34</sup>.

Es handelt sich hier also um einen Fall, in dem das Verfassungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Herstellung eines *gerechten* Gleichgewichts zwischen Strafe und begangener Tat ausgelegt und angewandt hat, da es sein stattgebendes Urteil auf diese Auslegung des Grundsatzes gestützt hat. Daher werden alle Arten automatischer Strafen für unzulässig erklärt, weil das gerechte Gleichgewicht zwischen Strafe und begangener Tat nichts anderes ist als das Ergebnis einer Abwägung, die von Fall zu Fall zu erfolgen und das Gleichgewicht zwischen geopfertem Rechten und anzuwendendem Strafmaß zu berücksichtigen hat. Mit anderen Worten: Der vom Verfassungsgericht in diesem Urteil verwendete Begriff verweist auf den Begriff der *absoluten, kardinalen Proportionalität*, d.h. auf die Verhältnismäßigkeit, die zwischen einer Straftat und ihrer Bestrafung *tout court* herrschen muss und zwar unabhängig von einem Vergleich mit (mindestens) einem anderen Paar analoger Größen (Straftat und Strafe)<sup>35</sup>.

Das Verfassungsgericht hat sich unter dem Aspekt der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der *Zumutbarkeit* und *Verhältnismäßigkeit* auch mit der Rechtmäßigkeit der Formulierung der Art. 187-sexies der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 58/1998 (Einheitstext der Vorschriften im Bereich des Finanzmaklerwesens) und des Art. 187 befasst. Denn die von der angefochtenen Norm vorgesehene Beschlagnahmepflicht schloss jede Ermessensbefugnis des Gerichts, was den Umfang der Beschlagnahme angeht, von vornherein aus. Das Verfassungsgericht<sup>36</sup> wies die Klage jedoch als unzulässig ab. Tatsächlich sieht Art. 187-sexies die Beschlagnahme auch des Gegenwerts nicht nur

<sup>34</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 220/1995.

<sup>35</sup> s. A. VON HIRSCH, *zit.*, S. 12.

<sup>36</sup> Es handelt sich um das Urteil Nr. 252 von 2012 mit dem Kommentar von AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *riv. trim. dir. pen. cont.* 2/2013.

des Produkts oder des Profits, sondern auch der Güter vor, mit deren Hilfe die Ordnungswidrigkeit des Marktmissbrauchs begangen wurde. Die Untergerichte haben mehrfach, gerade bezogen auf die Ausdehnung der Beschlagnahme des Gegenwertes auch dieser Güter, die Frage aufgeworfen, ob diese verfassungsgemäß sei. Das vorlegende Gericht trug in seiner Vorlage an das Verfassungsgericht angesichts der Schwere der Ordnungswidrigkeit die „offensichtliche Unverhältnismäßigkeit“ der Strafe vor. Das vorlegende Gericht schlug zur Abhilfe dieser Unverhältnismäßigkeit vor, eine „Abstufung“ der Strafe einzuführen, d.h. eine dritte Möglichkeit, die zwischen der freistehenden und zwingend anzuordnenden Beschlagnahme vermitteln sollte. Die Befugnis, eine dritte Möglichkeit einzuführen, stellte jedoch nach Ansicht des Verfassungsgerichts „ein neues System“ dar, dessen Einführung *„nicht durch die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Norm gedeckt ist, die hingegen durch eventuelle und künftige Reformlösungen, die den Entscheidungen des Gesetzgebers zu überlassen sind, vorgenommen werden könnte“*<sup>37</sup>. Wie dem Tenor des Urteils des Verfassungsgerichts zu entnehmen ist, durch den auch die Argumente des vorlegenden Gerichts rekonstruiert werden können, sieht das Urteil *Verhältnismäßigkeit* nur als Korrelat der Zumutbarkeit und assoziiert Verhältnismäßigkeit immer mit dieser. Sie ist in diesem Fall also ein Notbehelf, der das Argument der Zumutbarkeit und den Gleichheitsgrundsatz bekräftigen soll. Allerdings verweist der Begriff der Verhältnismäßigkeit eher/besser, als die Zumutbarkeit und der Gleichheitsgrundsatz, weil es hier um Strafe geht, auf den Begriff der *gerechten* Strafe. Damit verweist er gleichzeitig auf die die Notwendigkeit einer Bewertung von Fall zu Fall, die Unzulässigkeit von Automatismen, die Notwendigkeit einer Strafzumessung, die sich nicht nur am effektiv durch die Tat entstandenen Schaden, sondern auch an dem durch die Strafe verfolgten Zweck orientiert. In diesem Fall hat nur das vorlegende Gericht den gegenteiligen Begriff von Verhältnismäßigkeit verwendet, als es feststellte, dass *„die Gefahr besteht, dass der Verantwortliche einer Strafe unterzogen wird, die gegenüber der begangenen Tat unverhältnismäßig ist“*<sup>38</sup>. Diesem Argument scheint

---

<sup>37</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr 252/2012 Rn. 4.

<sup>38</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr 252/2012 Rn. 1.

das Verfassungsgericht jedoch nicht gefolgt zu sein, denn es lässt die Vorlage (aus anderen Gründen) nicht zu<sup>39</sup>.

In anderen Urteilen hat es das Verfassungsgericht hingegen für notwendig erachtet, den Umfang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – wenn auch nur kurz – zu definieren. Im Urteil Nr. 2 von 1999 zum automatischen Verlust der Zulassung von bei der Kammer der Buchhalter und kaufmännischen Sachverständigen eingetragenen Mitgliedern, die für bestimmte Straftaten verurteilt wurden, stellt das Verfassungsgericht fest, *„der Automatismus der Disziplinarstrafe ist unvernünftig, da er dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht, der wesentlicher Bestandteil des Gleichheitsgrundsatzes ist“*<sup>40</sup>.

#### 4. Die Selbstbeschränkung des Verfassungsgerichtshofes ab dem Jahr 2000

Das Verfassungsgericht hat sich auch kürzlich damit befassen müssen, ob Strafrechtsnormen, die als übertrieben erachtete Sanktionen vorsehen, verfassungsgemäß sind. Außer in Art. 69 Abs. 4 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) in der Fassung des Art. 3 des Gesetzes Nr. 251 vom 05. Dezember 2005 – das Verbot des Überwiegens strafmildernder Umstände beim im Art. 99 Absatz 4 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) geregelten wiederholten Rückfall<sup>41</sup> betreffend – hat das Verfassungsgericht ein weiteres wichtiges Urteil zur Unzulässigkeit einer Verfassungsklage erlassen. Mit dem Urteil Nr. 22 von 2007<sup>42</sup> hat es sich mit Art. 14 Absatz 5 erster Satz des GvD. Nr. 286 vom 25. Juli 1998 (Einheitstext zur Immigration) und dem dort festgelegten, von den vorlegenden Richtern als äußerst übertrieben erachteten Strafmaß befasst. Ihm zufolge droht

---

<sup>39</sup> Der Eingriff, zu dem das Verfassungsgericht aufgefordert wurde, würde ein „neues System“ verwirklichen, das *nicht durch die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Norm gedeckt ist, das hingegen durch eventuelle und künftige Reformlösungen, die den Entscheidungen des Gesetzgebers zu überlassen sind, eingeführt werden könnte*“.

<sup>40</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Cort. Cost. Nr. 2 von 1999.

<sup>41</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. 192/2007 (vom 14. Juni 2007), C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte Costituzionale*, *Giur. Cost.* 2007, 3, 1861; MELCHIONDA, *Legge 5 dicembre 2005 n. 251 – Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione* (GU 7.12.2005 n. 285)“, *La Legislazione Penale*, 2006, 440.

<sup>42</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 22/2007.

einem Ausländer eine Freiheitsstrafe zwischen einem und vier Jahren, wenn er sich ohne Rechtfertigungsgrund auf dem Staatsgebiet aufhält, nachdem ihm von der Questura die Abschiebungsanordnung zugegangen ist. Diese Verfassungsklage hat das Verfassungsgericht, das hier den Weg „*ich möchte, aber ich kann nicht*“<sup>43</sup> einschlug, jedoch tatsächlich als unzulässig angesehen.<sup>43</sup> Nach seiner Auffassung wohnen dieser Materie „*Ungleichgewichte, Missverhältnisse und Uneinigkeiten*“<sup>44</sup> inne, so dass jede Prüfung der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Gleichheit, Verhältnismäßigkeit und Umerziehung<sup>45</sup> undurchführbar werden würde. Im Wesentlichen kommt es hier zum folgenden Paradox: Je mehr die Strafrechtsnorm sich in einem normativen Kontext befindet, der sich durch fehlende Rationalität auszeichnet, desto weniger ist es möglich, sie wegen ihrer Irrationalität aufzuheben. Eine solche Position kann in Hinblick auf den Ermessensspielraum des Gesetzgebers, der sich an die Grundsätze der Verfassung halten muss, nicht geteilt werden kann. Angesichts der schwierigen Ausbalancierung zwischen der Freiheit des Gesetzgebers und der durch die Verfassung auferlegten Schranken stellt sich aber die schwer zu beantwortende Frage, wie die Grenzen einer solchen Kontrolle auszusehen haben. Schließlich hat der Gesetzgeber, wenn dessen Entscheidung an die Relevanz des Rechtsguts gebunden ist, die jeder einzelnen Bestimmung zugrunde liegt, dessen Gewicht und Wert zu respektieren: Nur nach einer solchen Abwägung kann eine Strafe als der Straftat angemessen erachtet werden. Sollte man ausschließlich auf die Folgerichtigkeit der Beziehung der Normen untereinander und ihre Systematik zielen, würde dies notwendigerweise zur Folge haben, dass die danach verhängten Strafen mit den bereits festgelegten nicht nur einen Bezugspunkt, sondern auch eine Grenze hätten, da diese den notwendigen Maßstab darstellen würden, an dem sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des Straftatbestandes orientieren müsste.

---

<sup>43</sup>D. BRUNELLI, *nota a Corte Cost. 22/2007, La Corte Costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, *Giur. Cost.* 2007, 1, 181.

<sup>44</sup>D. BRUNELLI, *nota a Corte Cost. 22/2007, La Corte Costituzionale “vorrebbe ma non può”*, 183.

<sup>45</sup>Vgl. hierzu Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 22/2007.

*4.1. Das Urteil Nr. 47 von 2010 über das Mindeststrafmaß der Straftat der Falschaussage*

Mit dem Urteil Nr. 47 von 2010 hat das Verfassungsgericht über das für die Falschaussage in Art. 372 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) festgelegte Mindeststrafmass von zwei Jahren entschieden. Die Argumente des Landgerichts Trient, des vorlegenden Gerichts, bestanden hauptsächlich in der Rüge der Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes:

*„Das Mindeststrafmaß von zwei Jahren Gefängnisstrafe ist dem Unwert der typischen Tat nicht angemessen, da es auch im Falle geringfügiger Übertretungen die unvermeidliche Strafe darstellt.“<sup>46</sup>*

Gemäß dieser ersten Erwägung würde es sich hier also um ein Problem der Strafzumessung handeln: Die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit würde darin bestehen, dass die Strafe nicht im Verhältnis zum konkreten Fall abgestuft werden kann. Mit anderen Worten: Das vorlegende Gericht vertritt die Auffassung, dass bei einer weniger schwerwiegenden Falschaussage nicht eine zweijährige Gefängnisstrafe verhängt werden dürfe, weil diese im Falle „geringfügiger Übertretungen“ unangemessen sei. Wie bereits dargelegt wurde, hat sich das Verfassungsgericht schon im berühmten Urteil zur Beleidigung eines Amtsträgers<sup>47</sup> mit dem Problem der *Unverhältnismäßigkeit* des Mindeststrafmaßes befasst. Während das Verfassungsgericht jedoch bei dieser Gelegenheit anerkannt hatte, dass der Unwert „geringfügiger Übertretungen“<sup>48</sup>, um die von ihm im Urteil Nr. 47 von 2010 verwendete Terminologie zu übernehmen, nicht mit einer sechsmonatigen Gefängnisstrafe geahndet werden kann, kam es in diesem Fall zu dem Schluss, dass ein Mindeststrafmaß von zwei Jahren Gefängnisstrafe gut dem Unwert geringfügiger Falschaussagen entsprechen kann. Der kulturelle und juristische Zusammenhang, in dessen Rahmen die Urteile ergangen sind, ist sicherlich ein anderer, wenn nicht gar ein gegensätzlicher. Während nämlich das

<sup>46</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. 47/2010.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. 341/1994.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. 47/2010.

Verfassungsgerichtsurteil zur Beleidigung eines Amtsträgers noch zu den Urteilen gehört, mit denen das Verfassungsgericht das Strafgesetzbuch von all den Normen reinigen wollte, die angesichts einer veränderten Beziehung zwischen Staat und Bürger überflüssig erschienen<sup>49</sup>, steht das Urteil Nr. 47 von 2010, nach Aussage des Verfassungsgerichts, selbst in einem etwas anderen Zusammenhang. Tatsächlich hat Art. 11 Abs. 2 des Gesetzesdekrets Nr. 306 von 1992, das mit Änderungen in das Gesetz Nr. 356 von 1992 umgewandelt wurde, die in Art. 372 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) ursprünglich vorgesehene Mindeststrafe von sechs Monaten und die Höchststrafe von drei Jahren Gefängnisstrafe durch schärfere Strafen, und zwar mindestens zwei Jahren und höchstens sechs Jahren Gefängnisstrafe, ersetzt. Das erhöhte Strafmaß sei durch den Umstand gerechtfertigt, dass dieses kriminelle Verhalten jetzt im größeren Umfang als rechtswidrig bewertet wurde, was auf die (damals erst kürzlich durchgeführte) epochale Reform der Strafprozessordnung, die den Übergang von einem inquisitorischen Modell hin zur Beschuldigung kennzeichnete, zurückzuführen ist. Und tatsächlich stellt das Verfassungsgericht fest,

*„die Erhöhung des in Art. 372 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) vorgesehenen Strafmaßes ist durch die Notwendigkeit vorgegeben, die Echtheit des Beweises zu erhalten und dies nicht nur in Bezug auf Verfahren wegen Straftaten der organisierten Kriminalität, in denen die besondere Gefahr einer Einschüchterung von Zeugen besteht, sondern vor allem auch in Bezug auf das jetzige Strafprozessmodell. Das Strafprozessmodell geht hin zum Akkusationsverfahren und in ihm ist der Beweiserhebung, die vorrangig im Erörterungstermin und im*

---

<sup>49</sup> Die Strafrechtsbestimmung zur Beleidigung eines Amtsträgers konnte tatsächlich als kulturelles Vermächtnis angesehen werden, das einer Sicht auf die Macht der Verwaltung als Autorität und auf den Bürger als Untertan entspricht. Tatsächlich zögert das Verfassungsgericht in seinem Urteil Nr. 341/1994 nicht, die Straftat der Beleidigung eines Amtsträgers als unangemessen zu erachten. Es stellte dort fest, dass die Straftat der Beleidigung eines Amtsträgers *„das Ergebnis einer autoritären und sakralen Auffassung der Beziehung zwischen öffentlichen Amtsträgern und Bürgern ist, die typisch für diese geschichtliche Epoche war und sich aus der damals herrschenden ideologischen Matrix ableitete. Eine Auffassung, die dem durch die republikanische Verfassung erzeugten, demokratischen Bewusstsein, demgemäß die Beziehung zwischen der öffentlichen Verwaltung und der Gesellschaft keiner Oberherrschaft gleichkommt, sondern den Interessen der Gesellschaft selbst dienen soll, fremd ist“*.

*kontradiktorischen Verfahren erfolgt, der Zeugenaussage eine vorrangige Rolle zugewiesen.*<sup>50</sup>

Angesichts dieser Notwendigkeiten schließt das Verfassungsgericht die Verletzung der Grundsätze der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit aus. Es verwendet hier also den Begriff der *Verhältnismäßigkeit* als Synonym für den Maßstab der Vernunft. Trotzdem verband das vorlegende Gericht, wie das Verfassungsgericht selbst feststellt und wie oben bereits betont wurde, mit dem Begriff der Verhältnismäßigkeit insbesondere die Notwendigkeit, die Strafe dem Unwert der typischen Tat anzumessen. Es wies auf einen Widerspruch zum Maßstab der Vernunft hin, da die für die betreffende Straftat festgelegte Strafe nach der Reform nicht mehr auf einer Ebene mit den für „ähnliche“ Straftaten vorgesehenen Strafen liege. Außerdem schlug es vor allem einen Vergleich mit den Tatbeständen des Prozessbetruges (Art. 374 Codice Penale), der persönlichen Begünstigung (Art. 378 c.p.), auch in dem Fall, in dem die Straftat, auf die sich das kriminelle Verhalten bezieht, nach Art. 416-*bis* c.p. bestraft wird, und mit dem Tatbestand der Vortäuschung einer strafbaren Handlung (Art. 367 c.p.) vor.

Insbesondere bestehe bei der Straftat nach Art. 372 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) im Vergleich mit der Straftat der persönlichen Begünstigung, die mit bis zu vier Jahren Gefängnisstrafe und, in schweren Fällen mit einer Gefängnisstrafe von mindestens zwei Jahren geahndet wird, eine „*unangemessene Strafbarkeit*“. Denn der Umstand, dass jemand, wie der Angeklagte, der eine geringfügige Übertretung begangen hat, genauso oder schwerer bestraft wird als jemand, der einem anderen dabei geholfen hat, die Justizbehörden bei ihren Ermittlungen in die Irre zu führen, stelle eine grobe Unlogik des Gesetzes dar.

Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts schützen die vorstehenden Straftatbestände das gleiche Rechtsgut, d.h. das staatliche Interesse an einer korrekten und gerechten Justizverwaltung. Und nicht nur das. Während sich die Strafe im Fall der Vortäuschung einer strafbaren Handlung<sup>51</sup> nach der vorgetäuschten Tat selbst richtet und, sollte diese eine Ordnungswidrigkeit sein, aus einer Geldstrafe besteht, ist die

---

<sup>50</sup> Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. 47/2010.

<sup>51</sup> Art. 367 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch): für die Vortäuschung einer strafbaren Handlung, *rectius* eines Delikts sind ein bis drei Jahre Freiheitsstrafe vorgesehen.

Strafe im Falle der Falschaussage, unabhängig davon, in Bezug auf welche Straftat die Falschaussage erfolgt, immer die gleiche.

Nach Meinung des vorliegenden Gerichts weist die gerügte Vorschrift außerdem einen weiteren Aspekt der Unzumutbarkeit auf, weil sie, ohne Berücksichtigung eines anderen gültigen *tertium comparationis*, trotzdem und ohne eine rechtfertigende Begründung, Strafen vorsieht, die sich stark voneinander unterscheiden. Hierbei bezieht es sich auf die Straftat der falschen Anschuldigung, die durch Art. 368 Codice Penale (italienisches Strafgesetzbuch) geregelt wird und für die die gleiche Strafe vorgesehen ist wie für die Falschaussage, d.h. Gefängnisstrafe von zwei bis sechs Jahren. Dies ist der Fall, obwohl die erste Straftat nicht nur den ordnungsgemäßen Gang der Justizverwaltung beeinträchtigt, sondern auch die Ehre desjenigen verletzt, der fälschlicherweise einer Straftat bezichtigt wird. Wägt man den Unwert beider krimineller Verhaltensweisen gegeneinander ab, kann man zu dem Schluss gelangen, dass die Straftat der falschen Anschuldigung, die den ordnungsgemäßen Gang der Ermittlungen behindert, da die Behörde auf eine falsche Fährte gesetzt wird und bei der bewusst ein Unschuldiger einer Straftat bezichtigt wird, einen höheren Unwert in sich birgt als der Tatbestand der Falschaussage.

Rekonstruiert man also die Argumente des Landgerichts Trient, dann spielt im Falle einer absoluten Übereinstimmung zwischen dem Unwert des kriminellen Verhaltens und der festgelegten Strafe ausschließlich der Begriff der Verhältnismäßigkeit an sich eine Rolle und ist nicht reiner Ersatz des Maßstabes der Vernunft. Es würde sich hier also um die sogenannte *kardinale Proportionalität* handeln, die, ohne irgendeinen Vergleichsmaßstab, die *absolute Verhältnismäßigkeit* zwischen den beiden Größen Straftat und Strafe anzeigt. Das gleiche vorliegende Gericht verweist jedoch darauf, dass die fehlende Einhaltung der so genannten Folgerichtigkeit des Strafsystems, der gemäß die Normen eines Rechtssystems rational sein und miteinander harmonisieren müssen, eine Verletzung der Zumutbarkeit darstellt. Entsprechend kann ein Strafsystem als rational erachtet werden, wenn in ihm für strafbares Verhalten, das sich ähnelt, ähnliche Höhen von Strafe vorgesehen sind<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Genauer gesagt wird die Existenz einer solchen Folgerichtigkeit des Systems von der Lehre häufig als sogenannte *ordinale* Proportionalität bezeichnet. Mit diesem Begriff wird die Situation belegt, für die im Strafsystem *ein quantum* gleicher oder beinahe gleicher Strafen vorhanden ist. Dieses *quantum* ist Ausdruck des gleichen Unwerts und schärferer Strafen für Delikte, die einen höheren Unwert verwirklichen als die anderen Delikte. So neben anderen DUFF, *Was ist Proportionalität und warum*

Prämisse des Gerichtshofes ist die Bezugnahme auf eine konstante Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, der gemäß das dem Gesetzgeber im Hinblick auf die Festlegung strafbaren Verhaltens und der dafür vorgesehenen Strafen zustehende Ermessen nur dann gerügt werden kann, wenn es offensichtlich auf unvernünftige, willkürliche oder radikal ungerechtfertigte Weise ausgeübt wurde<sup>53</sup>.

Wenn das Verfassungsgericht im Falle der Beleidigung eines Amtsträgers davon ausging, dass eine Mindeststrafe von sechs Monaten für diese Straftat nicht der modernen und liberalen Tradition der europäischen Länder entsprechen würde, trägt im Fall der Strafrechtsnorm der Falschaussage der Verweis auf einen *absoluten* Unwert, der zwischen dem kriminellen Verhalten und der festgelegten Strafe bestehen könnte, nicht zur Klärung der Frage bei. Wenn in Italien der Straftatbestand der Falschaussage mit zwei bis sechs Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, wird hingegen die *falsche uneidliche Aussage* in Deutschland nach § 153 StGB mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren geahndet. In Frankreich wird die *témoignage mensonger* hingegen nach Art. 434-13 *Code penal* mit fünf Jahren Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe von 75.000 Euro bestraft. Offensichtlich unterscheiden sich die für die gleiche Straftat in drei Ländern der EU vorgesehenen Strafen erheblich. Und der Einwand, dass die Strafen bei ihrer Zumessung durch das Gericht faktisch nicht so unterschiedlich ausfallen dürften, wird dahingehend beantwortet, dass uns hier nur die Festlegung der Strafe im Zeitpunkt ihrer Festsetzung durch das Gesetz interessiert. Zu diesem Zeitpunkt hat der Gesetzgeber alle betroffenen Interessen abgewogen und die Schwere des Unwerts des kriminellen Verhaltens bewertet, mit dem er eine dem Verhalten angemessene Strafe assoziiert, wobei er weniger schwerwiegendes und schwerwiegendes Verhalten berücksichtigt und so zur Festlegung einer Mindest- und einer Höchststrafe gelangt<sup>54</sup>.

---

*ist dieses Prinzip wichtig?*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, A. VON HIRSCH, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, zit., S 23 ff.. Von der so genannten *relativen Proportionalität* spricht auch C. PONGILUPPI, zit., S. 4.

<sup>53</sup> Für viele: Urteile Nr. 161/ 2009, Nr. 22/2007, Nr. 394/2006, Nr. 325/ 2005; Beschlüsse Nr. 41 von 2009 und Nr. 52 von 2008.

<sup>54</sup> *Ebd.*

## 5. Kritische Erwägungen

Zuletzt soll auf die folgenden Erörterungen eingegangen werden.

Wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 3 der Verfassung abgeleitet werden kann, der indirekt fordert, dass die Strafe im Verhältnis zum Unwert der begangenen rechtswidrigen Tat zu stehen hat, dann kann die Ermessensbefugnis des Gesetzgebers nur überwunden und ein die angefochtene Norm für verfassungswidrig erklärendes Urteil erlangt werden, wenn es sich um eine *offensichtlich übertriebene oder eindeutig unverhältnismäßige* Strafe handelt. Die Rechtsordnung muss, mit anderen Worten, die Möglichkeit einer geringen Unverhältnismäßigkeit des Strafsystems tolerieren. Hingegen kann, auch unter der Berücksichtigung der für ähnliche Fälle vorgesehenen Strafen und somit unter Beachtung der notwendigen Folgerichtigkeit der gesamten Strafrechtsordnung<sup>55</sup>, nicht gestattet werden, dass die Rechtsordnung Strafen enthält, die dem idealen und abstrakt perfekten Verhältnis zwischen Unwert der Tat und Höhe der Strafe offensichtlich und übertrieben fern sind.

Am Ende dieses Überblicks über die wichtigsten Urteile des Verfassungsgerichts zur Verhältnismäßigkeit scheinen einige Erläuterungen angebracht. Zuerst einmal handelt es sich um einen Überblick, der nicht den Anspruch erhebt, alle einschlägigen Fälle in Betracht gezogen zu haben, zu denen das Verfassungsgericht Urteile in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit erlassen hat. Die Auswahl der untersuchten und vorgestellten Urteile beruht vielmehr auf dem Wunsch, die für das hier behandelte Thema wichtigsten Urteile hervorzuheben. Deshalb wurden die Urteile des Verfassungsgerichts, in denen der Verweis auf den

---

<sup>55</sup> Aus dem Urteil zur Beleidigung eines Amtsträgers (Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 341/1994): „Insbesondere hat das Verfassungsgericht mit dem Urteil Nr. 409 von 1989 endgültig festgestellt, dass ‚der Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 erster Absatz der Verfassung festlegt, dass die Strafe im Verhältnis zum Unwert der begangenen Tat stehen muss, damit das Strafsystem gleichzeitig die Funktion des Schutzes der Gesellschaft und die des Schutzes des Einzelnen erfüllen kann.[...] Die diesbezüglich notwendigen Bewertungen fallen unter die Ermessensbefugnis des Gesetzgebers, deren Ausübung nur in den Fällen als nicht verfassungsgemäß gerügt werden kann, in denen die Grenze der Zumutbarkeit nicht eingehalten wurde‘ (siehe auch in gleichen Sinne die Urteile Nr. 343 und 422 von 1993). Und tatsächlich wurde mehr allgemein festgestellt ‚der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [...] bedeutet für das Strafrecht, die Strafbarkeit, auch wenn sie vermutlich geeignet ist, den vom Staat verfolgten Präventionszweck zu erfüllen, dann für unrechtmäßig zu erachten, wenn der dem Individuum (an seinen Grundrechten) und der Gesellschaft durch die Strafe entstehende Schaden überproportional höher wiegt, als die Vorteile, welche die Gesellschaft durch den Schutz der Rechtsgüter und Werte erzielt (oder erzielen kann)“.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, d.h. auf das Konzept einer eindeutigen und offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit der zu verhängenden Strafe, nicht dazu geführt hat, dass die Norm für verfassungswidrig erklärt wurde, außer Acht gelassen. Dies galt sowohl in dem Fall, in dem sich die Argumente des vorlegenden Gerichts auf eine *kardinale* Proportionalität als auch dann, wenn sie sich auf die Unzumutbarkeit im Hinblick auf ein *tertium comparationis* und somit auf die so genannte *ordinale* Proportionalität stützten<sup>56</sup>. Die untersuchten Urteile zeigen, wie bereits am Anfang dieses Kapitels angekündigt wurde, vor allem eine Undurchsichtigkeit in der Terminologie und außerdem eine zweideutige Verwendung des Begriffs der Verhältnismäßigkeit durch das Verfassungsgericht. Wenn mit seiner Hilfe keine anderen Ergebnisse erzielt wurden als die, die durch die Verwendung des Begriffs der „Zumutbarkeit“ erreicht worden wären, dann muss man sich fragen, warum dem Begriff der *Verhältnismäßigkeit* gegenüber dem der *Zumutbarkeit* der Vorzug gegeben wurde. Die Untersuchung der beim Verfassungsgericht eingegangenen Vorlagen hat jedoch ergeben, dass in den Fällen, in denen es sich um die Anzeige einer für überhöht erachteten Strafe handelte bzw. um den Automatismus einer Strafe, vorzugsweise auf die Verhältnismäßigkeit zurückgegriffen wurde und nicht auf den Begriff der *Zumutbarkeit*. In der Mehrheit der Fälle wird jedoch, um Missverständnisse zu vermeiden, auf beide Grundsätze so Bezug genommen, als wenn es sich um Synonyme handeln würde. Die Untersuchung dieser Urteile hat in jedem Fall ergeben, dass der Begriff der *Verhältnismäßigkeit* häufig im Sinne seines Gegenteils verwendet wird. D.h., es wird häufig erklärt, dass eine bestimmte Strafe „unverhältnismäßig“ erscheint oder „offensichtlich unverhältnismäßig“ oder „eindeutig unverhältnismäßig“ in Hinblick auf den verfolgten Zweck, in Hinblick auf die Schwere der begangenen Tat, in Hinblick auf eine Strafe, die für eine andere Tat mit dem gleichen Unwert festgesetzt wurde<sup>57</sup>. Tatsächlich wird nicht in allen Fällen die Verletzung des

---

<sup>56</sup> Unter anderen: Verfassungsgerichtsurteile: Corte Cost. Nr. 140 und 143 von 2013.

<sup>57</sup> Vor nicht allzu langer Zeit hat ein Urteil des Verfassungsgerichts (Verfassungsgerichtsurteil Nr. 394/2006) die für eine Ordnungswidrigkeit vorgesehene Strafe als „absolut unverhältnismäßig niedrig“ und somit unvernünftig und als Verstoß sowohl gegen Art. 3 als auch gegen Art. 27 der Verfassung erachtet. Insbesondere handelte es sich um eine als unangemessen angesehene Ordnungswidrigkeit, weil diese die bedeutsame Verletzung eines Gutes mit verfassungsrechtlichem Rang bestrafte, während in Bezug auf dieses Verhalten ähnliche Taten als Delikte geahndet wurden. Es würde sich somit um eine Strafe handeln „die in keiner Proportion zum Verletzungsgehalt der kriminellen Tat steht und so den Verurteilten daran hindert, deren Unwert zu erkennen“.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geltend gemacht. In vielen Urteilen wird dieser Grundsatz, wenn überhaupt, als Korrelat des Gleichheitsgrundsatzes im Sinn von Art. 3 der Verfassung<sup>58</sup> erwähnt. Denn noch heute ist es schwer, eine Verletzung des betreffenden Grundsatzes auf einen Artikel der Verfassung zurückzuführen, der diesen ausdrücklich normiert.

---

<sup>58</sup> *Für viele:* Verfassungsgerichtsurteile 341/1994, 422/1993, 343/1993, 313/1990, 409/1989.

## SINTESI

Nel primo capitolo della seconda parte di questo lavoro si è focalizzata l'attenzione innanzitutto sulla possibilità di riconoscere un significato tecnico al principio di proporzionalità, a partire dalla carenza di un esplicito riferimento normativo del principio. A tal fine si sono innanzitutto ripercorse le origini del principio in questione: queste sono da rinvenirsi nel diritto tedesco di polizia e nella giurisprudenza comunitaria di diritto pubblico della Corte di Giustizia.

In particolare nel diritto tedesco il principio di proporzionalità veniva distinto in: principio di proporzionalità in senso ampio (*Verhältnismäßigkeit weiteren Sinn*), che comprende al suo interno i giudizi di idoneità (*Geeignetheit*) e necessità (*Erforderlichkeit*) e principio di proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), che invece consiste in un giudizio sul grado di incisività della pena sui diritti fondamentali dei soggetti su cui grava la misura e dunque sull'opportunità della stessa.

Nel secondo capitolo si sono analizzate le pronunce della Corte Costituzionale nelle quali è stato fatto riferimento al principio di proporzionalità. Come si è visto, un tale riferimento si risolve molto spesso in un mero espediente argomentativo, utilizzato soprattutto dai tribunali rimettenti. Tuttavia, si sono registrate delle pronunce della Corte Costituzionale dalle quali emerge un "volto" del principio qui esaminato. Innanzitutto la proporzione figura innanzitutto nell'ambito del controllo di "ragionevolezza" sulle norme attraverso l'espediente del *tertium comparationis*, in quanto il giudizio di proporzione sulla misura della pena rappresenta innanzitutto un giudizio relativo tra due grandezze.

La Corte ha inoltre spesso ancorato il principio di proporzionalità delle sanzioni alla finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27 Cost, che implicherebbe in tal senso un costante "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra. Tale prospettiva nella sentenza sull'oltraggio (Corte Cost. 341/1994) si amplia: il giudizio di proporzionalità del minimo edittale di sei mesi viene effettuato sia in relazione al bene primario della libertà personale compresso dalla sanzione e protetto dall'art. 13 Cost, che in relazione ad un confronto con „la tradizione europea“ e i principi da essa ricavabili.

L'analisi ripercorre, inoltre, le più recenti pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali si riscontra un maggiore „*self restraint*“ della Corte rispetto al giudizio sulla ragionevolezza e proporzionalità delle pene. Il riconoscimento di un'ampia sfera di discrezionalità al legislatore conduce infatti spesso a pronunce in cui la Corte si assesta su un „*vorrei ma non posso*“, come nel caso della sentenza in tema di immigrazione (Corte Cost. 22/2007).

In ultimo è stata presa in esame la decisione della Corte sul minimo edittale previsto per il reato di falsa testimonianza, ritenuto troppo elevato, anche alla luce di considerazioni comparatistiche sui *quantum* di pena previsti per questo delitto in Germania e in Francia.

All'esito di tale indagine si è osservato che il riferimento alla proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana è spesso ambiguo ed utilizzato raramente nella parte motiva delle sentenze. Un dato comune può però essere registrato: il riferimento alla stessa è più spesso sollevato lamentando una asserita “manifesta o palese sproporzione” di una pena, piuttosto che il mancato rispetto di un – non meglio definito – principio di proporzionalità.

TEIL III

TEIL III

DIE VERSCHIEDENEN BEDEUTUNGEN DER  
VERHÄLTNISMÄßIGKEIT IM DEUTSCHEN STRAFSYSTEM

## TEIL III

KAPITEL I

*DIE VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS ULTIMA RATIO DES  
STRAFRECHTS*

*1. Prämisse*

Der Einsatz von Strafrecht als Mittel zum Schutz der Belange der Gesellschaft lässt sich nicht ohne die Kontrolle seiner *Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit*, die Kernkriterien der Verhältnismäßigkeit im weiteren und engeren Sinne, bewilligen. Die Prüfung selbst hat mit der Rolle des Strafrechts im Rechtsordnungssystem, mit seinen Abgrenzungen gegenüber den anderen Rechtsgebieten und ihren unvermeidbaren Überschneidungen zu tun.

All dies betrifft die Grundfrage nach dem „Warum“ von Strafrecht, nach seinen Ursprüngen, seinen Zielen und seinen Legitimierungsquellen. Ein solch weites Thema soll im Folgenden aber nicht vollständig in Angriff genommen werden.

Vielmehr sollen diese Fragen, auf das Ausgangsthema zurückkommend, zunächst auf die Untersuchung der Verhältnismäßigkeit im Strafrecht als Wahl des Gesetzgebers eingeschränkt werden. Diese Wahl ist als dessen Abwägung zwischen der besonderen Verwerflichkeit und Sozialschädlichkeit eines Verhaltens und dessen Strafwürdigkeit zu verstehen. Das Ergebnis einer solchen Abwägung kann zu einer staatlichen Maßnahme führen, die einen bestimmten Zweck verfolgen muss und deren Wirken die Grundrechte des Betroffenen beeinträchtigen kann.

Im Bereich des Öffentlichen Rechts kann eine staatliche Maßnahme unmittelbar die Interessen Dritter beeinträchtigen; im Bereich des Strafrechts wirkt sich der Einsatz vornehmlich auf den Adressaten der Maßnahme aus – wie im Fall der Strafe, die vor allen Dingen den Verurteilten betrifft und dessen Freiheit einschränkt. Die Entscheidung des Gesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten strafbar zu machen, hat

### TEIL III

aber nicht nur Auswirkungen auf denjenigen, der die entsprechende Vorschrift überschreitet. Sie ist auch für jede andere Person, die diese Vorschrift und ihre möglichen Folgen beachten muss, d.h. für die Gesamtheit der Bürger, die dem Gesetzgeber untersteht, von Bedeutung. Wegen dieser weitreichenden Auswirkungen dürfen oder sollten derartige staatliche Maßnahmen überprüft werden. Ein hierzu geeignetes Mittel ist die Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit. Für die Prüfung kann sie auf zwei unterschiedliche Weisen herangezogen werden:

Einerseits wird abgewogen, ob der *Zweck einer Norm* zulässig ist und ob die vorgesehenen Maßnahmen in Hinblick auf den angestrebten Zweck *geeignet* und *erforderlich* sind – bei diesem Verfahren handelt es sich um die sogenannte *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*.

In diesem Fall soll genauer der *Beurteilungsspielraum* des Gesetzgebers in Hinblick auf das Gewicht eines bestimmten Rechtsguts überprüft werden. Nachfolgend werden verschiedene Maßnahmen exemplarisch dargestellt und ausgewertet: Ist ein Verhalten beispielsweise so sozialschädlich und verwerflich, dass es notwendig erscheint, das schärfste der Rechtsordnung zur Verfügung stehende Mittel anzuwenden?

Andererseits wird eine Maßnahme auch in Bezug auf die Rechte der Person geprüft, die die Folgen des resultierenden Eingriffs tragen muss. Dabei wird abgewägt, ob die Einschränkungen, die sie erfahren würde, in Hinblick auf die Vorteile, die sich aus der Durchsetzung der Maßnahme ergeben, *angemessen* sind – bei diesem Verfahren handelt es sich um die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*.

Darüber hinaus wird der Verhältnismäßigkeitsbegriff in Zusammenhang mit Fragen nach dem Maß der Strafe gebraucht. Die entsprechenden Betrachtungen konzentrieren sich dabei entweder auf das Maß der Strafe, wie es vom Gesetzgeber entschieden und im Strafraumen festgesetzt wird, oder auf die Ebene der Strafzumessung durch den Richter. In diesem Zusammenhang werden die Prinzipien und Aussagen nicht nur dahingehend diskutiert, ob sie als Grundlage für (an)gebotene Möglichkeiten und Weisungen zur *gerechten* Strafe führen sollen. Vielmehr werden dieselben Prinzipien, unabhängig vom Strafraumen, auch in Hinblick auf ihr Verhältnis zu Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit an sich erörtert.

### TEIL III

Im Folgenden wird die oben zuerst genannte Möglichkeit der Bedeutung von Verhältnismäßigkeit dargestellt – es geht also um Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit der „*ultima ratio*“ des Strafrechts und damit um die Notwendigkeit eines Eingriffes in die Grundrechte der Person, nicht aber um die Fragen nach dem Maß der Strafe. Denn wie durch Roxin hervorgehoben, ist die strafrechtliche Gerechtigkeit ein notwendiges Böses; streicht man aber die Notwendigkeit, so bleibt nur das Böse übrig.<sup>1</sup>

Dabei wird die Gültigkeit dieser Auslegung in Hinblick auf konkrete Fälle der Rechtsprechung untersucht. Diese Fälle entstammen hauptsächlich den Bereichen des Inzestverbots und der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat gemäß § 89a StGB.

Wie sich in diesem Zusammenhang zeigen wird, bezieht man sich auf den unterschiedlichen Ebenen der Gerichtsbarkeit (Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte usw.) sowohl auf *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne* als auch auf *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Es kommen also zwei Aspekte zur Sprache, die auf den ersten Blick recht unterschiedlich erscheinen mögen. Wie jedoch aus der Einführung hervorgegangen sein sollte, basieren beide auf demselben generellen *Rechtsstaats-* oder *Verhältnismäßigkeitsprinzip*: Eine Maßnahme des Ordnungssystems darf nicht auf einer unbegründeten und unverhältnismäßigen Verletzung der Grundrechte des Betroffenen beruhen.

Es wird sich zeigen, dass die folgenden Argumentationsgänge nur mehr oder weniger stichhaltig sind. Ihre Diskussion wird aber dazu dienen, Rückschlüsse auf das hier gesetzte Thema des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und seiner Bedeutung für die „*ultima ratio*“ des Strafrechts zu ziehen.

---

<sup>1</sup> s. C. ROXIN, *Radius*, Heft 3, S. 33-37.

## 2. Die Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Geschwistern

Nachdem das BVerfG (Bundesverfassungsgericht) mit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschrift des § 173II 2 StGB<sup>2</sup>, die den Beischlaf zwischen Geschwistern betrifft, betraut worden war, sprach es sich mit dem Beschluss vom 26.2.2008 für die Vereinbarkeit der oben erwähnten Norm mit dem Grundgesetz aus.<sup>3</sup>

Dabei hatte das BVerfG die Straftat in Hinblick auf den Aspekt der Sachgerechtigkeit – im Sinne der *Verhältnismäßigkeit* – ihrer Strafbarkeit untersucht: Fällt der Beischlaf zwischen Geschwistern überhaupt in den Aufgabenbereich des Strafrechts? Ist es für derartige Fälle zuständig und, wenn ja, warum? Und welchen Zielen würde der rechtmäßige Eingriff durch das Strafrecht entsprechen?

So argumentierte der Gerichtshof auf Grundlage des Grundsatzes wie folgt:

*„In materieller Hinsicht ist der Gesetzgeber zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet – bei Androhung von Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2II 2 GG –, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient.“<sup>4</sup>*

Aus dieser Erklärung des Gerichtshofs geht hervor, dass das Strafrecht als *ultima-ratio* des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden soll: Wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen abträglich ist, dann ist seine

<sup>2</sup> § 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten) laut wie folgt:

*„(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.*

*(3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.“*

<sup>3</sup> s. BVerfGE 120, 224. Für den Erhalt von §173 äußerten sich anschließend auch M. FROMMEL, § 173, in *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 2, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, S. 225 und M.G. TISCHLER, *Der Geschwisterincest bei über 18-Jährigen*, Hamburg, 2009, S. 136 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 120, 224, auch in *NJW*, 2008, 1137, Rn. 35.

### TEIL III

Verhinderung durch das Strafrecht gerechtfertigt, ein strafrechtlicher Eingriff also verhältnismäßig<sup>5</sup>.

Im Anschluss an diese Ausführungen kommt das BVerfG genauer auf den Inhalt seiner Prüfung zu sprechen:

Der Gesetzgeber sei grundsätzlich frei bei der Entscheidung,

*„ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will“<sup>6</sup>.*

. Weiter schließt das BVerfG eine Erklärung über die Bedeutung von *Geeignetheit* und *Erforderlichkeit* an, das heißt, es setzt sich mit der *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne* auseinander und kommt letztlich zu dem Schluss, dass eine Strafnorm *„geeignet und erforderlich sein muss, um den erstrebten Zweck zu erreichen.“<sup>7</sup>*

Das BVerfG stellt diesen Grundsatz auf, indem es sich auf Begriffsbestimmungen stützt, die es schon mehrmals in seinen Entscheidungen vorgelegt hatte. In Hinblick auf den Aspekt der *Geeignetheit* handelt es sich um die folgende Erklärung:

*„Ein Mittel ist bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.“<sup>8</sup>*

In Bezug auf das Kriterium der *Erforderlichkeit* einer Strafnorm entscheidet das BVerfG, dass es immer dann erfüllt sei, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, ebenso wirksames Mittel hätte wählen können, das die Grundrechte des Betroffenen nicht oder weniger stark eingeschränkt hätte.<sup>9</sup>

Die Entscheidung über *Geeignetheit* und *Erforderlichkeit* eines Mittels zur Erreichung bestimmter Ziele sowie die Einschätzung und Prognose der Gefahren, die hierdurch einem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohen, fällt gemäß dem BVerfG

---

<sup>5</sup> Fügt noch das BVerfG hinzu: *„Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialemischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu“*, BVerfGE 120, 224, Rn. 35.

<sup>6</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 35.

<sup>7</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 36.

<sup>8</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 36.

<sup>9</sup> s. BVerfGE 120, 224, Rn. 36.

### TEIL III

in den *Beurteilungsspielraum* des Gesetzgebers<sup>10</sup>. Das BVerfG erlaubt dem Gesetzgeber somit einen weiten Beurteilungsspielraum. Ihm stehe zu, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage festzulegen<sup>11</sup>. Sich selbst sieht das BVerfG in der Funktion, diesen Spielraum zu überprüfen, indem es darüber wacht,

*„dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungssätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht“<sup>12</sup>.*

Den Begriff der *Zumutbarkeit* greift das BVerfG innerhalb einer Gesamtabwägung auf. Dabei vergleicht es zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe und der Grenze seiner Zumutbarkeit für die Adressaten, wenn es sagt: *„Die Maßnahme darf sie [ihre Adressaten] nicht übermäßig belasten.“<sup>13</sup>* Das BVerfG bezieht sich hiermit also wiederum auf die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*.

#### *2.1. Der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers und seine Kontrolle durch das BVerfG*

Soweit man der oben genannten Entscheidung durch das BVerfG entnehmen kann, kommt es dem Gesetzgeber zu, den Wert einschlägiger Rechtsgüter einzuschätzen und damit die Dringlichkeit ihres Schutzes durch das Strafrecht zu definieren.

Das BVerfG bringt es klar zum Ausdruck, dass die Bedeutung des Begriffs „Rechtsgut“ strittig ist<sup>14</sup>. In diesem Zusammenhang stellt das BVerfG

---

<sup>10</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 36.

<sup>11</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 37.

<sup>12</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 38.

<sup>13</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 37.

<sup>14</sup> „Versteht man im Sinne eines normativen Rechtsgutsbegriffs unter „Rechtsgut“ das, was der Gesetzgeber ausweislich des geltenden Rechts als rechtlich schützenswert betrachtet, reduziert sich der Begriff darauf, die *ratio legis* der jeweiligen Strafnorm auszudrücken; er kann dann eine Leitfunktion für den Gesetzgeber nicht übernehmen (vgl. Weigend, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 7). Will man hingegen mit einer

### TEIL III

unmissverständlich fest, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung der Rechtsgüter, die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen sind, große Freiheit genießt<sup>15</sup>.

*„Strafnormen unterliegen von Verfassungs wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten.“*<sup>16</sup>

Dabei trifft der Gesetzgeber, gemäß der Auslegung des BVerfG, letztlich nur auf eine einzige in der Verfassung festgesetzte Grenze. Er darf allerdings *Strafzwecke* – hier der Schutz von Rechtsgütern – festlegen, deren Verfolgung die Verfassung nicht ausdrücklich und von vornherein ausschließt<sup>17</sup>.

Demzufolge scheint der *Beurteilungsspielraum* des Gesetzgebers nicht übermäßig eingeschränkt zu sein. Denn in der Tat ist das BVerfG der Meinung, dass das Konzept des Rechtsgüterschutzes keine inhaltlichen Maßstäbe bereitstelle, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen<sup>18</sup>.

Auf der Basis dieser Grundhaltung wäre hinsichtlich des Inzest-Falls eine Feststellung durch das BVerfG, wie folgt, zu erwarten gewesen: Da der Gesetzgeber bei der Festlegung der Strafnormen und Rechtsgüter, die den Vorschriften zugrunde liegen sollen, große Freiheiten genießt, ist eine ausführliche Erörterung seiner Entscheidung, den Beischlaf zwischen Geschwistern zu bestrafen, nicht notwendig.

Hingegen bringt das BVerfG eine Erläuterung bzw. Rechtfertigung der Entscheidung des Gesetzgebers. Dabei überprüft es nicht die *Zwecke*, durch die der Gesetzgeber im Sinne der Verfolgung eines vom Grundgesetz ausgeschlossenen Zieles begrenzt ist,

---

*„naturalistischen“ Rechtsgutstheorie als legitime Rechtsgüter nur bestimmte „Gegebenheiten des sozialen Lebens“ anerkennen (vgl. Weigend, a.a.O.) oder in anderer Weise von einem überpositiven Rechtsgutsbegriff ausgehen, so gerät ein solches Konzept - verstanden und angewendet als Element des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs - in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke (vgl. BVerfGE 45, 187 <253>) auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen und die Strafnormen gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen.“* BVerfGE 120, 224, Rn. 39.

<sup>15</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 39.

<sup>16</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 39.

<sup>17</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 39.

<sup>18</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 39.

### TEIL III

sondern setzt bei der Analyse des Gewichts von *sexueller Selbstbestimmung* und von *Ehe* und *Familie* als rechtfertigende und in der Verfassung beinhaltete Rechtsgüter, gemäß § 173II 2 StGB, an. Nicht nur diese Vorgehensweise, sondern auch die folgenden Erläuterungen durch das BVerfG sind in einigen Punkten fragwürdig. Es heißt da zunächst:

*„Der Gesetzgeber hat seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung ‚unterlegenen‘ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausreichend erachtet hat, das in der Gesellschaft verankerte Inzesttabu weiterhin strafrechtlich zu sanktionieren.“<sup>19</sup>*

Die Gefahren, die die Begehung des Beischlafs mit sich bringen könnte, werden der Reihe nach vom BVerfG aufgeführt. Die umfangreiche Liste enthält folgende Gesichtspunkte:

*„Ein vermindertes Selbstbewusstsein, funktionelle Sexualstörungen im Erwachsenenalter, eine gehemmte Individuation, Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, Schwierigkeiten, eine intime Beziehung aufzubauen und aufrechtzuerhalten, Versagen im Arbeitsumfeld, eine generelle Unzufriedenheit mit dem Leben, starke Schuldgefühle, belastende Erinnerungen an die Inzesterfahrung, Depression, Drogen- und Alkoholmissbrauch, Selbstverletzung, Essstörungen, Suizidgedanken, sexuelle Promiskuität und posttraumatische Erlebnisse sowie indirekte Schäden, auch für dritte Familienmitglieder, zum Beispiel durch Ausgrenzung oder soziale Isolation.“<sup>20</sup>*

---

<sup>19</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 40.

<sup>20</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 44.

### TEIL III

Diese Symptome wurden allerdings vom Max Planck Institut<sup>21</sup>, das im Auftrag des Senats des BVerfG ein Gutachten über die möglichen Auswirkungen des Beischlafs verfasste, als nicht repräsentativ bewertet. Wie das Institut belegt, kommt der Geschwisterinzeest vorwiegend in sozial schwachen Familien vor. Es bleibt jedoch offen, ob hier die oben genannten Symptome vielleicht häufiger als in anderen *Milieus* und auch unabhängig davon, ob Geschwisterinzeest begangen wird, auftreten. Darüber hinaus leitet das BVerfG von diesen empirischen Studien ab, dass der Gesetzgeber

*„sich nicht außerhalb seines Einschätzungsspielraums bewegt, wenn er davon ausgeht, dass es bei Inzeestverbindungen zwischen Geschwistern zu gravierenden familien- und sozialschädigenden Wirkungen kommen kann.“<sup>22</sup>*

All dies bedeutet, dass dem strafrechtlichen Gesetzgeber durch das BVerfG allein unter Berücksichtigung der negativen Auswirkungen einer Handlung, zugestanden wird, eine Strafnorm zu begründen. Es ist jedoch sehr fragwürdig, ob die Entscheidung, eine bestimmte Handlung strafbar zu machen, nur hiervon abhängig gemacht werden kann, wenn die Kausalbeziehung zwischen der Handlung und den Wirkungen nicht zwangsläufig gegeben ist.

Ein Mord führt zum Tod des Opfers, d.h., mit dem entsprechenden Verhalten wird unmittelbar, offensichtlich und zweifellos das Rechtsgut des Lebens verletzt; genauso schädigt ein Diebstahl das Vermögen einer Person oder eine Vergewaltigung die sexuelle Selbstbestimmung, die Freiheit und die Würde des Opfers. Derartige Kausalbeziehungen scheinen im Fall des Inzeests nicht ebenso klar zu sein: Können die oben aufgeführten negativen Zustände immer zwangsläufig nur dem Verhalten, d.h. dem Beischlaf unter Geschwistern, zugeschrieben werden? Hängen sie tatsächlich ausschließlich von dem verbotenen Verhalten, dem Beischlaf selbst, ab?

Oder ist es weiter vielleicht der Fall, dass der Gesetzgeber dem Bedürfnis der Gesellschaft entspricht, inzeestuöses Verhalten unter Strafe zu stellen, da seine

---

<sup>21</sup> s. BVerfGE 120, 224, Rn. 106.

<sup>22</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 44.

### TEIL III

negativen Auswirkungen, wie im Fall von Mord, Diebstahl und Vergewaltigung, derart grausam erscheinen, dass man die Einmischung durch das Strafrecht für notwendig hält?

Aufgrund der aufgewiesenen Unzulänglichkeit der Kausalbeziehungen ist die Entscheidung des Gesetzgebers für einen strafrechtlichen Eingriff gegen den Inzest vielmehr als übermäßige Vorverlagerung der Strafbarkeit zu erachten<sup>23</sup>, die eher mit dem Schutz einer vorherrschenden moralischen Einstellung als mit der Schädigung eines bestimmten Rechtsgutes zu tun hat. Entsprechend kommt der zweite Senat des BVerfG zu dem Ergebnis, dass die Strafandrohung im Falle eines Beischlafs zwischen Geschwistern gemäß §173II 2 StGB nicht unverhältnismäßig sei, weil sie „*nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung berühre*“<sup>24</sup>.

Ähnlich formuliert, hieße das: „*Letzten Endes verlangt das Rechtssystem in diesem Fall keine übermäßigen Einschränkungen*“ oder: „*Die Gesellschaft aufzufordern, auf das Begehen von Beischlaf zwischen Geschwistern zu verzichten, ist in Wirklichkeit kein schwerwiegender Verzicht.*“ Diese Ansicht sollte aber keinen Grund darstellen, die Strafbarkeit eines Verhaltes festzulegen. Auf die Straftaten von Raub, Diebstahl, Mord, Vergewaltigung antwortet das Strafrechtssystem ebenfalls mit – und im Falle des Mordes und der Vergewaltigung mit sehr hohen – Strafen. Grund hierfür ist allerdings, dass es davon ausgeht, dass die Vollendung (sowie der Versuch) dieser Verhaltensweisen eine Verletzung (oder Gefahr) bestimmter in der Verfassung zu findenden Rechtsgüter darstellt und diese mit dem Zusammenleben der Menschen unverträglich ist. Die Betrachtung dieser Fälle verdeutlicht, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten strafbar zu machen, also nicht davon abhängt, ob die Beachtung der entsprechenden Vorschrift einen *schmalen oder einen großen Bereich* der Lebensführung betrifft. Diese Entscheidung sollte auf einer ganz anderen Erörterung, nämlich einer weitreichenden Prüfung der *Verhältnismäßigkeit* der Maßnahme beruhen, die wie folgt aussehen könnte:

---

<sup>23</sup> Zu diesem Thema vgl. J. PUSCHKE, *Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte*, in R. HEFENDEHL (Hrsg.), *Grenzlose Vorverlagerung des Strafrechts?* Berlin, 2010, S. 9 ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 60.

### TEIL III

Gemäß der *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne* sollte der Gesetzgeber zunächst klären, welche *Ziele* er mit seiner Regelung verfolgt<sup>25</sup>. Dies ist notwendig, weil „*der Zweck einer Norm notwendiger Bezugspunkt ihres Maßes ist und das Maß [...] sich mit dem Zweck [ändert]*“<sup>26</sup>. Wenn aber, wie im hier vorliegenden Fall, bereits die Ziele nicht klar erscheinen, liegt die Vermutung nahe, dass die Norm unverhältnismäßig ist. Weiter sollten *Geeignetheit* und *Erforderlichkeit* der vorgesehenen Strafe für die zur Diskussion stehende Verhaltensweise geprüft werden. Wie gesagt, haben diese Erörterungen mit der Rolle des Strafrechts als „*ultima ratio*“ unter den dem Gesetzgeber und dem ganzen Rechtssystem verfügbaren Mitteln zu tun. Infolge dieser Kontrolle sollte eine Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile der Maßnahme vorgenommen werden. D.h., es geht um die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Und erst an dieser Stelle kann festgestellt werden, ob die erwogene Maßnahme unverhältnismäßig oder verhältnismäßig zu den Vorteilen steht, die sie bewirken soll. Dieser zweite Teil der Prüfung sollte also erst stattfinden, wenn eine mögliche Maßnahme den strengen Test der *Erforderlichkeit* und *Geeignetheit* bestanden hat.

Bezugnehmend auf den oben geschilderten Fall würde dieses Vorgehen bedeuten, dass ein Zögern hinsichtlich der Feststellung der mit der Norm verfolgten *Ziele*, der *Erforderlichkeit* des Einsatzes des Strafrechts und der *Geeignetheit* dieses Mittels den notwendigen folgenden Schritt, die Prüfung der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, d.h. die Beurteilung der *Angemessenheit* der Maßnahme hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile, verhindert.

Wie aber aus Hassemers abweichender Meinung hervorgeht,<sup>27</sup> ist in der hier betrachteten Rechtfertigung durch das BVerfG bereits der erste Punkt, die Prüfung

---

<sup>25</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 120, 224, Rn. 79, hier stimmt man mit Hassemer überein, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Norm ohne Klarheit über den Zweck dieser Norm nicht gelinge.

<sup>26</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 79.

<sup>27</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 73 ff. Übereinstimmend mit der Meinung von Hassemer vgl. T. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsrechtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in NJW, 2008, S. 2085 ff.; L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in ZIS, 5, 2008, S. 234 ff.; W. BOTTKE, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in FS für K. Volk, München, 2009, S. 93 ff.; B. NOLTENIUS, *Grenzloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 2008*, in ZIS, 2009, S. 15 ff.; S. KARST, *Die Entkriminalisierung des § 173 StGB*, Frankfurt am Main, 2009, S. 237-239; C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, in StV, 2009, S. 544 ff.; P. WITTIG, § 173, in H. SATZGER - B. SCHMITT - G. WIDMAIER, *StGB-Kommentar*, Köln, 2009, S. 1075; K. DIPPEL, § 173, in LK-StGB, Bd.

### TEIL III

der *Ziele* einer strafrechtlichen Maßnahme, nur sehr wenig überzeugend durchgeführt. So bleibt unklar, welche Rechtsgüter durch das Verbot des Beischlafs zwischen Geschwistern geschützt werden sollen. Dieser Eindruck wird noch verstärkt, wirft man einen Blick auf die vom Senat des BVerfG erwähnten Rechtsgüter. So wird allein der Beischlaf, und nicht auch andere sexuelle Handlungen zwischen leiblichen Geschwistern, unter Strafe gestellt. Das scheint aber ein ungeeignetes Mittel zu sein, um die sexuelle Selbstbestimmung zu schützen.<sup>28</sup>

Aufschlussreich ist diesbezüglich weiter, dass §173II 2 StGB unter dem Abschnitt „*Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie*“ und nicht unter dem folgenden Abschnitt, der ausdrücklich die *sexuelle Selbstbestimmung* schützt, angeordnet ist. Diese Platzierung der diskutierten Vorschrift (hinter Ausführungen zur Doppellehe, Personenstandfälschung und Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) legt die Vermutung nahe, dass der tatsächliche Grund für ihre Einführung ein sozialetisches Unwerturteil ist. Bereits oben ist aber nachgewiesen worden, dass die Argumentation des BVerfG in Hinblick auf eine Ablehnung des Inzests aus moralischen Gründen unzureichend ist.

Was nun aber den Schutz der Familie als mögliches Ziel der Vorschrift betrifft, bleibt unklar, warum nur der Beischlaf unter leiblichen Geschwistern und nicht auch der zwischen Stief-, Adoptions- und Pflegegeschwistern, die innerhalb einer Familienstruktur zusammenleben, unter Strafe gestellt wird.<sup>29</sup> Darüber hinaus sind auch leibliche Geschwister, die Inzest betreiben, aber jünger als 18 Jahre sind, von der Strafbarkeit ausgenommen. All diese Begrenzungen des Anwendungsbereichs der Strafvorschrift §173II 2 StGB lassen daran zweifeln, dass ihr Ziel der Schutz der Familie ist und, sollte dies doch der Fall sein, die Vorschrift hierfür geeignet ist.

Außerdem führt der Senat des BVerfG an, der Gesetzgeber habe sich in seiner Entscheidung zusätzlich auf eugenische Gesichtspunkte gestützt, indem er davon ausgegangen sei, dass bei Kindern, die aus einer inzestuösen Beziehung entstehen,

---

6, 12. Aufl., 2010, S. 721; T. LENCKNER - N. BOSCH, § 173, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, 28. Aufl., München, 2010, S. 1607; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., München, 2011, S. 1106 ff.; C. RITSCHER, § 173, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 3, 2. Aufl., München, 2012, S. 1209 ff.; N.K. ANDROULAKIS, *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität?*, in *FS für W. Hassemer*, Heidelberg, 2010, S. 271 ff.; D. KRAUB, *Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzestes (BVerfGE 120, 224)*, Ebd. S. 423 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Hierzu BVerfGE 120, 224, Rn. 94.

<sup>29</sup> Vgl. Hierzu BVerfGE 120, 224, Rn. 94.

### TEIL III

aufgrund der erhöhten Möglichkeit der Summierung rezessiver Erbanlagen die Gefahr erblicher Schädigungen nicht ausgeschlossen werden könne.<sup>30</sup> Dieser Überlegung wird, vermutlich, da sie moralisch schwerwiegende Fragen aufwirft, vom BVerfG nicht weiter nachgegangen. Nennenswert ist Hassemers abweichende Meinung<sup>31</sup> hierzu: In Bezug auf das Risiko solcher Schädigungen erinnert er daran, dass es heute „zuverlässig mögliche[...] Empfängnisverhütung gibt, in denen der Beischlaf ohne Weiteres folgenlos bleiben kann“<sup>32</sup>.

In Hinblick auf den Argumentationsgang des BVerfG sei zusammenfassend gesagt, dass das *Ziel* des Inzest-Verbots unklar bleibt: Soll hierunter der Schutz einer vorherrschenden moralischen Einstellung verstanden werden, ist zu bezweifeln, dass das Strafrecht das hierzu *geeignete, erforderliche* und *angemessene* Mittel ist. Soll unter dem Ziel des Verbots der Schutz eines anderen Rechtsguts – wie Familie, sexuelle Selbstbestimmung, „öffentliche Gesundheit“ (gefährdet angeblich durch bestimmte genetische Kreuzungen) – verstanden werden, dann ist ein solches abstraktes Gefährdungsdelikt offensichtlich noch zu weit von einem an den Verfassungsprinzipien orientierten Tatstrafrecht entfernt. Denn vom Beischlaf werden diese Rechtsgüter nicht unmittelbar berührt.<sup>33</sup>

Ist aber bereits das Ziel einer Maßnahme unklar, so sollte sie gar nicht erst das oben genannte Prüfungsverfahren durchlaufen und ist somit von vornherein als unverhältnismäßig zu qualifizieren.

---

<sup>30</sup> s. BVerfGE 120, 224. Für die, wegen fehlender empirischer Validität dieser Begründung, hiergegen gerichteten Einwände vgl. C. ROXIN, *StrafR AT*, 4. Aufl., 2006, S. 27.

<sup>31</sup> s. BVerfGE 120, 224, Rn. 97.

<sup>32</sup> BVerfGE 120, 224, Rn. 97.

<sup>33</sup> Für weitere kritische Betrachtungen über die Ratio des Inzestverbots unter Geschwistern, siehe nachfolgend par. 2.4.

2.2. *Das deutsche Inzestverbot vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: Schutz der Moral als Rechtfertigung für den Eingriff in das Privat- und Familienleben*

Der wegen Inzest in seinem Heimatland mehrmals verurteilte Deutsche, der seine Beschwerde gegen diese Verurteilung bereits vor das BVerfG gebracht hatte,<sup>34</sup> legte sein Anliegen auch dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vor.<sup>35</sup>

Die Vorgeschichte des Mannes zeigte sich dabei als ausgefallen: Fast seine gesamte Jugend hatte er bei Pflegeeltern verlebt. Seine leibliche Schwester, mit der er später vier Kinder zeugte, lernte er erst kennen, als sie schon 16 Jahre alt war<sup>36</sup>. Darauf beruht seine Verurteilung wegen Inzest (gemäß § 173II StGB).

Der Beschwerdeführer rügte vor dem Straßburger Gericht, dass die strafrechtliche Verurteilung ihn in seinem *Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens* nach Artikel 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt habe.

Artikel 8 EMRK lautet wie folgt:

*„(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.*

*(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“*

Er brachte genauer vor, die strafrechtliche Verurteilung und die darauffolgende Wohnhaft habe in sein Recht auf Achtung seines Familienlebens eingegriffen, da letztere ihn daran gehindert habe, an der Erziehung seiner Kinder teilzuhaben<sup>37</sup>.

Die Reaktion des Gerichtshofs fiel zumindest teilweise einvernehmlich aus. So schloss das Gericht nicht aus, dass die strafrechtliche Verurteilung des

---

<sup>34</sup> BVerfGE 120, 224.

<sup>35</sup> *Stübing v. Deutschland*, Individualbeschwerde Nr. 43547/08, EGMR, Fünfte Sektion, 12.04.2012.

<sup>36</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 5-26 für eine Erklärung über die Umstände der Rechtssache.

<sup>37</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 34.

### TEIL III

Beschwerdeführers auf sein Familienleben auswirke und möglicherweise dem Schutzbereich von Artikel 8 der Konvention widerspreche<sup>38</sup>.

In jedem Fall ist es zwischen den Parteien unstrittig, dass die strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers einen Eingriff in sein Recht auf Achtung seines Familienlebens, das sein Sexualleben einschließt, darstellt.<sup>39</sup> Denn dem Mann wird verboten, mit der Mutter seiner vier Kinder Geschlechtsverkehr zu haben. D.h., die Bestrafung des Beschwerdeführers scheint Artikel 8 Abs. 1 entgegenzustehen.

Entgegen dieser Argumentation stellt der Gerichtshof fest, dass die strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers auf § 173 Abs. 2 StGB beruhe, der einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zwischen erwachsenen leiblichen Geschwistern verbietet und dem Schutz der Moral und anderen Rechtsgütern dient<sup>40</sup>. Hieraus folgt, dass die zur Diskussion stehende Maßnahme ein legitimes Ziel im Sinne von Artikel 8, Abs. 2, der Konvention verfolgt, der mit den Inhalten des Abs. 1 im Strafgesetzbuch in Teilen identisch ist.

Außerdem argumentiert der Europäische Gerichtshof weiter, dass in den Fällen, in denen es keinen Konsens zwischen den Mitgliedstaaten gibt – weder in Bezug auf die relative Bedeutung der betroffenen Interessen noch in Bezug auf ihren bestmöglichen Schutz –, der Ermessenspielraum des staatlichen Gesetzgebers noch weiter als gewöhnlich gefasst ist<sup>41</sup>. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fügt hinzu, dass die Länder besser als er selbst dazu in der Lage seien, Moralvorstellungen zu bewahren und zu schützen:

*„Aufgrund ihres direkten und ständigen Kontakts zu den in ihren Ländern wirkenden Kräften sind die staatlichen Behörden grundsätzlich besser in der Lage als das internationale Gericht, sich zum ‚genauen Inhalt der Anforderungen der Moral‘ in ihrem Land sowie zur Notwendigkeit einer Einschränkung zu äußern, mit der diesen Anforderungen entsprochen werden soll“<sup>42</sup>.*

---

<sup>38</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 55.

<sup>39</sup> s. *Dudgeon*, a.a.O., Rn. 41 und *Norris*, a.a.O., Rn. 38; vgl. auch *Laskey, Jaggard und Brown v. Vereinigtes Königreich*, 19. Februar 1997, Rn. 36, *Urteils- und Entscheidungssammlung 1997-I*.

<sup>40</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 57.

<sup>41</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 61.

<sup>42</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 60.

### TEIL III

Aus diesen Gründen rechtfertigt der Europäische Gerichtshof die Verwendung der Strafvorschrift gemäß § 173 II StGB im hier besprochenen Inzest-Fall.

Wenn sich aus der Europäische Konvention für Menschenrechte im Artikel 8 Abs. 2 aber ergibt, dass eine Behörde in die Ausübung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens einer Person eingreifen darf, insoweit dies zum Schutz der Moral notwendig ist, das Einschätzen von Moralvorstellungen aber auf staatlicher Ebene vorgenommen werden soll, dann ist für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte von vornherein ausgeschlossen, konkrete Stellungnahmen – beispielsweise hinsichtlich des Falls von Inzest – zu bringen.

Dafür reglementiert Artikel 8, Abs. 2 das Vorgehen anderer (staatlicher) Akteure: Sie sind verpflichtet, zwischen verschiedenen Interessen abzuwägen, d.h. die *Verhältnismäßigkeit* ihres Eingriffes in den Sphären des Privat- und Familienlebens zu prüfen.

Diese Prüfung muss Folgendes berücksichtigen:

Erstens muss der staatliche Eingriff *gesetzlich vorgesehen* sein.

Zweitens muss er dem *Schutz bestimmter gesellschaftlicher Belange* (der nationalen und öffentlichen Sicherheit, des wirtschaftlichen Wohls des Landes, die Gesundheit etc.) dienen. Hinsichtlich des ersten Punktes geht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Entscheidung im hier beschriebenen Inzest-Fall auf die entsprechenden Vorschriften in den europäischen Ländern ein. So bezieht er sich auf ein Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht vom November 2007<sup>43</sup>. Hiernach sind einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen Geschwistern in Deutschland und in acht weiteren europäischen Ländern (Dänemark, Italien, Polen, Rumänien, Schweden, Schweiz, Ungarn und Vereinigtes Königreich) strafbar und in fünf europäischen Ländern (Frankreich, Niederlande, Russische Föderation, Spanien und Türkei) nicht strafbar. Dieses Gutachten entspricht heute nicht mehr dem aktuellen Stand: Mittlerweile ist die Zahl der europäischen Länder, die inzestuöses Verhalten unter Strafe stellen, auf sechzehn gestiegen<sup>44</sup> – dies sind mehr als die Hälfte der derzeit achtundzwanzig

---

<sup>43</sup> *Stübing v. Deutschland, zit.*, Rn. 30.

<sup>44</sup> Denn die Zahl selbst der europäischen Länder ist gestiegen: Im Einzelnen handelt es sich im Einzelnen um Österreich, Italien, Deutschland, Vereinigtes Königreich, Schweiz, Dänemark, Polen,

### TEIL III

Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz<sup>45</sup>. Das Max-Planck-Institut stellt weiter fest, dass Geschwister auch in den Ländern, in denen einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen ihnen nicht strafbar seien, nicht heiraten durften<sup>46</sup>. Diese Bezüge auf die moralische Einschätzung des Inzests in den verschiedenen europäischen Staaten legen den Gedanken nahe, als wolle der Gerichtshof – trotz des Verweises auf die einzelstaatlichen Kompetenzen in Fragen der Moral – eine Stellungnahme treffen, die eben doch für verschiedene Länder, hinsichtlich ihrer Interessen und Werte, Gültigkeit hat.

Daraus leitet der Europäische Gerichtshof ab:

*„Unter besonderer Berücksichtigung der oben angeführten Erwägungen und der sorgfältigen Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts an die vorliegende Rechtssache, die dadurch belegt wird, dass die von dem Beschwerdeführer vorgebrachten Argumente gründlich geprüft wurden, und darüber hinaus daraus ersichtlich ist, dass dem Beschlusstext eine ausführliche abweichende Meinung beigelegt wurde, sowie im Hinblick auf den weiten Beurteilungsspielraum, den ein Staat genießt, wenn es zwischen den Staaten des Europarats keinen Konsens hinsichtlich der Strafbarkeit gibt, kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die innerstaatlichen Gerichte ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten, als sie den Beschwerdeführer wegen Inzests verurteilten“<sup>47</sup>.*

Die beiden erwähnten Aspekte des beschriebenen Argumentationsgang durch den Gerichtshof machen nun aber deutlich, dass durchaus nicht klar zu sein scheint, ob man sich auf nationale oder supranationale Moralvorstellungen beziehen möchte.

Spricht der Europäische Gerichtshof also von einer Moral, die von den Bürgern der EU-Länder geteilt werden sollte oder von einer Moral, die besonders für einen

---

Ungarn, Schweden, Irland, Griechenland, Finnland, Rumänien, Kroatien, Slowakei, Slowenien, vgl. Webseite der Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, letzte Einsicht: 8.1.2014.

<sup>45</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 30.

<sup>46</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 30.

<sup>47</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 66.

### TEIL III

einzelnen Staat gilt?

Sollte es um eine *supranationale Moral* gehen, dann sollte auch die Diskussion darüber überflüssig sein, dass das hier besprochene Verhalten von einer nationalen Strafvorschrift reglementiert wird. Wenn es aber um eine Moral geht, die gerade der einzelne Staat (in diesem Fall Deutschland) schützen will, dann ist auch unerheblich zu wissen, ob andere Staaten denselben Schutz gewähren, d.h. welche Länder den Inzest bestrafen und welche nicht.

Möchte sich der Gerichtshof aber auf eine überstaatliche Moral beziehen, dann wäre auch zu erwarten gewesen, dass er eine konkrete Beurteilung der Stichhaltigkeit einer solchen Moral vorlegt.<sup>48</sup> Allerdings geht der Gerichtshof auf die Einzelheiten der Moral, aus denen sich Inzest als Straftat begründen ließe, nicht ein. Auch die Erörterung der Ratio einer solchen Straftat bleibt aus.

Stattdessen gibt sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte damit zufrieden, dass innerhalb der europäischen Länder ein breiter Konsens dahingehend bestehe,

*„dass sexuelle Beziehungen zwischen Geschwistern weder von der Rechtsordnung noch von der Gesellschaft als Ganzes akzeptiert werden. Umgekehrt gibt es keinen hinreichenden empirischen Beleg für Annahme eines allgemeinen Trends zur Entkriminalisierung solcher Beziehungen. Der Gerichtshof ist darüber hinaus der Auffassung, dass der vorliegende Fall eine Frage moralischer Maßstäbe betrifft“<sup>49</sup>.*

---

<sup>48</sup> Der Gerichtshof ist sich dieses möglichen Einwands vielleicht schon bewusst und setzt voraus: „Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass es in Rechtssachen, die sich aus Individualbeschwerden ergeben, nicht Aufgabe des Gerichtshofs ist, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften abstrakt zu prüfen. Vielmehr muss er prüfen, in welcher Weise die relevanten Rechtsvorschriften unter den konkreten Umständen des Einzelfalls auf den Beschwerdeführer angewandt wurden (s. *Pretty, a.a.O.*, Rn. 75, ECHR 2002-III; *S. v. Deutschland [GK]* Individualbeschwerde Nr. 31871/96, Rn. 86, ECHR 2003-VIII; und *Z. v. Deutschland*, Individualbeschwerde Nr. 22028/04, Rn. 45, 3. Dezember 2009). Darüber hinaus ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofs, über die Schwere der Schuld des Einzelnen zu entscheiden oder die angemessene Strafe für einen Straftäter zu bestimmen, denn diese Angelegenheiten fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der innerstaatlichen Strafgerichte (siehe *G. v. Deutschland [GK]*, Individualbeschwerde Nr. 22978/05, Rn. 123, ECHR 2010-..., und *Öneryıldız v. Türkei [GK]*, Individualbeschwerde Nr. 48939/99, Rn. 116, ECHR 2004-XII). Daher beschränkt der Gerichtshof seine Prüfung auf die Frage, ob die strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers in diesem Einzelfall einem dringenden sozialen Bedürfnis entsprach, wie dies nach Artikel 8 Abs. 2 der Konvention erforderlich ist“. *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 62.

<sup>49</sup> *Stübing v. Deutschland*, zit., Rn. 61.

Der Gerichtshof stellt weiter fest, dass die Ratio einer entsprechenden Vorschrift gemäß dem Urteil des BVerfG von 2008 im Schutz von Ehe, Familie und öffentlicher Gesundheit – nämlich im Sinne der Verhinderung vermuteter genetischer Schädigungen – liegen könne<sup>50</sup>. Es liegt also wiederum nahe, den Fall des Inzests in den Bereich des Schutzes der Moral und der Gewährleistung der Rechte Anderer zu rücken, Kriterien, die eben vom Artikel 8 Abs. 2 der EMRK ausdrücklich als Rechtfertigung eines Eingriffs ins Privat- und Familienleben genannt werden.

Zusammenfassend sei an dieser Stelle gesagt, dass sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für den hier bezeichneten Fall kaum verantwortlich sieht. Denn soll dieser in den Bereich des Schutzes von Moralvorstellungen fallen, derstaatlicherseits besser geprüft und gewährleistet werden kann.

In Hinblick auf die Inhalte der Argumentation ist aber keineswegs klar, ob Moral im Fall des Inzests tatsächlich das relevante Schutzgut ist – Gesetzgeber von Einzelstaaten (wie Deutschland) berufen sich kaum hierauf, um ihre Maßnahme gegen den Inzest zu rechtfertigen. Obwohl der Europäische Gerichtshof aber eine mögliche Zuständigkeit abgibt, reglementiert er dennoch die Einzelstaaten, indem er ihnen mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit ihrer Maßnahmen auferlegt.

Aus einer Stellungnahme des Deutschen Ethikrats soll, im nachfolgenden Abschnitt, eine weitere Einstellung hinsichtlich der Zuständigkeiten des Rechtssystems hervorgehen.

### *2.3. Der Vorschlag des Deutschen Ethikrats: Entkriminalisierung des Inzestverbots zwischen erwachsenen Geschwistern*

Der Erörterung des Inzest-Falls soll hinzugefügt werden, dass der Deutsche Ethikrat erst kürzlich, im September 2014, vorgeschlagen hat, den einvernehmlichen Beischlaf zwischen erwachsenen Geschwistern (über 18 Jahre) zu entkriminalisieren.

---

<sup>50</sup> *Stübing v. Deutschland, zit.*, Rn. 63.

### TEIL III

*„Die Mehrheit des Deutschen Ethikrates ist der Auffassung, dass das Strafrecht nicht das geeignete Mittel ist, ein gesellschaftliches Tabu zu schützen. Der Schutz des Moralempfindens und der Aversionsgefühle Dritter oder der Mehrheitsgesellschaft allein kann Strafdrohungen als schwerwiegende Eingriffe in personale Grundrechte anderer nicht rechtfertigen. In einer liberalen rechtsstaatlichen Ordnung wie der des Grundgesetzes sind dem reinen Gefühlsschutz durch das Strafrecht enge Grenzen gesteckt. Das Strafrecht hat nicht die Aufgabe, für den Geschlechtsverkehr mündiger Bürger moralische Standards oder Grenzen durchzusetzen“<sup>51</sup>,*

teilte das Gremium mit und wandte sich hiermit gegen den *Schutz einer allgemeinen Moralvorstellung* durch das Strafrecht. Hingegen spricht auch der Ethikrat dem *Schutz der Familie* und den konstitutiven Rollen ihrer Mitglieder die Ratio des Inzestverbots zu. Er sagt genauer, dass

*„dieses Schutzgut durchaus auch dann tangiert [wird], wenn die Partner einer geschwisterlichen Inzestbeziehung bereits volljährig sind, sofern sie noch in einem tatsächlichen Familienverbund miteinander und mit mindestens einem weiteren Mitglied ihrer Herkunftsfamilie zusammenleben. Jedoch überwiegt in diesen Fällen das bedeutsame, persönlichkeitskonstitutive Grundrecht der bereits erwachsenen Geschwister auf sexuelle Selbstbestimmung“<sup>52</sup>.*

Das *„Grundrecht der bereits erwachsenen Geschwister auf sexuelle Selbstbestimmung“* ist in entsprechenden Fällen demnach stärker zu gewichten als das *Schutzgut der Familie*. Es sei hervorgehoben, dass diese Abwägung zwischen zwei Schutzgütern durch den Ethikrat eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* darstellt.

---

<sup>51</sup> *Stellungnahme* des Ethikrates vom 24.09.2014 über das Inzestverbot, abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-inzestverbot.pdf>, letzte Einsicht: 13.01.2015, S. 74.

<sup>52</sup> *Stellungnahme*, zit., S. 75.

### TEIL III

Zu Ungunsten des Schutzguts der Familie sagt der Ethikrat weiter, dass ihm ausschließlich Fälle bekannt seien, in denen Halbgeschwister nicht gemeinsam aufwuchsen und sich erst im Erwachsenenalter kennenlernten<sup>53</sup>.

Die Einschätzung des Ethikrats soll unter bestimmten Voraussetzungen auch für Minderjährige Gültigkeit haben, die Beischlaf mit einem volljährigen Geschwisterteil ausüben. Dies soll dann der Fall sein, wenn bei einvernehmlichem Beischlaf unter Geschwistern einer der Partner über vierzehn, aber noch keine achtzehn Jahre alt ist, die Geschwister nicht, beziehungsweise hinreichend lange nicht mehr, in demselben Familienverbund zusammenleben und die künftige Wiederherstellung eines solchen Verbundes nach objektivem Ermessen nicht zu erwarten ist<sup>54</sup>.

Dagegen sollte die Strafbarkeit gegen den volljährigen Partner aufrechterhalten werden, wenn der andere Partner noch minderjährig ist und die Geschwister in einem Familienverbund zusammenleben. Wie kann man aber einen „lebenspraktischen Familienverbund“<sup>55</sup> beschreiben? Der Ethikrat stellt sich diese Frage, beantwortet sie aber lapidar:

*„Dagegen erscheint es rechtsethisch wie verfassungsrechtlich begründbar, das Schutzgut Familie als gewichtiger und daher vorrangig vor den individuellen Freiheitsrechten zu beurteilen, wenn eines der Geschwister noch nicht 18 Jahre alt ist und beide noch zusammenleben. Ein solcher Familienverbund kann nicht nur durch Beischlaf, sondern auch durch andere sexuelle Handlungen von erheblichem Gewicht beschädigt werden“<sup>56</sup>.*

Dem Ethikrat zufolge sollte für die beschriebenen Altersgruppen der Inzest zwischen Geschwistern also nicht mehr strafbar sein, auch wenn das Geschwisterpaar zusammen bzw. in derselben Familie groß geworden ist. Wie erwähnt, sind hiervon Geschwister ausgeschlossen, die noch in einem Familienverbund leben und von denen einer minderjährig ist. Begründungsgrundlage für diese Ausnahme scheint zu

---

<sup>53</sup> Stellungnahme, zit., S. 75.

<sup>54</sup> Stellungnahme, zit., S. 77.

<sup>55</sup> Stellungnahme, zit., S. 81.

<sup>56</sup> Stellungnahme, zit., S. 77.

sein, dass die offensichtlich noch zu entwickelnde sexuelle Selbstbestimmung der Minderjährigen<sup>57</sup> zu schützen ist.

*„Wie das Merkmal ‚tatsächlich gelebter Familienverbund‘ in einer allfälligen Neufassung des § 173 StGB genauer zu bestimmen wäre, ist Sache des Gesetzgebers<sup>58</sup>“.*

Das Gremium scheint auch nicht anzuzweifeln, dass die tatbestandliche Präzisierung des Merkmals in unterschiedlichen Formen denkbar ist, die dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot für Strafnormen ohne weiteres genügen. Zusammenfassend sei kurz gesagt, dass der Ethikrat das Strafrecht nicht mit dem Schutz von Moralempfinden beauftragt sieht.

#### *2.4. Kritische Betrachtungen der Ratio des Inzestverbots und der Prüfung seiner Verhältnismäßigkeit*

Während der Europäische Gerichtshof den Schutz von Familie und öffentlicher Gesundheit eher vage und zusammenfassend auf den Schutz der Moral zurückzuführen scheint, bezieht sich die Diskussion innerhalb der deutschen Rechtsprechung sowie der deutschen Lehre über das Inzestverbot sehr wohl auf Moralvorstellungen. So ist man zwar insgesamt davon überzeugt, dass die Allgemeinheit im Inzest ein Unrecht erkenne, dass dies aber eine starke und unwiderlegbare Rechtfertigung eines Eingriffes durch das Strafrecht sein kann, ist umstritten. Aufschlussreich ist dabei, dass selbst Vertreter des Inzestverbots, zumeist auf Grundlage der Wichtigkeit der zu schützenden Rechtsgüter, argumentieren und

---

<sup>57</sup> In diesem Grenzbereich zwischen 14 und 18 Jahren, so die Annahme des Gesetzgebers, ist der sexuelle Reifeprozess noch nicht vollständig abgeschlossen, so dass ein gesteigertes Schutzbedürfnis besteht: Vgl. hierzu M. FROMMEL in: U. KINDHÄUSER/U. NEUMANN/A.U. PAEFFGEN, § 182 StGB, 2013 Rn. 4 ff.; W. PERRON, J. EISELE in: A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, § 182 StGB, 2014, Rn. 2.

<sup>58</sup> *Stellungnahme, zit.*, S. 76. Genauso solle es Sache des Gesetzgebers sein, die Zeitspanne zu bestimmen, die nach der Auflösung eines ehemals bestehenden Familienverbundes vergangen sein sollte (ebd. S. 76-77).

eben nicht von der Vereinbarkeit einer Strafnorm mit den allgemeinen moralischen Weltanschauungen der Gesellschaft sprechen.

Die Moral als erster und einziger Rechtfertigungsgrund einer solchen Straftat schien auch dem BVerfG in der Tat unannehmbar, als es die Verfassungsmäßigkeit des Inzestverbots aussprach.<sup>59</sup> Wie oben bereits erwähnt, stützt sich das deutsche Bundesverfassungsgericht vielmehr auf den Schutz der Rechtsgüter Familie, Ehe und Gesundheit der Abkömmlinge, um die Verfassungsmäßigkeit vom § 173 Abs. 2 StGB zu vertreten (ein Bezug auf die Moral ließe sich möglicherweise nachfolgend auf der Grundlage eines Verweises auf diese Rechtsgüter herstellen).

In diesem Zusammenhang soll dafür plädiert werden, dass die Tatsache, dass Abkömmlinge eines inzestuösen Paares von körperlichen und geistigen Behinderungen betroffen sein können, kein endgültiger Grund dafür sein darf, besagtes Verhalten weiterhin als Straftat einzuschätzen und hierfür eine Freiheitsstrafe zu verhängen.

Ein solches Vorgehen würde auf verfassungswidrigen Gründen basieren, die mit einer Demokratie, die auf der Gleichheit aller Mitglieder gegründet ist, unvereinbar wären.

Tatsächlich können auch nicht-inzestuöse Beziehungen – etwa aus Gründen der Erbanlagen – zu behinderten Kindern führen. In diesem Fall wäre es aber undenkbar, das Rechtssystem damit zu beauftragen, einen Weg zu finden, um die Entstehung dieser Kinder von vornherein zu verhindern. Aus diesem Grund ist auch nicht nachvollziehbar, warum aus der Möglichkeit, dass aus einer inzestuösen Beziehung Kinder mit Behinderungen hervorgehen *können*, ein Argument für die Aufrechterhaltung des Inzestverbots abgeleitet werden soll. Eine Strafnorm, die aus dieser abnormen Rechtfertigung einer Vorschrift hervorginge, wäre also *unverhältnismäßig*. Denn bereits ein solcher Zweck, Inzest zu bestrafen, um Abkömmlinge mit genetischen Schäden zu verhindern, muss unzweifelhaft als *unrechtmäßig* und *unzulässig* gelten.

Die Ratio des Inzestverbots unter Geschwistern scheint, angesichts der obigen Betrachtungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Deutschen Ethikrats, aber unterschiedlich ausgelegt zu werden. Der Europäische

---

<sup>59</sup> s. oben.

Gerichtshof beschränkt sich in seiner Begründung des Verbots auf den Verweis, dass es hier um die Gewährleistung einer von der Gesellschaft allgemein akzeptierten Moral gehe. Der Ethikrat ist hingegen der Meinung, dass das Strafrecht nicht das geeignete Mittel zum Schutz einer allgemeinen Moralvorstellung sei. In Hinblick auf ein weiteres alternatives Schutzgut, das der Familie, ist der Ethikrat aber durchaus der Meinung, dass Inzest eine Verwirrung in den Rollen der Familienmitglieder verursachen und somit ihr gutes Funktionieren gefährden kann<sup>60</sup>.

Über das Schutzgut der „öffentlichen Gesundheit“ (und hiermit der Ablehnung bestimmter genetischer Kreuzungen) ist oben ausführlich diskutiert worden.

Eine Ungewissheit hinsichtlich der Ratio einer Strafnorm bedeutet aber, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht über ihren ersten Schritt hinauskommt und auf die Folgeschritte, die Prüfung der *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* und *Angemessenheit*, erst gar nicht einzugehen ist. Die Uneindeutigkeit der Ratio des Inzestverbots vorausgesetzt, widerspricht die Maßnahme offensichtlich dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Um im Inzest-Fall dennoch besagte Abwägung durchführen zu können, d.h. die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Wert zweier Schutzgütern zu ermitteln, muss zunächst die Straftat selbst – nach dem Wortlaut des Tatbestands wird der Beischlaf kriminalisiert – nachgewiesen werden. Dies wäre möglich, sobald die inzestuöse Beziehung zu Abkömmlingen führt oder wenn die Beziehung auf irgendeine Weise an die Öffentlichkeit kommt<sup>61</sup>. Wenn es dagegen um einen einvernehmlichen Beischlaf geht, scheint es tatsächlich unwahrscheinlich, dass ein Partner den anderen anklagt. Und wenn es sich um einen uneinvernehmlichen Beischlaf handeln sollte, der an die Öffentlichkeit gerät, dann würde dieser in Hinblick auf die Straftat der Vergewaltigung bestraft. Aus diesen Betrachtungen geht hervor, dass die Strafvorschrift § 173 II StGB nicht wirklich *geeignet* ist, um die Ausübung von

---

<sup>60</sup> *Stellungnahme, zit.*, S. 38.

<sup>61</sup> Hinsichtlich der Öffentlichkeit des besagten Verhaltens scheint es angebracht, einen kurzen Blick auf die Regelung, die für Inzest in Italien gilt, zu werfen. Denn die Strafbarkeit inzestuösen Verhaltens wird in Italien gemäß Art. 564 c.p. von dem möglichen Zustandekommen eines öffentlichen Skandals abhängig gemacht. Die Familienmoral scheint dem italienischen Gesetzgeber – jedoch nicht dem Verfassungsgericht, dass eine teilweise mit dem Wortlaut des Art. 564 c.p. unvereinbare Auslegung des Inzests vorlegt – jedoch nicht so erheblich, dass ein solches Verhalten immer unter Strafe gestellt werden muss. Vgl. hierzu S. RIONDATO, *Introduzione a “Famiglia” nel diritto penale italiano*, in P. ZATTI (Hrsg.), *Trattato di diritto di famiglia*, Bd. 4. Rome, 2011, S. 17 ff.

### TEIL III

Beischlaf zwischen Geschwistern zu verhindern, d.h. sie besteht die Prüfung der *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne* auch in diesem Gesichtspunkt nicht.

Darüber hinaus würde das Inzestverbot auch dem Kriterium der *Erforderlichkeit* nicht standhalten: Hiernach sollte eine staatliche Maßnahme unter gleichermaßen geeigneten Mitteln das mildeste Mittel aussuchen, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Strafrecht stellt aber nicht das mildeste Mittel dar, will man gegen den Inzest vorgehen.

Zum Schluss sei auch die Prüfung der *Angemessenheit*, d.h. die sog. *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, in Betracht gezogen. Hier gelten die schon oben erwähnten Erörterungen über die Abwägung zwischen dem individuellen Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung und dem Interesse, Rollenüberschneidungen unter den Mitgliedern der herkömmlichen Familie zu vermeiden. Tatsächlich ist ein staatlicher Eingriff verhältnismäßig im engeren Sinne – d.h. angemessen – nur dann, wenn die Nachteile, die mit einer Maßnahme verbunden sind, nicht außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die jene bewirkt. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sollte aber – nach der aus der Verfassung abgeleiteten Werteskala der Grundrechte – das Interesse an der Vermeidung unklarer Rollen in der Familie überwiegen.

Die Existenz einer Strafvorschrift gegen Inzest unter Geschwistern schadet also mehr, als sie schützt.

### *3. Die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat als Straftat (§ 89a StGB) und die Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit*

#### *3.1. Prämisse: Vorverlagerung der Strafbarkeit, ultima ratio und Verhältnismäßigkeit*

Wie der Fall von Inzest lässt sich die Straftat gemäß § 89a StGB<sup>62</sup> in Bezug auf die *Verhältnismäßigkeit* diskutieren.

---

<sup>62</sup> § 89a StGB „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ lautet wie folgt:

### TEIL III

Die Vorschrift sieht für die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor<sup>63</sup>.

Wie man sehen wird, handelt es sich hier um ein Vorverlagerungsdelikt, weil Handlungen unter Strafe gestellt werden, die noch nicht unmittelbar ein Rechtsgut beeinträchtigen, sondern nur zur Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts

---

*„1) Wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Eine schwere staatsgefährdende Gewalttat ist eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.*

*(2) Abs. 1 ist nur anzuwenden, wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er*

*1. eine andere Person unterweist oder sich unterweisen lässt in der Herstellung von oder im Umgang mit Schusswaffen, Sprengstoffen, Spreng- oder Brandvorrichtungen, Kernbrenn- oder sonstigen radioaktiven Stoffen, Stoffen, die Gift enthalten oder hervorbringen können, anderen gesundheitsschädlichen Stoffen, zur Ausführung der Tat erforderlichen besonderen Vorrichtungen oder in sonstigen Fertigkeiten, die der Begehung einer der in Abs. 1 genannten Straftaten dienen,*

*2. Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen der in Nummer 1 bezeichneten Art herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verwahrt oder einem anderen überlässt,*

*3. Gegenstände oder Stoffe sich verschafft oder verwahrt, die für die Herstellung von Waffen, Stoffen oder Vorrichtungen der in Nummer 1 bezeichneten Art wesentlich sind, oder*

*4. für deren Begehung nicht unerhebliche Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt.*

*(3) Abs. 1 gilt auch, wenn die Vorbereitung im Ausland begangen wird. Wird die Vorbereitung außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union begangen, gilt dies nur, wenn sie durch einen Deutschen oder einen Ausländer mit Lebensgrundlage im Inland begangen wird oder die vorbereitete schwere staatsgefährdende Gewalttat im Inland oder durch oder gegen einen Deutschen begangen werden soll.*

*(4) In den Fällen des Abs. 3 Satz 2 bedarf die Verfolgung der Ermächtigung durch das Bundesministerium der Justiz. Wird die Vorbereitung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union begangen, bedarf die Verfolgung der Ermächtigung durch das Bundesministerium der Justiz, wenn die Vorbereitung weder durch einen Deutschen erfolgt noch die vorbereitete schwere staatsgefährdende Gewalttat im Inland noch durch oder gegen einen Deutschen begangen werden soll.*

*(5) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.*

*(6) Das Gericht kann Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1); § 73d ist anzuwenden.*

*(7) Das Gericht kann die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn der Täter freiwillig die weitere Vorbereitung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat aufgibt und eine von ihm verursachte und erkannte Gefahr, dass andere diese Tat weiter vorbereiten oder sie ausführen, abwendet oder wesentlich mindert oder wenn er freiwillig die Vollendung dieser Tat verhindert. Wird ohne Zutun des Täters die bezeichnete Gefahr abgewendet oder wesentlich gemindert oder die Vollendung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat verhindert, genügt sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, dieses Ziel zu erreichen.“*

<sup>63</sup> B. HELLFELD, *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat § 89a StGB*, Hamburg 2011; P.K. KAUFFMANN, *Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten – Strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Grenzen der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, Hamburg 2011; V.C. MERTENS, *Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009 – Über (Vor- und) Nachteile des § 89a StGB*, Hamburg 2012.

### TEIL III

führen können<sup>64</sup>. Die Schwelle der Strafbarkeit wird bei der hier besprochenen Straftat bereits auf die Vorbereitungshandlungen einer (noch nicht verletzenden, sondern nur gefährdenden) Gewalttat vorverlegt.

Möchte man strafrechtliche Maßnahmen gegen derartige Vorverlagerungsdelikte mithilfe des *Verhältnismäßigkeitsverfahrens* prüfen, so sind zunächst wieder die *Zwecke* der Vorschriften zu bewerten: Die Vorverlagerung der Strafbarkeit wird generell auf der Grundlage von Erfahrungsregeln gerechtfertigt. D.h., es liegt ihr die Annahme zugrunde, dass bestimmte Handlungen zu einer konkreten Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsgutes führen. Dabei gilt: Je wichtiger das Rechtsgut scheint, desto eher neigt der Gesetzgeber zur Vorverlagerung der Strafbarkeitsschwelle.

Um eine solche Vorverlagerung aber legitimieren zu können, bedarf es einer Beschränkung des Strafrechts auf Verhaltensweisen, die in besonderem Maße sozialschädlich sind und einer Festsetzung der elementaren Lebensinteressen des Einzelnen oder der Gesellschaft als strafrechtlich geschützter Rechtsgüter.

Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gilt weiter, dass die Strafvorschrift hinsichtlich ihrer *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* und *Angemessenheit* geprüft werden muss. Dieses Prüfverfahren stellt insgesamt sicher, dass die Existenz einer Strafvorschrift nicht dem Prinzip der „*ultima ratio*“ des Strafrechts widerspricht.

Wie schon mehrfach vom BVerfG hervorgehoben, ist Strafrecht stets „*ultima ratio*“, also das letzte verfügbare Mittel, um einen Belang der Allgemeinheit zu schützen. Sein Eingriff kommt deshalb nur in Betracht, wenn ein Verhalten über sein *Verbotensein* hinaus in besonderer Weise sozialschädlich, für das Zusammenleben der Menschen unerträglich und seine Verhinderung somit besonders dringlich ist.<sup>65</sup> Denn die Strafe ist „*die schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion*“, die „*ein sozialetisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht*“<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Zum Begriff des „Interventionsstrafrechts“ s. J. PUSCHKE, *Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte*, in R. HEFENDEHL (Hrsg.), *Grenzlose Vorverlagerung des Strafrechts?* Berlin, 2010, S. 9 ff.

<sup>65</sup> s. BVerfGE 88, 203, 257 f.

<sup>66</sup> BVerfGE 90, 145, 172; 25, 269, 286; 88, 203, 258. Vgl. hierzu HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung – Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie*, Bd. 7, Neuwied, Berlin 1963, S. 27.

### TEIL III

Wie schon in Hinblick auf das Inzestverbot diskutiert, wird dem Gesetzgeber durch das BVerfG üblicherweise ein großer Beurteilungsspielraum zuerkannt, so dass das BVerfG dessen Entscheidung im Allgemeinen nicht daraufhin überprüft, ob sie „*die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung*“<sup>67</sup> darstellt.

Dadurch bleibt es allein Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns festzulegen und darüber zu entscheiden,

*„ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will“*<sup>68</sup>.

Dem BVerfG bleibt letztlich nur, darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung und den entsprechenden Prinzipien steht.

Diese Voraussetzungen sollen im Folgenden auf den Fall der Straftat der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat angewendet werden. Dabei soll vor allem auf einen erst kürzlich erschienen Beitrag des Bundesgerichtshofs eingegangen werden, der nicht nur besagte Strafnorm, sondern in diesem Zusammenhang auch ausgiebig den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diskutiert<sup>69</sup>.

#### *3.2. Ratio und Zweck der Strafnorm*

Die Strafvorschrift des § 89a StGB stellt ein klassisches Beispiel des *Notstrafrechts* oder *Interventionsstrafrechts*<sup>70</sup> dar. Dabei trifft der Gesetzgeber eine neue Regelung

---

<sup>67</sup> BVerfGE 90, 145, 173.

<sup>68</sup> BVerfG, in *NJW*, 2007, S. 1666.

<sup>69</sup> vgl. hierzu BGH 3 StR 243/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.).

<sup>70</sup> Gemäß P.K. KAUFFMANN, *zit.*, handelt es sich hier um ein typisches Beispiel der *symbolistischen* Wirkung des Strafrechts. Der Autor sagt, „symbolisches Strafrecht“ sei eine Spielform der „symbolischen Politik“, der vor allem in einer „Risikogesellschaft“ eine wichtige Rolle zugeschrieben werden kann; die Anti-Terrorismus-Gesetze seien daher eine „symbolische Gesetzgebung“, S. 205.

### TEIL III

für ein bekanntes Phänomen, den Terrorismus<sup>71</sup>. Ziel des Gesetzgebers ist es, die der Vollendung einer gefährdenden Gewalttat unmittelbar vorausgehenden Momente zu verhindern, indem er die verschiedenen und möglichen Modalitäten einer Handlung, die zu einem Terrorismusakt führen kann, zum Straftatbestand macht.

Dabei ist der Gesetzgeber offensichtlich sehr bemüht, mit dem Wortlaut des § 89a StGB nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz zu widersprechen. Wohl aus diesem Grund macht der Gesetzgeber von einer detaillierten Beschreibung des verbotenen Verhaltens Gebrauch. Dies ist vor allem bei Abs. 2 der Fall, in dem er die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat in verschiedene Aktivitäten aufteilt<sup>72</sup>.

In Bezug auf den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* soll hier der Aspekt des Grundsatzes betrachtet werden, der die *Subsidiarität* des Strafrechts<sup>73</sup> betrifft, d.h., der den Anforderungen der *Geeignetheits-, Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung* ausgesetzt ist.

Tatsächlich scheint es einfach, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit theoretisch festzulegen. Will man diese Prüfung aber praktisch durchführen, so trifft man auf viele Schwierigkeiten: In der Diskussion um die Vorbereitung einer schweren

---

<sup>71</sup> vgl. hierzu Deutscher Bundestag, Drucksache 16/12428, Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Berlin 25.03.2009, S. 1: „Die Bedrohungen durch den internationalen Terrorismus bestehen unverändert fort. Die in London und Madrid verübten Anschläge, aber auch die verhinderten Anschläge auf mehrere Passagierflugzeuge in London und die in zwei Regionalzügen in Dortmund und Koblenz entdeckten Kofferbomben haben gezeigt, wie berechtigt die Sorge vor weiteren schweren staatsgefährdenden Gewalttaten in Europa ist. Auch in Deutschland besteht weiterhin eine erhebliche Gefahr von terroristischen Anschlägen, wie die Anfang September 2007 vereitelten Bombenanschläge belegen. In diesem Zusammenhang wächst zugleich die Bedeutung von Plattformen für den Austausch von Inhalten, die geeignet sind, als Anleitung zur Begehung solcher Anschläge zu dienen, wie etwa im Internet, und die zu konkreten Anschlagsvorbereitungen auch bereits verwendet worden sind. Ebenfalls von Bedeutung bei der Vorbereitung von Anschlägen ist die Ausbildung in so genannten Terrorcamps oder Einrichtungen der gewaltbereiten rechtsextremistischen Szene. So gibt es Erkenntnisse, dass sich mutmaßliche Terroristen vor allem im außereuropäischen Ausland im Umgang mit Waffen, Sprengstoffen etc. ausbilden lassen und danach nach Europa zurückkehren.“

<sup>72</sup> s. nachfolgend.

<sup>73</sup> s. BVerfGE 90, 145, 172. vgl. hierzu I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin 1998, S. 97; hierzu auch B. HELLFELD, zit., S. 205: „Es wäre daher begrüßenswert, wenn dem Gesetzgeber eine erhöhte und überprüfbare Begründungspflicht bei der Schaffung strafrechtlicher Normen auferlegt würde. Dieser müsste bei Einführung einer Strafvorschrift einen am Rechtsgüterschutz ausgerichteten Zweck der Norm darlegen, um sicherzustellen, dass nicht jedes beliebige gesetzgeberische Ziel mittels Strafandrohungen gesichert wird. Eine Strafvorschrift wäre nur dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, sofern sie tatsächlich den Schutz eines bestimmten und bestimmbaren Rechtsguts bezweckt. Hiervon wären dann auch diejenigen in der Literatur teils umstrittenen entmaterialisierten Universalrechtsgüter ausgenommen, die lediglich eine Abbildung ‚vager Allgemeinbegriffe‘ darstellen und völlig konturenlos sind“.

### TEIL III

gefährdenden Gewalttat geht man bereits der Frage aus dem Weg, welche Rechtsgüter mit der Maßnahme genau geschützt werden. Die Beantwortung dieser Frage ist aber für das Thema der Verhältnismäßigkeit, vor allem in Hinblick auf Subsidiarität, von erheblicher Relevanz.

In Hinblick auf die Straftat liegen die bereits erwähnten Probleme hauptsächlich im Bereich des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers und in der Tendenz, bei bestimmten, besonders gefürchteten, sozialschädlichen Handlungen, die Schwelle der Strafbarkeit vorzuverlegen und damit abstrakte Gefährdungsdelikte einzuführen.

Es sei weiter auf die Merkmale des durch § 89a StGB geschützten Rechtsguts eingegangen: Die Straftat<sup>74</sup> wurde in den ‚Besonderen Teil‘ des StGB innerhalb des ‚Ersten Abschnitts‘ und ‚Dritten Titels‘ unter „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“ aufgenommen. Hier geht es nicht nur um den Schutz der ideellen Figur des demokratischen Staats, sondern auch um den des gesamten Vermögens an Rechten und Werten, wie vor allem den Schutz des Lebens und der persönlichen Freiheit durch den Staat.

Geschützt werden sollen genauer die folgenden Rechtsgüter: „*Bestand/Sicherheit des Staates; hochrangige Individualrechtsgüter, Leben, persönliche Freiheit.*“<sup>75</sup> Teilweise – vor allem bei der „Sicherheit“ – handelt es sich um ein kollektives Rechtsgut. Denn es ist unmöglich, den demokratischen Rechtsstaat und sein Vermögen an Grundrechten, die geschützt werden sollen, in Teile zu zerlegen oder „*diese den Individuen als Anteile zuzuordnen*“<sup>76</sup>. Auch können sie von „*potentiell jedem Gesellschaftsmitglied genutzt werden*“<sup>77</sup>. Laut dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung besteht die Ratio der Einführung einer solchen Strafnorm in dem Willen, den Terrorismus besser und „effizienter“ bekämpfen zu können<sup>78</sup>. Die bis dahin vorhandene Regelung schien dem Gesetzgeber hierfür nicht auszureichen. Dies betraf insbesondere die Strafregelungen gegen den Terrorismus:

---

<sup>74</sup> Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 30.07.2009 eingefügt, m.W.v. 04.08.2009, (BGBl. I S. 2437).

<sup>75</sup> N. GAZEAS, T. GROSSE-WILDE, in *NStZ*, 2009, S. 593-594; vgl. hierzu auch die Entscheidung BGH 3 StR 243/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG Frankfurt a.M.), Rn. 24.

<sup>76</sup> Zu den Merkmalen eines kollektiven Rechtsguts s. R. HEFENDEHL, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, in R. HEFENDEL-A.VON HIRSCH-W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden 2003, S. 126.

<sup>77</sup> *Ebd.*

<sup>78</sup> s. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes*, zit., S. 1.

Was fehle, sei tatsächlich die Möglichkeit, auch den „einsamen“ Terroristen zu bestrafen, d.h. den Terroristen, der zu keiner terroristischen Vereinigung gehört<sup>79</sup>. Darüber hinaus war es dem Gesetzgeber auch ein Anliegen, dass die Verhinderung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten prompter und wirksamer werden muss: Der Gesetzgeber müsse die Handlung eines (angehenden) Terroristen schon verhindern, bevor sie abgeschlossen sei. Dies ist nur möglich unter Bezug auf ein Gefährdungsdelikt<sup>80</sup>.

### 3.3. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Strafvorschrift des § 89a StGB

Die Verfassungsmäßigkeitsprüfung – im Sinne der Kontrolle der *Verhältnismäßigkeit* – von § 89a StGB wird zunächst in Bezug auf die Legitimität des mit seiner Einfügung angestrebten *Zwecks* durchgeführt. Wie schon gezeigt wurde, verfolgt der Gesetzgeber mit der Vorschrift Gemeinwohlinteressen, die dem Bundesverfassungsgericht als Zweck einer Norm gelten. Wie schon von Hellfeld hervorgehoben, ergeben sich

---

<sup>79</sup> s. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes*, zit., S. 1.

<sup>80</sup> Ein Teil des Gesetzentwurfs liest sich wie folgt: „Die Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten ist jedoch nach geltendem Recht außerhalb des von § 129a des Strafgesetzbuchs (StGB) erfassten Bereichs der terroristischen Vereinigung – abgesehen von den Fällen des § 30 des Strafgesetzbuchs, insbesondere der versuchten Anstiftung und der Verbrechens verabredung – lediglich dann strafbar, wenn die geplante Tat wenigstens in das Stadium des Versuchs (§ 22 des Strafgesetzbuchs) gelangt ist, wenn der Täter also nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands bereits unmittelbar angesetzt hat, d. h. das weitere Geschehen bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte in die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands einmünden soll. Die mit der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten verbundenen erheblichen Gefahren erfordern ein möglichst frühzeitiges Eingreifen auch des Strafrechts. Insbesondere bei so genannten Selbstmordattentaten ist die Phase zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung außerordentlich kurz. Auch und vor allem unter Sicherheitsaspekten ist somit eine Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes geboten.“ Unter dem Abschnitt *Lösung* ist zu finden: „Mit dem neuen § 89a des Strafgesetzbuchs (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) sollen Fälle erfasst werden, in denen Handlungen zur Vorbereitung von Straftaten mangels Bestehens oder Nachweisbarkeit einer terroristischen Vereinigung nicht als Beteiligung an oder Unterstützung einer solchen gemäß § 129a des Strafgesetzbuchs verfolgt werden können.“ Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes*, zit., S. 10.

### TEIL III

*„diese Werte bereits unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG und gehören somit einem stets schützenswerten Kernbereich des Strafrechts an“<sup>81</sup>.*

Der Gesetzgeber sieht in der derzeitigen Entwicklung des Terrorismus eine Gefahr für diese Gemeinschaftsbelange<sup>82</sup>. Auf dieser Einschätzung beruht seine Entscheidung, ein abstraktes Gefährdungsdelikt zu formulieren, dessen Schwerpunkt auf bestimmten Handlungsmodalitäten und auf einem *gestärkten* subjektiven Tatbestand liegt. Begründet wird diese Entscheidung mit den erheblichen Gefährdungen, die bereits durch die Vorbereitung terroristischer Anschläge entstehen<sup>83</sup>. Da der Zeitraum zwischen Vorbereitungshandlung und Ausführung eines terroristischen Akts kurz sein kann, wäre ein Abwarten bis zum Versuchsstadium oder bis zu einer konkreten Gefährdung in Hinblick auf ihre Abwehr bereits ineffektiv. Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber das abstrakte Gefährdungsdelikt in § 89a StGB definiert. Um der Gefahr, eine zu abstrakte Strafvorschrift zu schaffen, zu entgehen, hat sich der Gesetzgeber auf eine ausführliche Darstellung möglicher Modalitäten der Handlung verlegt: Dem generellen Hinweis auf die „Vorbereitung“ einer schweren Gewalttat folgt eine detaillierte Beschreibung der Tat in Abs. 2. Hinsichtlich der Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit wird also die Norm zunächst in Bezug auf das Gewicht des Rechtsguts abgewogen.

Dabei gilt es, die Nachteile, die sich aus dem staatlichen Eingriff ergeben – in diesem Fall die Freiheitentziehung für den (angehenden) Terroristen – mit den Vorteilen – die Abwendung seines besonders sozialschädlichen Verhaltens – in Vergleich zu setzen. Mit der Feststellung allein, dass eine Vorschrift dem Schutz eines wichtigen Rechtsguts dienen soll, ist ihre Verhältnismäßigkeit noch nicht erwiesen. Die Prüfung muss auf weitere Faktoren eingehen.

---

<sup>81</sup> B. HELLFELD, *zit.*, S. 207.

<sup>82</sup> s. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes*, *zit.*, S. 10.

<sup>83</sup> *Ebd.*

### TEIL III

Um näher auf die verschiedenen Aspekte der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Strafvorschrift gemäß § 89a StGB einzugehen, sollen weiter die Begründungen der erwähnten Entscheidung durch den Bundesgerichtshof in Betracht gezogen werden<sup>84</sup>. Dabei fällt auf, dass fast jeder Aspekt der möglichen Rechtswidrigkeiten des § 89a StGB auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückgeführt wird<sup>85</sup>.

Zunächst zieht der Bundesgerichtshof die zu vergleichenden Grundrechte, die von der Verfassung geschützt werden, in Betracht und stellt fest, dass es immer die Aufgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei, die Grundrechtseinschränkungen, die durch eine Maßnahme entstehen, zu messen:

*„(1) Droht ein Gesetz - wie hier § 89a StGB - für ein bestimmtes Verhalten Freiheitsstrafe an, so beschränkt es nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, sondern ermöglicht auch einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG geschützte Recht der Freiheit der Person. Dabei ist das strafbewehrte Verbot des in der Norm umschriebenen Verhaltens an Art. 2 Abs. 1 GG, die angedrohte Freiheitsentziehung an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG zu messen [...]. Zwar gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG jede Form menschlichen Handelns, jedoch steht diese Gewährleistung - vom hier ersichtlich nicht betroffenen Kernbereich privater Lebensgestaltung abgesehen - unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, zu der alle formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehenden Rechtsnormen zählen. Auch die Freiheit der Person ist nicht schrankenlos garantiert, sondern steht unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Letztlich sind die Grundrechtseinschränkungen daher vor allem am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen“<sup>86</sup>.*

Dementsprechend steht dem Gesetzgeber – bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit eines zur Erreichung der erstrebten Ziele gewählten Mittels sowie

---

<sup>84</sup> BGH 3 StR 243/13, *zit.*

<sup>85</sup> Der Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet durchweg von Rn. 18 bis Rn. 46 statt.

<sup>86</sup> BGH 3 StR 243/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.), Rn. 18. Vgl. hierzu: BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 - 2 BvL 43/92 u.a.; BVerfGE 90, 145, 171 ff. s. im Einzelnen auch B. HELLFELD, *zit.*, S. 201 ff.; P.K. KAUFFMANN, *zit.*, S. 179 ff.

### TEIL III

bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren – ein breiter Beurteilungsspielraum zu<sup>87</sup>. Und die Möglichkeiten, diesen Beurteilungsspielraum zu überprüfen, sind, den Ausführungen des BGH zufolge, recht begrenzt. Insbesondere fügt der Bundesgerichtshof hinzu, dass grundsätzlich nicht zur Diskussion gestellt werden sollte,

*„ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Regelung getroffen hat. Die von ihm gefundene Lösung ist vielmehr hinzunehmen, wenn sie materiell im Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht. Der Gesetzgeber hat den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen [...] und damit zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Bewegt er sich dabei innerhalb der aufgezeigten Grenzen, so ist es den Gerichten verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren“<sup>88</sup>.*

Im Anschluss an diese Prämisse, die gegen eine ausführlichere Untersuchung der Entscheidung des Gesetzgebers gerichtet ist, setzt der Bundesgerichtshof die Betrachtung des konkreten Spielraums des Gesetzgebers im hier geschilderten Fall fort.

In Bezug auf die *Geeignetheit* und die *Erforderlichkeit* steht, seiner Meinung nach, außer Frage, dass mit Hilfe der Norm der vom Gesetzgeber erstrebte Erfolg – die Verfolgung der Vorbereitung schwerer Straftaten und damit deren Verhinderung – gefördert werden kann<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> s. BGH 3 StR 243/13, Rn. 21.

<sup>88</sup> BGH 3 StR 243/13, Rn. 21. Vgl. hierzu: BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 - 2 BvL 43/92 u.a., BVerfGE 90, 145, 173; Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08; BVerfGE 126, 170, 197; BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2004 - 1 BvR 2652/03, NJW 2005, 349, 350.

<sup>89</sup> s. BGH 3 StR 243/13, Rn. 22.

### TEIL III

*„Und zu der Frage, ob der Normzweck auch mit milderem Mitteln erreicht werden kann, die weniger in die Grundrechte des Normunterworfenen eingreifen, mögen unterschiedliche Meinungen vertretbar sein. Entscheidend ist aber, dass dem Gesetzgeber insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Es ist nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 89a StGB die Grenzen dieses Spielraums überschritten hat.“<sup>90</sup>*

Das heißt, dass der Gesetzgeber durch das abstrakte Gefährdungsdelikt gemäß § 89a StGB einen Weg hat, den Schutz der Staatssicherheit zu gewährleisten, auch wenn er, so der BGH, hierzu möglicherweise ein anderes Mittel hätte wählen können. Die Stärke des Mittels stellt der BGH in Hinblick auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers aber nicht zur Debatte. Er hätte also auch das schärfste zielführende Mittel wählen können.

Im Einklang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei weiter, so der BGH, die Schwere des Eingriffs in Hinblick auf die angedrohte Strafe mit dem Gewicht der durch die Straftat bedrohten Rechtsgüter abzugleichen: Der weite Regelstrafrahmen (von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in milderer Fällen bis zu fünf Jahren oder, aufgrund der guten Führung des Täters, auch unter fünf Jahren) erlaube dem Richter die Wahl einer dem konkreten Fall angemessenen Strafe<sup>91</sup>.

Der Bundesgerichtshof fügt noch hinzu, dass eine Vorverlagerung der Strafbarkeit *„in das Stadium der Delikt Vorbereitung dem deutschen materiellen Strafrecht auch sonst nicht so fremd ist“<sup>92</sup>.*

Tatsächlich enthielte

*„das Strafgesetzbuch in seinem Besonderen Teil zahlreiche abstrakte Gefährdungsdelikte sowie eine ganze Reihe von Normen, die – teilweise nicht näher spezifizierte und deshalb ebenso wie § 89a StGB auch Alltagshandlungen umfassende – Vorbereitungshandlungen unter Strafe*

---

<sup>90</sup> BGH 3 StR 243/13, Rn. 22.

<sup>91</sup> s. BGH 3 StR 243/13, Rn. 24.

<sup>92</sup> BGH 3 StR 243/13, Rn. 26.

### TEIL III

*stellen, so etwa die §§ 80, 83, 87, 149, 202c, 234a Abs. 3, § 263a Abs. 3, §§ 275, 310, 316c Abs. 4 StGB<sup>93</sup>.*

Außerdem enthielte auch das Nebenstrafrecht solche Straftatbestände<sup>94</sup>.

#### *3.4. Der subjektive Tatbestand als Grundlage der Verhältnismäßigkeit*

Im Verlauf seiner oben angeführten Entscheidung stellt der Bundesgerichtshof fest, dass

*„die Unverhältnismäßigkeit der Vorschrift auch nicht daraus folgt, dass die vom Täter ins Auge gefasste, vorbereitete Tat im Sinne des § 89a Abs. 1 StGB in seiner Vorstellung noch nicht im Einzelnen konkretisiert sein muss“<sup>95</sup>.*

Dass § 89a StGB Abs. 1 nach dem Willen des Gesetzgebers nicht voraussetzt, dass der Täter ein schon im Detail geplantes Verbrechen vorbereitet, sei mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz also völlig im Einklang, so der BGH<sup>96</sup>.

Gleichzeitig gibt der Bundesgerichtshof zu, dass § 89a StGB auch Verhaltensweisen unter Strafe stelle, die von einer Verletzung oder auch nur konkreten Gefährdung der vom Gesetzgeber durch die Norm unter Schutz gestellten Rechtsgüter weit entfernt seien. Allerdings sei unter verfassungsrechtlichen Aspekten der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch gewahrt<sup>97</sup>.

Mithin wäre die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit als überschritten erst dann anzusehen,

---

<sup>93</sup> BGH 3 StR 243/13, Rn. 26.

<sup>94</sup> s. BGH 3 StR 243/13, Rn. 26.

<sup>95</sup> BGH 3 StR 243/13, Rn. 40.

<sup>96</sup> vgl. hierzu auch BGH 3 StR 243/13, Rn. 41: *„Danach brauchen weder die konkrete Art der Ausführung noch Zeit und Ort sowie potentielle Opfer festgelegt zu sein. Vielmehr soll es genügen, dass der Deliktstyp der vorbereiteten Tat hinreichend bestimmt ist, es sich mithin nach der Vorstellung des Täters um eine Tat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder § 212 StGB oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b StGB handeln soll. § 89a StGB soll in dieser Hinsicht weiter reichen als etwa die Strafausdehnungsvorschrift des § 30 StGB (BT-Drucks. 16/12428) S. 14.“*

<sup>97</sup> s. BGH 3 StR 243/13, Rn. 44.

*„wenn es zur Begründung der Strafbarkeit auf der subjektiven Tatseite lediglich erforderlich wäre, dass der Täter nur für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, das von ihm ins Auge gefasste Vorhaben auch umzusetzen“<sup>98</sup>.*

Damit bezeichnet der Bundesgerichtshof den Fall, in dem die Strafvorschrift als verfassungswidrig – weil unverhältnismäßig – gelten müsste und beschränkt § 89a StGB auf folgende Auslegung: Es sei

*„zur Wahrung der Grundsätze des Tatstrafrechts sowie des Schuldprinzips und damit elementarer Garantien des Grundgesetzes erforderlich, dass der Täter bei der Vornahme der in § 89a Abs. 2 StGB normierten Vorbereitungshandlungen zur Begehung der schweren staatsgefährdenden Gewalttat bereits fest entschlossen ist. Bezüglich des ‚Ob‘ der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat genügt somit bedingter Vorsatz nicht“<sup>99</sup>.*

Obwohl sich der Bundesgerichtshof bisher fortlaufend auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezog, nennt er ihn in diesen zuletzt zitierten Aussagen nicht. Setzt er vielleicht die Verhältnismäßigkeit als Grundprämisse, die die anderen Voraussetzungen (Tatstrafrecht und Schuldprinzip) enthält, voraus? Der Wortlaut der Entscheidung legt eine solche Auslegung nahe. Auf jeden Fall setzt der Bundesgerichtshof den *subjektiven Tatbestand* – durch die Bedingung, dass der Täter zur Begehung der Gewalttat fest entschlossen sein muss – sehr deutlich in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser sei erfüllt, wenn sich aus den Handlungen des Täters ablesen lässt, dass er mit „Entschlossenheit“ eine Gewalttat vorbereitet und diese auch unbedingt durchführen will.

Die Einfügung der Bedingung der Entschlossenheit führt also zu einer Reduzierung der Fälle, auf die die Strafnorm anwendbar ist. Nur in diesen Fällen wäre der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als *ultima ratio* gewahrt.

---

<sup>98</sup> BGH 3 StR 243/13, Rn. 45.

<sup>99</sup> *Ebd.*

### TEIL III

In dieser Entscheidung stellt sich also der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wie folgt dar: Gemäß dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne* muss eine Strafe einen legitimen Zweck verfolgen, und sie muss in Bezug auf diesen Zweck geeignet und erforderlich sein. Allerdings will der BGH nicht endgültig beurteilen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Regelung getroffen hat. Ihm steht diesbezüglich ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.

Dieser Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers lässt sich, wie aus obiger Darstellung hervorgegangen ist, nicht präzise eingrenzen. Daher ist es auch unmöglich, Strafen als „vollkommen unverhältnismäßig“, „mehr oder weniger verhältnismäßig“, „grad schon verhältnismäßig“, „verhältnismäßig“, „recht verhältnismäßig“ und „absolut verhältnismäßig“ einzustufen. Der Grad der Verhältnismäßigkeit liegt also in einer Grauzone, deren Klärung methodisch wie inhaltlich kaum möglich scheint.

Aus diesem Grund sollte die Grenze zwischen der Verhältnismäßigkeit und der Unverhältnismäßigkeit – quasi zwei polaren Punkten – einer Maßnahme im Sinne der *ultima ratio* des Strafrechts erst festgestellt werden, wenn der Gesetzgeber seinen Beurteilungsspielraum dazu nutzt, eine *evident unverhältnismäßige* Strafe zu konstruieren.

#### *4. Die Unverhältnismäßigkeit der Freiheitsstrafe im Fall der Ehrverletzung durch Presseartikel unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*

Mit der Frage nach der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen durch die staatliche Gewalt setzte sich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auseinander. Dabei ging der Gerichtshof oftmals von Straftaten gegen die Ehre aus, die mithilfe von Presseartikeln begangen wurden. Der Schutz der Ehre muss, seiner Argumentation zufolge, ins Verhältnis mit dem Grundrecht der Meinungsäußerung

### TEIL III

gesetzt werden, das von der Menschenrechtskonvention mit Art. 10 ausdrücklich geschützt wird<sup>100</sup>.

Der Eingriff in dieses Grundrecht kann auf der Grundlage von Art. 10, Abs. 2, EMRK gerechtfertigt werden. Hier wird die Meinungsäußerung in einen Zusammenhang mit Pflichten und Verantwortung gesetzt. Diese Formvorschriften, Bedingungen und Einschränkungen müssen auf nationaler Ebene „gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein. Aufgrund der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verhütung von Straftaten; oder aufgrund des Schutzes der Gesundheit, der Moral, des guten Rufes oder der Rechte anderer und aufgrund der Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen und der Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung darf das Grundrecht auf Meinungsäußerung eingeschränkt werden<sup>101</sup>.

Ein staatlicher Eingriff ist infolgedessen an die Abwägung zwischen der begangenen Straftat gegen die Ehre und dem Gewicht des Menschenrechts auf Meinungsäußerung gebunden. Der Europäische Gerichtshof kommt hierbei zu folgendem Ergebnis: Die Freiheitsstrafe ist für derartige Straftaten im Allgemeinen *zu schwer* – eine Geldstrafe reicht hier aus<sup>102</sup>. Zuvor verweist der EGMR aber auf die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit im Fall des Eingriffs durch den Gesetzgeber:

*„the nature and severity of the penalty imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference“*<sup>103</sup> Und noch:

---

<sup>100</sup> Art. 10 Meinungsäußerung: „1. Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

2. Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“

<sup>101</sup> Art. 10 EMRK, Abs. 2.

<sup>102</sup> Vgl. unter anderen *Belpietro gegen Italien*, Individualbeschwerde Nr. 43612/10, EGMR, Zweite Sektion, 24.09.2013, Rn. 53.

<sup>103</sup> *Ceylan gegen Türkei*, Individualbeschwerde Nr. 23556/94, Große Kammer EGMR, 08.07.1999, Rn. 37.

### TEIL III

*„In assessing the proportionality of the interference, the nature and severity of the penalties imposed are also factors to be taken into account.“<sup>104</sup>*

Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Mitgliedsstaaten erlaubt bzw. gebietet, das Recht auf Meinungsäußerung durch die Bedingungen des Art. 10, Abs. 2, EMRK einzuschränken, weist der Gerichtshof die Staaten gleichzeitig darauf hin:

*„they must not do so in a manner that unduly deters the media from fulfilling their role of alerting the public to apparent or suspected misuse of public power“<sup>105</sup>.*

Obwohl, wie oben festgestellt, der EGMR für besagte Fälle im Allgemeinen eine Geldstrafe befürwortet, spricht er sich jedoch auch für Ausnahmen von dieser Regel aus: Die Verhängung einer Freiheitsstrafe im Falle einer Ehrverletzung durch Presseartikel sei mit Art. 10 EMRK vereinbar, wenn durch die Artikel zugleich andere Grundrechte schwer beeinträchtigt werden könnten. Dies ist beispielsweise bei einer Hassrede oder einer Anstiftung zu schwerer Gewalt der Fall<sup>106</sup>.

Um auf konkrete Praxisfälle einzugehen, sei gesagt, dass in Abwesenheit dieser zusätzlichen Gründe der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Belpietro gegen Italien*<sup>107</sup> entschied, dass die Verhängung einer Freiheits- statt einer Geldstrafe gegen Art. 10 EMRK verstoße<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> *Tammer gegen Estland*, Individualbeschwerde Nr. 41205/98, Erste EGMR, 06.02.2001, Rn. 69.

<sup>105</sup> *Cumpana und Mazare gegen Rumänien*, Individualbeschwerde Nr. 33348/96, Große Kammer EGMR, 17.12.2004.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu *Belpietro gegen Italien*, *zit.*, Rn. 53; *Cumpana und Mazare gegen Rumänien*, *zit.*, Rn. 115.

<sup>107</sup> *Belpietro gegen Italien*, *zit.* Vgl. hierzu A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 26 September 2013, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/2506-il\\_caso\\_belpietro\\_c\\_italia\\_la\\_pena\\_detentiva\\_per\\_la\\_diffamazione\\_contraria\\_all\\_art\\_10\\_cedu/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/2506-il_caso_belpietro_c_italia_la_pena_detentiva_per_la_diffamazione_contraria_all_art_10_cedu/), letzte Einsicht: 31.01.2015.

<sup>108</sup> Bisher sieht im italienischen Strafsystem Art. 13, Gesetz Nr. 47/1948 im Falle einer „Üblen Nachrede“ die Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu sechs Jahren vor. Um das Gesetz der hier betrachteten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anzugleichen, hat das Abgeordnetenhaus den Gesetzentwurf C. 925-B erstellt. Der erst kürzlich durch den Senat modifizierte Entwurf liegt dem Abgeordnetenhaus derzeit zur Billigung vor. Dem Text des Gesetzentwurfs zufolge ist im Fall von „Übler Nachrede“ durch Presseartikel nun *keine Freiheitsstrafe*, sondern eine Geldstrafe von bis zu 10.000 Euro vorgesehen. Vgl. hierzu A. GULLO, *Verso la riforma delle pene per la diffamazione*, in

Auch in einer Vielzahl anderer Fälle kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 10 – angesichts der Hinweise in Abs. 2 – nicht vorlag, d.h. den überprüften richterlichen Urteilen im Grunde nichts entgegenzusetzen war. Allerdings stimmte der Europäische Gerichtshof oftmals mit der Art der von den Richtern auf Staatsebene verhängten Strafe nicht überein. Dabei schien dem EGMR statt der Freiheitsstrafe die Geldstrafe angemessen, d.h. verhältnismäßig. In diesen Fällen erkannte der EGMR also – auf Grundlage der Verhältnismäßigkeit – einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK durch die verhängte Strafe<sup>109</sup>:

*„Although the national authorities’ interference with the applicants’ right to freedom of expression may have been justified by the concern to restore the balance between the various competing interests at stake, the criminal sanction and the accompanying prohibitions imposed on them by the national courts were manifestly disproportionate in their nature and severity to the legitimate aim pursued by the applicants’ conviction for insult and defamation.“<sup>110</sup>*

---

[www.treccani.it](http://www.treccani.it), abrufbar unter: [http://www.treccani.it/enciclopedia/verso-la-riforma-delle-pene-per-la-diffamazione\\_%28Il\\_Libro\\_dell%27anno\\_del\\_Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/verso-la-riforma-delle-pene-per-la-diffamazione_%28Il_Libro_dell%27anno_del_Diritto%29/), letzte Einsicht: 31.01.2015; M. MONTANARI, *Il Senato approva il ddl. in materia di diffamazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 11. November 2014, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/-/3427-il\\_senato\\_approva\\_il\\_ddl\\_in\\_materia\\_di\\_diffamazione/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/-/3427-il_senato_approva_il_ddl_in_materia_di_diffamazione/), letzte Einsicht: 31.01.2015.

Die Interpretation des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich der angemessenen Strafe im Fall einer Ehrverletzung wirkt sich auch auf die Ebene der nationalen Rechtsprechung aus: So nahm etwa der *Corte di Cassazione* (italienischer Bundesgerichtshof) in einem Fall auf jene Interpretation Bezug, entschied jedoch, dass hier die Freiheitsstrafe angemessen sei. Für eine kritische Betrachtung des Urteils vgl. F. VIGANÓ, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, Anmerkungen zu: Cass., pen., sez. V, 26 September 2012 Nr. 41249, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 24. Oktober 2012, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1801-sulle\\_motivazioni\\_della\\_cassazione\\_nel\\_caso\\_sallusti/](http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1801-sulle_motivazioni_della_cassazione_nel_caso_sallusti/), letzte Einsicht: 31.01.2015.

Für die Unzulässigkeit der Freiheitsstrafe im Fall „Übler Nachrede“ hat sich kürzlich der *Corte di Cassazione* hingegen in einem anderen Fall ausgesprochen und dementsprechend das Urteil vom Vorlagegericht aufgehoben, vgl. hierzu S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l’abolizione della pena detentiva per la diffamazione*, Anmerkungen zu: Cass. pen., V, 11.12.2013, Nr. 12203, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 17. April 2014, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/-/2992-cronaca\\_giudiziaria\\_un\\_primo\\_passo\\_della\\_corte\\_di\\_cassazione\\_verso\\_l\\_abolizione\\_della\\_pena\\_detentiva\\_per\\_la\\_diffamazione/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/-/2992-cronaca_giudiziaria_un_primo_passo_della_corte_di_cassazione_verso_l_abolizione_della_pena_detentiva_per_la_diffamazione/), letzte Einsicht: 31.01.2015.

<sup>109</sup> So entscheidet der Gerichtshof z. B. in den Fällen *Ceylan gegen Turkey*, *Belpietro gegen Italien* und *Cumpana und Mazare gegen Rumänien*, zit..

<sup>110</sup> *Cumpana und Mazare gegen Rumänien*, zit., Rn. 120.

### TEIL III

Auf der Werteskala der Menschenrechte räumt der Europäische Gerichtshof der Meinungsäußerung einen hohen Platz ein: Nur im Fall einer maßlosen Ausübung darf sie mittels einer Freiheitsstrafe geahndet werden – der Schutz des Rufs von Personen allein scheint hierfür nicht auszureichen.

Hier sei hervorgehoben, dass der Gerichtshof dem staatlichen Gesetzgeber eine Grenze setzt: Während der Gesetzgeber zum Schutz der Ehre (z. B. im Fall „Übler Nachrede“) nicht auf die Freiheitsstrafe zurückgreifen darf, ist ihm dieses Mittel für Hassreden oder bei Anstiftung zu schwerer Gewalt erlaubt.

Was der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den eben betrachteten Fällen durchführt, ist die klassische Abwägung gemäß der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Das heißt, der Europäische Gerichtshof legt die beeinträchtigten Grundrechte auf die Waagschale und ermittelt, in welchem Fall welches Recht überwiegen muss. Aufgrund dieser Erwägungen kommt der Gerichtshof zu der allgemeinen Regel, dass die Verhängung einer Freiheitsstrafe im Fall der Ehrverletzung immer unverhältnismäßig sei. Dies gilt nicht, wenn die freie Entfaltung einer Meinungsäußerung in Hassreden, Gewaltanstiftungen oder anderem schwerverletzenden Verhalten gipfelt und somit die Voraussetzungen, die in Art. 10, Abs. 2 aufgelistet sind, erfüllt sind.

Es stellt sich umgekehrt die Frage, ob für diese Formen der Meinungsäußerung eine Geldstrafe verhältnismäßig wäre. Denn da dem Recht auf Meinungsäußerung solch eine große Bedeutung zugeschrieben wird, ist es auch erheblich festzustellen, wann ein Eingriff in dieses Grundrecht *völlig* zulässig, wann *ein bisschen* unzulässig und wann *sehr* unzulässig ist.

Hier stellt der Bezug auf die Verhältnismäßigkeit wiederum einen Notbehelf dar. Wenn mit ihr auch nicht die Strafbarkeit begrenzt wird (denn ein Verstoß gegen Art. 10 EMRK liegt in besagten Fällen vor), so dient sie doch dazu, die Verhängung der vorgesehenen schwersten Strafe zu unterbinden.

KAPITEL II

*VERHÄLTNISMÄßIGKEIT ZWISCHEN SCHWERE DER TAT,  
SCHULD DES TÄTERS UND STRAFMAß*

*DIE „UNERTRÄGLICHKEIT“ DER STRAFE*

*1. Prämisse – die „Unerträglichkeit“: ein bekannter negativer Begriff*

Der Titel dieses Kapitels und der hierin enthaltene Begriff der *Unerträglichkeit* lässt an die Erörterungen denken, die Radbruch unter der nach ihm benannten Formel<sup>111</sup> anstellt. Hier dient sie, oder besser eine Radbruch'sche Betrachtungsweise, der Einführung in das Thema der *Unerträglichkeit*.

Während von einigen kritisiert<sup>112</sup> und auf die Zeit des Nationalsozialismus begrenzt, soll an dieser Stelle die Auslegung von Kaufmann<sup>113</sup> wiedergegeben werden, die der „Radbruch'schen“ Formel eindeutig Aktualität zuschreibt. Die Formel besteht, so Kaufmann, zunächst aus zwei Formeln<sup>114</sup>: die *Unerträglichkeitsformel* und die

---

<sup>111</sup> „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in SJZ, 1946, S. 105; Vgl. hierzu ARTH. KAUFMANN, *Die Radbruch'sche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in NJW, 1995, S. 82 und R. ALEXY, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, 1993, S. 3.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu u.a. B. SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der sogenannten Radbruch'schen Formel – Notizen zu einem kultur- und kommunikationsbezogenen Rechtsbegriff*, in P. KARDAS (Hrsg.), *Panstwo Prawa i Prawo Karne, Jubiläumsschrift für Andrzej Zoll*, Warschau, 2012, Bd. II, S. 251 – 263.

<sup>113</sup> s. ARTH. KAUFMANN, *zit.*, S. 81 ff.

<sup>114</sup> s. ARTH. KAUFMANN, *zit.*, S. 82.

### TEIL III

*Verleugnungsformel*. Während die Anwendung der letzten schwierig scheine<sup>115</sup>, erweise sich die Anwendung der ersten Formel, „möglich zu sein“<sup>116</sup>. Nach der Auslegung von Kaufmann besteht diese, also die *Unerträglichkeitsformel*, wiederum aus zwei Teilen, einem *negativen* und einem *positiven*. Beim ersten gehe es um die Feststellung, dass ein fragliches Gesetz „*gesetzliches Unrecht*“ darstelle, während es beim zweiten um die Feststellung des „*übergesetzlichen Rechts*“ gehe, das an die Stelle des Unrechtsgesetzes treten solle<sup>117</sup>.

Solche Betrachtungen – insbesondere der Bezug auf ein *übergesetzliches Recht* – lassen an Erörterungen über das Naturrecht denken. Darüber – und über die damit einhergehenden Gefahren – ist sich Radbruch aber im Klaren:

„Wir sind uns der Gefahren der Anerkennung *übergesetzlichen Rechts*...voll bewusst. In aller Regel wird auch in der Zukunft der *Rechtspositivismus* die Anerkennung des Gesetzes ohne Rücksicht auf die Wertung seines Inhalts, das letzte Wort behalten müssen“<sup>118</sup>

Auf den nächsten Seiten soll näher auf einige Fälle eingegangen werden, aus denen hervorzugehen scheint, dass ein bestimmtes Gesetz ein *Unrecht* darstellt. Entsprechend des Titels des hiesigen Abschnitts, d.h. der *Unerträglichkeit*, beinhalten diese Fälle den Anspruch auf eine Nicht-Anwendung eines für *ungerecht* und *unerträglich* gehaltenen Gesetzes. Die Lösungen, die im Zusammenhang mit diesen Fällen angeboten werden, beziehen sich zum einen auf die Rolle des Gesetzgebers – er kann mit der Billigung einer Gesetzreform die gewünschten Änderungen durchführen. Zum anderen beziehen sie sich auf die Ebene der Strafzumessung, auf der die sogenannte *Rechtsfolgenlösung* – d.h. die Nicht-Anwendung des umstrittenen Gesetzes – zur Verfügung steht. In beiden Fällen wird häufig ein Verweis auf die Verhältnismäßigkeit mit den Begriffen

---

<sup>115</sup> s. ARTH. KAUFMANN, *zit.*, S. 82: „um sie anwenden zu wollen, müsste man die Willensrichtung des Gesetzgebers feststellen“.

<sup>116</sup> ARTH. KAUFMANN, *zit.*, S. 82.

<sup>117</sup> s. ARTH. KAUFMANN, *zit.*, S. 82.

<sup>118</sup> G. RABRUCH, *Privatissimum der Rechtspflege*, in Wiesbadener Kurier vom 23.9.1947. Vgl. hierzu ARTH. KAUFMANN, *zit.* 82.

### TEIL III

„Unverhältnismäßigkeit“ oder „Unerträglichkeit“ – also immer in der *negativen* Version des Wortes – gebracht.

Diese Beobachtung führt wieder zu Kaufmann zurück, der sich bereits mit der Tendenz auseinandergesetzt hat, dass in der Philosophie und in der Wissenschaft allgemein dem negativen Sinn eines Prinzips häufig der Vorzug gegeben wird gegenüber seiner positiven Auslegung.

Er sagt, wir könnten mit größerer Sicherheit sagen, „*was ein Ding nicht ist, während wir das, was ein Ding ist, nicht sicher erkennen können*“<sup>119</sup>. Außerdem heißt es bei Kaufmann weiter:

*„Dieser Gedanke, wonach sich Philosophie und Wissenschaft nicht Erkenntnisse über das ‚Wesen‘ der Dinge zutrauen, sondern nur solche über ihr ‚Nicht Wesen‘, ist in der philosophischen Tradition fest verankert, nämlich in der ‚Philosophia negativa‘. Es gibt auch eine ‚negative Jurisprudenz‘, wenn auch nicht unter diesem Namen; z.B. erfordert § 138 BGB nur die Erkenntnis dessen, was nicht den ‚Guten Sitten‘ entspricht, während wir darüber, was die ‚guten Sitten‘ in positiver Hinsicht sind, keine umfassenden und zuverlässigen Erkenntnisse haben, und solche verlangt § 138 BGB auch nicht.“*<sup>120</sup>

Weiter heißt es:

*„Wir können viel eher sagen, was Ungerechtigkeit ist, als was gerecht ist, desgleichen was den Menschenrechten widerspricht, als was ihnen gemäß ist. Es ist ja auch mit dem Erleben von Gerechtigkeit so; das Problem der Gerechtigkeit stellt sich fast immer erst beim Zusammenstoß mit einer Ungerechtigkeit. Es sind die Unwerte, die vom Menschen als immer präsente Grenzsituation erfahren werden: Ungerechtigkeit, Unglück, Unfreiheit, Unsittlichkeit, Unwahrheit, Unrecht, Ungleichheit, Unsicherheit“*<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> ARTH. KAUFMANN, *zit.*, S. 83.

<sup>120</sup> *Ebd.*

<sup>121</sup> *Ebd.*

Ohne weiter auf die „*Philosophia Negativa*“ von Karl Popper und Thomas von Aquin eingehen zu wollen, soll doch Hirschbergs<sup>122</sup> Position erwähnt werden, der sich vorübergehend mit diesem Thema beschäftigt. Dabei stellte er fest, dass das „*Gebot der Verhältnismäßigkeit*“ und das „*Verbot der Unverhältnismäßigkeit*“ nicht immer als deckungsgleiche Begriffe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts benutzt werden<sup>123</sup>. Im Einzelnen sei sich das Bundesverfassungsgericht aber der Formulierungen „*nicht außer Verhältnis*“ oder „*unverhältnismäßig*“ oder „*Verbot des Übermaßes*“ und ihrer möglichen Interferenzen mit positiven Formulierungen bewusst<sup>124</sup>.

In der Rechtsprechung kam das oben erwähnte Problem auch in einem Vorlagebeschluss des fünften Senats des Bundesverwaltungsgerichts zur Sprache. Aus diesem Beschluss geht hervor, dass der Umfang der darin besprochenen Ausschließung „*angemessen*“ sein muss und, dass die Begriffe „*Verbot des Übermaßes*“, „*Verhältnismäßigkeit*“ und „*Angemessenheit*“ gleichgestellt werden. Aus dem Wortlaut dieses Beschlusses leitet Hirschberg einige Fragen ab:

*„Gibt es unter diesem Aspekt einen einheitlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, oder muss nach Rechtsgebieten oder gar Rechtsproblemen unterschieden werden? Wie ist der verfassungsrechtliche Grundsatz zu verstehen? Dürfen unterverfassungsrechtliche Positivierungen des Grundsatzes davon abweichen und, wenn ja, in welcher Richtung?“<sup>125</sup>*

Dem sei hinzugefügt, dass das BVerfG, teilweise abweichend von seinen zuvor zitierten Aussagen, daran festhält, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „*nicht nur*“ ein subtiles Abwägen von allem Für und Wider erfordere, sondern dass er auch

<sup>122</sup> s. L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, S. 92 ff.

<sup>123</sup> s. L. HIRSCHBERG, *zit.*, S. 93.

<sup>124</sup> s. BVerfGE 13, 97, 115 und BVerfGE 9, 338, 346. Hirschberg zufolge ist Verhältnismäßigkeit ein grundrechtliches Gebot, das zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört. Besteht ein „vernünftiges Verhältnis“ zwischen Anlass und Zweck, so ist das „Verbot des Übermaßes“ eingehalten.

<sup>125</sup> L. HIRSCHBERG, *zit.*, S. 94.

aus dem „*Verbot des Übermaßes*“ bestehe. Es scheint hiermit so etwas wie eine zusätzliche Prüfung einzufordern<sup>126</sup>.

Die Diskussion der verschiedenen Formulierungen des Grundsatzes wird im Zusammenhang mit einzelnen Entscheidungen der deutschen Rechtsprechung wieder aufgegriffen werden.

Die oben genannten verschiedenen Formulierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sollen an späterer Stelle im Zusammenhang mit einzelnen Entscheidungen der deutschen Rechtsprechung diskutiert werden.

Während sich die Analyse im ersten Kapitel dieser Arbeit mit der Bewertung einer *Maßnahme*<sup>127</sup> als unverhältnismäßig oder verhältnismäßig beschäftigte, soll des Weiteren auf Unverhältnismäßigkeit und Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die *Strafe* eingegangen werden. Dabei soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl in Hinblick auf die Bemessung des gesetzlichen *Strafrahmens* durch den Gesetzgeber als auch bezüglich der *Strafzumessung* der konkreten Strafe durch den Richter betrachtet werden.

Ziel dieser Auseinandersetzungen ist es, aufzuweisen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein *gerechtes* Verhältnis zwischen der Schwere einer Tat, der Schuld des Täters und dem Strafmaß darstellt. Verhältnismäßigkeit wird hier also nicht als „*Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseingriffen, die funktional Mittel zur Verfolgung bestimmter Zwecke sind*“<sup>128</sup>, behandelt. Stattdessen wird sie als ideelles Gleichgewicht – zwischen der Schwere einer Tat, der Schuld des Täters und dem Strafmaß – verstanden, dass der Gesetzgeber in den Tatbestand übertragen muss. Der Mangel an einem solchen Gleichgewicht wird in den von der Rechtsprechung geprüften Fällen meist als unpräzise Wahrnehmung der Ungerechtigkeit der Strafe, genauer als ihre *Unerträglichkeit*, gewertet.

---

<sup>126</sup> vgl. hierzu L. HIRSCHBERG, *zit.*, S. 96: „*Die positive Formulierung würde darauf hindeuten, dass der Handelnde die materielle Beweislast trägt, die negative, dass sie dem Betroffenen aufzuerlegen ist.*“ Allerdings schließt Hirschberg mit der Aussage, dass die verschiedenen Fassungen des Grundsatzes lediglich Aufhänger oder Brennpunkte allgemeiner Richtungsdiskussionen seien (wie z.B. die Diskussion über die Rolle des Richters und die Ausdehnung seiner Kontrolle).

<sup>127</sup> Mit „*Maßnahme*“ war hier die Strafvorschrift gemeint, d.h. die Entscheidung des Gesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten unter Strafe zu stellen und der entsprechende Eingriff. Hinsichtlich der Betrachtung seines Beurteilungsspielraums – der sich über die gesamte Erstellung der Strafvorschrift erstreckt, sich also nicht nur auf die von ihm bemessene Strafe bezieht – wurden die Strafvorschriften hinsichtlich Inzest und Vorbereitung einer schweren gefährdenden Gewalttat in Betracht gezogen.

<sup>128</sup> W. FRISCH, *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeit*, in *NStZ*, 2013, S. 252.

*2. Die Verhältnismäßigkeit einer einmaligen „unangemessen harten“ Strafe – Die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Geldstrafen für Ersatzdienstverweigerung*

Das BVerfG beschäftigte sich 1973 mit dem § 56 ErsatzdienstG<sup>129</sup>, das ein Mitglied der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas betraf, und setzte sich diesbezüglich mit dem Thema des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als gerechtem Verhältnis zwischen der Schwere einer Tat, der Schuld des Täters und dem Strafmaß auseinander. Die geprüfte Vorschrift sieht vor: *„Begeht ein Dienstleistender eine Straftat nach diesem Gesetz, so darf auf Geldstrafe nach § 14 des StGB nicht erkannt werden“*<sup>130</sup>.

In Bezug auf diese Straftat stellt das BVerfG fest, dass diese Strafnorm mit dem Grundgesetz vereinbar sei<sup>131</sup>. Das Gericht, das dem BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage vorgelegt hatte, ist aber der Überzeugung, dass der Strafzweck im vorliegenden Fall durch eine Geldstrafe erreicht werden könne und dass daher die Strafnorm gegen das Grundgesetz verstoße<sup>132</sup>.

Entschlossen setzt das BVerfG voraus, dass der Gesetzgeber

*„grundsätzlich frei ist, Art und Mindestmaß der Strafe zu bestimmen, die er für die Begehung einer Straftat androht. Er kann den Richter also insoweit binden, als er ihm vorschreibt, dass er bei Verurteilung nicht unter eine bestimmte Mindesthöhe der Strafe gehen darf oder indem er verbietet, anstelle einer verwirkten Freiheitsstrafe auf Geldstrafe zu erkennen“*<sup>133</sup>.

In der Folge stellt das BVerfG aber fest, dass der Spielraum des Gesetzgebers durch den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt sei<sup>134</sup>. Aus diesen

---

<sup>129</sup> s. BVerfG, Beschluß vom 13.2.1973 - 2 BvL 8/71, in *NJW*, 1973, S. 797.

<sup>130</sup> § 56 ErsatzdienstG.

<sup>131</sup> s. BVerfG, *zit.*, in *NJW*, 1973, S. 797.

<sup>132</sup> s. BVerfG, *zit.*, in *NJW*, 1973, S. 797.

<sup>133</sup> BVerfG, *zit.*, in *NJW*, 1973, 798.

<sup>134</sup> s. BVerfG, *zit.*, in *NJW* 1973, 798

### TEIL III

Gründen prüft das BVerfG die Merkmale und die Einzelheiten des konkreten Falles, die die Meinung des vorlegenden Gerichts rechtfertigen könnten. Angesichts der somit in Betracht gezogenen Punkte kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass die umstrittene Vorschrift mit dem Grundgesetz bzw. mit dessen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist – obwohl im konkreten Fall die Strafe „*unangemessen hart*“ erscheinen kann:

*„Der Gesetzgeber darf und muss bei der Bemessung des Strafrahmens für einen Straftatbestand von der Typik des von ihm missbilligten Verhaltens ausgehen. Gemäß diesem Grundsatz ist es nicht unangemessen, wenn er die Dienstflucht mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Monat bedroht und deren Umwandlung in eine Geldstrafe ausschließt. Dass diese Strafandrohung im Einzelfall einmal unangemessen hart erscheint, stellt ihre Verfassungsmäßigkeit noch nicht in Frage.“<sup>135</sup>*

Dieser Beschluss erscheint für die hiesige Thematik in verschiedener Hinsicht bedeutungsvoll. Denn aus ihm lassen sich einige Grundsätze hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers ableiten.

Erstens setzt das BVerfG bereits 1973 voraus, dass die Verhältnismäßigkeit ein Verfassungsgrundsatz sei und dass sie aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden kann. Allerdings kommt hier die oben bereits ausführlich besprochene Abwägung der *Erforderlichkeit*, *Geeignetheit* oder *Angemessenheit*, als Prüfkriterien der Verhältnismäßigkeit, nicht zur Sprache. Dagegen bezieht man sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „*Übermaßverbot*“<sup>136</sup> im Sinne des gerechten Verhältnisses, das zwischen Schwere der Tat, Schuld des Täters und Strafmaß bestehen muss.

Zweitens ging mit der Entscheidung die Feststellung einher, dass das Verbot, eine Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe zu verwandeln, nicht eine Missachtung der

---

<sup>135</sup> BVerfG, *zit.*, in *NJW* 1973, 798.

<sup>136</sup> *Ebd.*

Verhältnismäßigkeit darstellt; denn für solche Festlegungen sei nur der Gesetzgeber zuständig.

Darüber hinaus wurde auch auf die Möglichkeit hingewiesen, dass eine solche Strafe – eine Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe – in einigen Fällen übertrieben und „*unangemessen hart erscheint*“<sup>137</sup>. Das bedeute aber noch nicht, dass die Strafe an sich als unverhältnismäßig gelten müsse.

Den Begründungen des Bundesverfassungsgerichts war bereits zu entnehmen, dass der Gesetzgeber beim Aufbau einer Strafvorschrift und beim Bemessen der einschlägigen Strafe „*von der Typik des von ihm missbilligten Verhaltens ausgehen*“ muss und dass „*die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muss*“. Das heißt, dass der Gesetzgeber von einer ideellen Situation ausgehen muss, die potentiell ein Gleichgewicht zwischen diesen drei Elementen ausdrückt, um auf dieser Grundlage das Maß der Strafe festzulegen. Dass die Strafe dann ‚unangemessen hart erscheinen‘ kann, ist letztlich eine noch erträgliche Folge der komplexen Aufgabe der Bemessung der Strafe.

### *3. Verfassungsgemäße Regelung des Bagatteldiebstahls*

Im Beschluss des BVerfG vom 17.1.1979 – 2 BvL 12/77<sup>138</sup> spricht sich der Senat des Gerichts über die Vereinbarkeit des § 248a StGB bzw. des § 242 StGB mit dem Grundgesetz aus. Dabei beruft er sich besonders auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Übermaßverbot.

Der § 248a sieht Folgendes vor:

*„Der Diebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Sachen werden in den Fällen der §§ 242 und 246 nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen*

---

<sup>137</sup> BVerfG, *zit.*, in *NJW* 1973, 798.

<sup>138</sup> BVerfGE 50, 205, Beschluss vom 17.1.1979 – 2 BvL 12/77 Ergangen auf Vorlagebeschluss, Köln, auch in *NJW*, 1979, S. 1039.

*Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.“*

Das AG Köln war der Meinung, dass § 248a StGB gegen Art. 1 I und 3 I GG und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots verstoße und legte dies dem BVerfG als Frage vor. Das Gericht ging davon aus, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 248a StGB durch das EGStGB für den Diebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Sachen ein „*priviligiertes Sonderdelikt*“<sup>139</sup> habe schaffen wollen. Dafür würde sprechen, dass der Täter in den Fällen des § 248a StGB mit verhältnismäßig geringer krimineller Energie aufgrund eines spontanen Entschlusses – ausgelöst in diesem Fall durch das Warenangebot der Kaufhäuser und Selbstbedienungsläden – und bloß zur Deckung des Eigenbedarfs gehandelt habe.

Abgesehen von der Diskussion der Gründe für die Einführung einer solchen Strafnorm und dem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, der im vorliegenden Fall umstritten ist<sup>140</sup>, ist die Entscheidung des BVerfG für die vorliegende Thematik dieser Arbeit auch aus anderen Gründen betrachtenswert.

Die Grenzen des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers liegen, so das BVerfG, in der Idee der Gerechtigkeit und im Staatsprinzip als seiner Grundlagen: Insbesondere müssen „Idee der Gerechtigkeit“ – Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein<sup>141</sup>.

*„Vor allem darf die angedrohte Strafe nach Art und Maß der unter Strafe gestellten Handlung nicht schlechthin unangemessen oder gar grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein. Sie muss vielmehr in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen [...] insoweit deckt sich der Schuldgrundsatz in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbotes.“*<sup>142</sup>

<sup>139</sup> BVerfGE 50, 205, Rn. 16.

<sup>140</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 50, 205, Rn. 19-23.

<sup>141</sup> s. BVerfGE 50, 205, *zit.*, Rn. 38.

<sup>142</sup> BVerfGE 50, 205, *zit.*, Rn. 38.

### TEIL III

Infolge dieser Erkenntnis kommt der Senat des BVerfGs im umstrittenen Fall des Diebstahls geringwertiger Sachen zu dem Schluss, dass die Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und die vorgesehene Geldstrafe nicht gegen die Verfassung verstoßen; denn der weite Rahmen des § 242 StGB ermögliche dem Richter, ein gerechtes Verhältnis zwischen der Schwere der Tat und dem Verschulden des Täters herzustellen.

Dieser Verhältnismäßigkeitsmaßstab formuliert das BVerfG regelmäßig – im hier betrachteten Fall ist er aber klarer hergeleitet als bei dem zuletzt betrachteten Urteil (BVerfG, Beschluss vom 13.2.1973 „Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Geldstrafen für Ersatzdienstverweigerung“).

Im Fall des Diebstahls geringwertiger Sachen wird vom Senat des BVerfG aber tatsächlich die „Regel“ der Verhältnismäßigkeit genannt, auch wenn das Wort „Verhältnismäßigkeit“ dabei nicht fällt. Die gewählte Ausdrucksweise entspricht außerdem der negativen Version der Regel (*„die Strafe darf nicht grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein“*<sup>143</sup>). Erläuterungen über die Sozialschädlichkeit besagter Straftat, über das Rechtsgut, das man mithilfe der Strafe schützt, oder über die Zwecke, die mit ihr erreicht werden sollen, werden nicht gebracht. All dies scheint allein dem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers zugeschrieben, der, wie eine unüberschreitbare Grenze, durch das BVerfG nicht in Frage gestellt wird. Ebenso wenig geht das Gericht darauf ein, ob das Strafrecht überhaupt die erforderlichen und geeigneten Mittel stellt, um die Belange der Gesellschaft in diesem Fall zu schützen. Auch ein Abwägen zwischen dem Eingriff und seiner Schutzfunktion wurde nicht vorgenommen – so wurde nicht geklärt, ob z.B. die Merkmale des Rechtsguts des Vermögens (und ihr Gewicht auf einer Werteskala, auf der auch die anderen Rechtsgüter der Rechtsordnung eingestuft werden können) die Merkmale eines anderen Rechtsguts (wie etwa die Freiheit des Täters), das durch die Strafe beeinträchtigt ist, aufwiegen.

---

<sup>143</sup> BVerfGE 50, 205, *zit.*, Rn. 38.

#### *4. Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts und die neuen Strafrahmen*

Mit der Billigung der sechsten Reform des Strafrechts (StrRG) unternahm der Gesetzgeber einen vielschichtigen Eingriff in den Bereich der Strafrahmen, dessen Inhalt an dieser Stelle in Betracht gezogen werden soll.

Die Delikte gegen das Vermögen wurden anlässlich dieser Reform am 14.11.1997<sup>144</sup> in Betracht gezogen: Dabei wurden die Strafrahmen der Delikte gegen die körperliche Integrität erhöht und die der Eigentums- und Vermögensdelikte gesenkt. Außerdem wurden einige wenige neue Straftatbestände eingeführt sowie eine gesamte Harmonisierung der Strafrahmen und die Neufassung zahlreicher bestehender Strafvorschriften vorgenommen. Tatsächlich handelte es hier um die erste umfassende Reform des Besonderen Teils des StGB seit dessen Inkrafttreten im Jahre 1871, nachdem sowohl der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 (E 1962) als auch der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1970 (AE) nicht über das Entwurfsstadium hinausgelangen.

Trotz der ambitionierteren Zielsetzungen einer grundlegenden Neufestlegung der Regelstrafrahmen trägt das sechste StrRG zu einer revolutionären Änderung der Strafrahmen nicht wirklich bei<sup>145</sup>. Denn tatsächlich geht das 6. Reformgesetz von den schon vorhandenen Strafrahmen aus, die harmonisiert und unter Blöcke und Gruppen nach der Straftatschwere unterteilt werden. Der Ausgangspunkt dieser Reform war folgender:

---

<sup>144</sup> Zur Reform vgl. C. KREB, *Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, S. 633; T. HÖRNLE, *Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *Jura* 1998, 4, S. 169-182; G. WOLTERS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *JZ*, 1998, 8, S. 397-400; F.C. SCHRÖDER, *Das neue Bild des Strafgesetzbuchs*, in *NJW*, 1999, 49, S. 3612, wo der Autor die Reform eingehend betrachtet und in den ersten Zeilen seiner Arbeit schreibt: „Das 6. StrRG hat das äußere Bild des Strafgesetzbuchs einschneidend verändert bzw. einen seit längerem laufenden Veränderungsprozess erheblich vorangetrieben. Personen, die noch vor wenigen Jahren ihre strafrechtliche Ausbildung erhalten haben, werden unser Strafgesetzbuch kaum noch wiedererkennen“.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu KREB, *zit.*, S. 635.

### TEIL III

*„die Strafraumen bei Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter sind vielfach zu niedrig und bei Straftaten gegen materielle Rechtsgüter teilweise zu hoch“<sup>146</sup>.*

In Bezug auf die Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter wird der Schutz tatsächlich mithilfe einer Strafraumenverschiebung nach oben und durch eine Harmonisierung der Strafraumen – die in entsprechenden Fällen immer eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahre vorsehen – durchgeführt. Außerdem wird ein erhöhtes Mindeststrafmaß angewendet. Darüber hinaus wird der Versuch oft strafbar geordnet, und für Fälle einer schweren Gesundheitsschädigung ist die Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren vorgesehen. Diese Regelungen gelten z.B. für die Strafraumen der Aussetzung (§ 221 StGB), Entziehung Minderjähriger (§ 235), Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), Fehlerhafter Herstellung einer kerntechnischen Anlage (§ 318 StGB), Beschädigung wichtiger Anlagen (§ 312 StGB) sowie für die Umweltstraftaten (§§ 324 bis 329 StGB). In Bezug auf schwerere Straftaten<sup>147</sup>, die immer mit der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter zu tun haben, werden die Strafraumen weitestgehend vereinheitlicht (lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren im Fall einer – wenigstens leichtfertigen – Todesverursachung). Dabei handelt es sich im Einzelnen um die folgende Reihe von Straftaten: Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung (§ 177 StGB)<sup>148</sup>, Erpresserischer Menschenraub (§ 239a StGB), Brandstiftung (§§ 306 bis 306c StGB)<sup>149</sup>, Geiselnahme (§ 239b), Raub (§ 249 StGB), Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB), Herbeiführen einer Explosion durch Kernenergie (§ 307 StGB), Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion (§ 308 StGB), Missbrauch ionisierender Strahlen (§ 308 StGB).

---

<sup>146</sup> KREß, *zit.*, S. 635.

<sup>147</sup> vgl. hierzu C. JÄGER, *Die Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis*, in *JuS*, 2000, 1, S. 31-39.

<sup>148</sup> Zu den reformierten Sexualdelikte vgl. H. OTTO, *Die Neufassung der §§ 177-179 StGB*, in *Jura*, 1998, 4, S. 210-215. Für die Prüfung der schwerer Kriminalität aus einer kriminologischen und angewendeten Sicht vgl. H-J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität; eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin, 1994.

<sup>149</sup> Zum Brandstiftungsdelikt vgl. A. CANTZLER, *Die Neufassung der Brandstiftungsdelikte*, in *JA*, 1999, 6, S. 474-479.

### TEIL III

Was aber die Straftaten gegen materielle Rechtsgüter betrifft, so werden die Strafraumen bei Betrug (§ 263 StGB), Computerbetrug (§ 263a StGB), Untreue (§ 266 StGB), Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 StGB) und Fälschung beweisheblicher Daten (269 StGB) auch einheitlich mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren für besonders schwere Fälle bedroht.

Es ist offensichtlich, dass das Ziel der Reform darin lag, den Strafschutz immaterieller Werte zu stärken. In dieser Hinsicht wird der Fall des Wohnungseinbruchsdiebstahls neu gedeutet. Diese Straftat stellte bisher nur einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 I 2 Nr. 1 StGB dar. Da ein solches strafbares Verhalten aber tief in die Intimsphäre des Opfers eindringt und bei diesem somit zu ernststen psychischen Störungen führen kann, hat das 6. StRG dafür eine unabhängige Strafnorm gebildet.

#### *4.1. Schwerer Raub § 250 StGB – die neue Fassung und ihre „Rechtsfolgenreue“*

Es soll hier die absolute Tendenz der 6. Reform des Strafrechts hervorgehoben werden, einer richterlichen Spruchpraxis entsprechen zu wollen. Diese Tendenz lässt sich besonders auch vom Fall des schweren Raubes ablesen. Tatsächlich sah die alte Fassung des § 250 StGB eine Mindeststrafdrohung von nicht unter fünf Jahren vor. Eine solche Mindeststrafe wurde allerdings von den Richtern häufig für „zu hoch“ gehalten<sup>150</sup>. Dieser Einschätzung galt der Zweck der Reform, die Mindeststrafe an die richterliche Praxis anzupassen. Angesichts der Reformfassung wurden Gegenstimmen aus der Reihe derjenigen laut, die sagten,

*„die Gerichte würden auf jede Erniedrigung der Mindeststrafdrohung in § 250 StGB mit einer (weiteren) Abmilderung der Strafaussprüche reagieren“<sup>151</sup>.*

---

<sup>150</sup> vgl. hierzu beispielsweise die Entscheidung des BGH vom 19.4.1989, in *NJW*, 1989, S. 2549.

<sup>151</sup> Kritik der bayerischen Staatsministerin Männle im BR (Plenarprot. 712, Anl. 20, S. 201), vgl. hierzu KREB, *zit.*, S. 643.

### TEIL III

Im Gegensatz hierzu steht, dass zunächst vorgeschlagen wurde, die Mindeststrafdrohung für den Regelfall des schweren Raubes von fünf Jahren auf zwei Jahre Freiheitsstrafe zu senken; anlässlich der Billigung des sechsten StrRG wurde die Mindeststrafe aber nur auf drei Jahre herabgesetzt. Trotzdem scheint offensichtlich, dass eine solche Veränderung (die Herabsetzung von fünf Jahren auf die endgültige Mindeststrafdrohung von drei Jahren) dem Bedürfnis, die alte Strafmaßdrohung dem von der Rechtsprechung verwendeten Maß anzupassen, deutlich entsprach.

Probleme tauchten insbesondere in Fällen der Präsenz einer sogenannten „Scheinwaffe“ und deren problematischer Auslegung auf (vom Lippenpflgestick „Labello“ über ein Plastikrohr bis hin zur „ordentlichen“ Spielzeugpistole<sup>152</sup>). Dabei ging es um die besondere, wenn auch nur geahnte Gefährlichkeit des Mittels an sich, das tatsächlich keine wirkliche Gefahr an sich brachte, das aber

*„um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden vom Täter benutzt wird“<sup>153</sup>.*

Ein solches „Strafrahmendilemma“<sup>154</sup> wurde selbst auf der höchsten Ebene der Rechtsprechung erkannt. Tatsächlich stellte diese fest, es gebe eine „Unzuträglichkeit“, die sich aus der Weite des Tatbestands ergebe und die, nach geltendem Recht, nur „auf der Rechtsfolgenseite ausgeglichen werden“ könne<sup>155</sup>.

Dies führte zur Tendenz der Rechtsprechung, anders als vom Gesetzgeber vorgesehen, an der sogenannten *Rechtsfolgenseite* durch eine Absenkung der Mindeststrafdrohung für den Regelfall des schweren Raubes anzusetzen. Die Höhe der ursprünglich vorgesehenen Strafe wurde von den Richtern für ungerecht und

---

<sup>152</sup> Vgl. hierzu K. GEPPERT, *Zum „Waffen“-Begriff, zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“, zur „Scheinwaffe“ und zu anderen Problemen im Rahmen der neuen §§ 250 und 244 StGB*, in *Jura*, 1999, 11, S. 599-605.

<sup>153</sup> So lautet sowohl die alte als auch die neue Fassung des § 250 StGB.

<sup>154</sup> KREB, *zit.*, S. 642.

<sup>155</sup> s. Entscheidung des BGH vom 19.4.1989, in *NJW*, 1989, S. 2549.

unangemessen gehalten, so dass sie, bis zur Reform durch den Gesetzgeber, kaum zur Anwendung gebracht wurde.

Auf das Thema der Rechtsfolgenlösung und ihre akzeptierten und nicht akzeptierten Wirkungen sowie auf die anderen von der Rechtslehre vorgeschlagenen Auswege aus dem Strafrahmendilemma (wie z.B. die Lehre von der negativen Typenkorrektur<sup>156</sup>) wird nachfolgend, bezogen auf den Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe für heimtückischen Mord, eingegangen.

##### 5. Strafzumessung als schöpferischer Akt?

Auf den nächsten Seiten soll zunächst auf den Fall<sup>157</sup> der Strafermäßigung bei Mord eingegangen werden, der prominent zum Vorschein gebracht hat, auf welche Weise die Themen der Strafzumessung und der Verhältnismäßigkeit der Strafe (im Sinne eines gerechten Verhältnisses zwischen Schwere der Tat, Schuld des Täters und Strafmaß) miteinander verbunden sind. Anschließend soll gezeigt werden, inwiefern der Akt der Strafzumessung vom Konzept der Verhältnismäßigkeit abhängt. Dabei soll letztlich das Hauptaugenmerk auf die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zusammenhang mit den theoretischen Grundlagen der Strafzumessungstheorien gelegt werden.

Der Fall der Strafermäßigung bei Mord<sup>158</sup> zeigt, dass die gleichen Schwierigkeiten, auf die der Gesetzgeber bei der Abwägung zwischen dem Schutz von Rechtsgütern und der Festlegung einer Strafe trifft, auch auf der Ebene der Strafzumessung auftauchen. Da dem Fall der Strafermäßigung bei Mord allerdings auch eine grundlegende sowie symbolische Bedeutung in Bezug auf die Strafzumessung zukommt, soll hier zunächst die Praxis der Strafzumessung allgemein untersucht werden. Als Prämisse einer Analyse der *schwierigen* Fälle der Strafzumessung kann Bruns' Aussage gelten, dass

---

<sup>156</sup> s. J. WESSELS, M. HETTINGER, *Strafrecht Besonderer Teil/1*, Karlsruhe, 2013, S. 33 ff.

<sup>157</sup> BGHSt 30, 105. Vgl. hierzu A. ESER, *Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen BVerfGE 45, 187 und BGH-GSt 1/81*, in *NStZ*, 1981, 10, S. 383-388 und U. SCHEFFLER, *Von zeitiger lebenslanger und lebenslanger zeitiger Freiheitsstrafe*, in *Juristische Rundschau*, 1996, 12, S. 485.

<sup>158</sup> s. par 6.

*„die Ermittlung der angemessenen (End-)Strafe nämlich deshalb so schwierig ist, weil man mit den üblichen rechtsdogmatischen Mitteln nicht unmittelbar an das Zentralproblem herankommt: an die Ausfüllung des durch den Strafraum gezogenen richterlichen Entscheidungsspielraums. Denn hier geht es nicht – wie bei der Schuld – oder einer sonstigen Subsumtionsfrage – um eine Entscheidung zwischen zwei Alternativen, sondern hier ‚kommen Quantitäten ins Spiel‘<sup>159</sup>, d.h. es muss eine Auswahl zwischen mehreren verschiedenen Größen getroffen werden, um die Höhe der Strafe (‚wie viel?‘) feststellen zu können.“<sup>160</sup>*

Hieraus ergibt sich der Schluss: Die Entwicklung einer rechtsdogmatischen Strafzumessungs(StrZ)-Lehre, die eine Rationalisierung der Strafzumessung brächte, würde an der *„Vielgestaltigkeit des Lebens und an der beschränkten Möglichkeit, in eine fremde Seele, die des Täters, einzudringen“<sup>161</sup>*, scheitern. Denn, so Bruns mit Verweis auf die Kritiker der StrZ-Lehre:

*„die Begründung der StrZ diene oft nur dazu, ein gefühlsmäßig als angemessen empfundenenes Ergebnis nachträglich plausibel zu machen. Unwägbarkeiten<sup>162</sup> (Imponderabilien) bei der Wertung der StrZ-*

<sup>159</sup> G. GRÜNWARD, *Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung?*, in MDR, 1959, S. 809.

<sup>160</sup> H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Köln, 1985, S. 23.

<sup>161</sup> H.J. BRUNS, *zit.*, S. 24.

<sup>162</sup> vgl. zu der Möglichkeit einer Abwägung zwischen verschiedenen und scheinbar nicht messbaren Prinzipien und Wertungen aus einer verfassungsrechtlichen (und rechtsphilosophischen) Perspektive V.A. DA SILVA, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, 2, Bd. 31, S. 273-301; hier stellt der Autor fest: *„Speaking of balancing ‚is particularly troublesome since weighting presupposes a common scale which in the case of incommensurable values does not exist“*. Allerdings kommt er am Ende seines Beitrages zu dem Schluss, dass es trotz der Existenz von solchen „incommensurable values“ immer möglich sei, sie miteinander zu vergleichen: *„Is it possible to compare Johann Sebastian Bach and Madonna? Who composed better music? I do not think anyone would find it impossible to say that Bach’s music is better (even though other people may disagree). Moreover, I do not think either that anyone would find it impossible to say that Madonna’s music is better (even though other people may also disagree). What really matters is that it would be complete nonsense to state that Bach’s music is X units better than Madonna’s music (or viceversa). Simply because there is no unit to measure the quality of music in such terms. In other words: the comparison between Bach and Madonna involves incommensurable values. However, we are nevertheless still able to compare them, for in order to compare goods or values it is not necessary to rank them cardinally. It is enough if we are able to rank them ordinally.“*

### TEIL III

*Faktoren ließen sich nicht ausschließen, müssten sogar bewusst einkalkuliert werden, da die StrZ-Entscheidung ein intuitiver, auch irrational bedingter schöpferischer Gestaltungsakt ist, dessen Ergebnis sich der ‚Gerechtigkeitskontrolle‘ entziehe.“<sup>163</sup>*

Andere „pessimistische“ Stellungnahmen wurden innerhalb der Strafrechtslehre in Bezug auf den Akt der Strafzumessung bzw. auf die Möglichkeit, eindeutige Regeln und Ziele für die Strafzumessung aufstellen zu können, häufig abgegeben. Auch Würtemberger hat diese Gegenposition bezogen und umschrieben:

*„Die Wertentscheidung über das Strafmaß sei kein reiner Erkenntnisakt, der sich vornehmlich auf logische Deduktion stütze, sondern wurzele weitgehend auch im ‚Können‘ der Richterpersönlichkeit. Die Bestimmung der Strafhöhe erfolge im Wege eines schöpferischen sozialen Gestaltungsaktes, der sich weniger als ein Ergebnis des ‚Intellektes‘ als vielmehr als ‚Emanation des Willens‘ darstelle und weitgehend auf Erfahrung beruhe, und zwar auch auf ‚Fremderfahrung‘ aus sog. Präzedenzfällen. Daraus resultiere der Vorrang des Irrationalen, und hinter diesem auf Gewohnheit aufbauenden ‚Traditionalismus‘ des Richtertums stehe letztlich der Glaube an die ‚Richtigkeit‘ des ‚immer so Gewesenen‘.“<sup>164</sup>*

Dieser Einschätzung nach vollzieht sich die Strafzumessung letzten Endes auf dem Wege eines schöpferischen Gestaltungsaktes<sup>165</sup>. Bruns dagegen erkennt, dass die strafzumessende Entscheidungstätigkeit des Richters ihrer Struktur nach in den Bereich der Rechtsanwendung fällt. Sie solle sich auf die Konkretisierung der gesetzlichen Werturteile und das Erreichen der gesetzlichen Ziele im Einzelfall konzentrieren. Das oben erwähnte irrationale Moment der StrZ sollte also möglichst

---

<sup>163</sup> H.J. BRUNS, *zit.*, S. 24.

<sup>164</sup> T. WÜRTEMBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Erlangen, 1970, S. 157-175. Zu den irrationalen Elementen der StrZ und der Phänomenologie der richterlichen Erfahrung bei der StrZ vgl. H.J. BRUNS, *zit.*, S. 24.

<sup>165</sup> s. H.J. BRUNS, *zit.*, S. 24.

reduziert und durch eine Rationalisierung der Erkenntnis- und Entscheidungsvorgänge, d.h. durch logisch begründbare Motive, ersetzt werden.<sup>166</sup>

Diese Rekonstruktion lässt das Bedürfnis erkennen, die Strafzumessungsakte der Richter zu regulieren und ihren angenommenen irrationalen Anteil zu verringern. Ein entsprechendes Vorgehen ist also auf die Verstärkung der sogenannten „Verrechtlichung“ der richterlichen StrZ ausgerichtet.

In Übereinstimmung mit Bruns' Forderung hat die Strafrechtslehre längst eine mögliche neue StrZ-Leitlinie<sup>167</sup>, wenn nicht sogar neue Formulierungen des § 46 StGB vorgeschlagen<sup>168</sup>. Diese mittlerweile klassischen Theorien der Strafzumessung sollen im Folgenden kurz erläutert werden.

---

<sup>166</sup> s. H.J. BRUNS, *zit.*, S. 25.

<sup>167</sup> Vgl. hierzu H.J. BRUNS, *zit.*, S. 31 ff. für eine ausführliche Darstellung der Reformvorschläge bis zum Inkrafttreten des § 13 StGB; die alte Fassung des § 13 legte die Strafzumessungskriterien fest.

<sup>168</sup> § 46 StGB lautet wie folgt: „§ 46 Grundsätze der Strafzumessung

(1) *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.*

(2) *Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.*

(3) *Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.*“

Vgl. für eine eingehende Analyse des § 46 StGB J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, S. 781 ff. Hier schlägt der Autor eine Neuformulierung des § 46 StGB vor (S. 848 ff.): Diesem Vorschlag zufolge verzichtet die Formulierung von § 46 StGB gänzlich auf den Aspekt der Schuld des Täters und orientiert sich an der präventionsrelevanten Schwere der Tat. Die Formulierung lautet wie folgt: „*Die Strafe dient dem präventiven Rechtsgüterschutz durch Einwirkung auf die Allgemeinheit und den Täter. Sie ist am Ausmaß der Störung des Rechtsfriedens zu orientieren, die durch die Tat hervorgerufen wurde und zum Zeitpunkt des Urteils noch besteht. Die mit der Strafe verbundene Belastung muss in einem angemessenen Verhältnis zum dadurch erzielbaren Rechtsgüterschutz stehen*“. Dagegen sagen die Befürworter der Tatproportionalität über die Schuld als Grundlage der Strafzumessung gemäß § 46 StGB: „*Einen Vorteil hat die Verwendung des Begriffs der Strafzumessungsschuld jedoch: Damit wird einem ausschließlich an unmittelbar-präventiven Effekten orientierten Strafzumessungsrecht eine eindeutige Absage erteilt und die Notwendigkeit einer retrospektiv gewendeten Bewertung deutlich*“ (T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, *zit.*, S. 324).

### 5.1. Die Theorien der Strafzumessung<sup>169</sup>

In den vorangegangenen Kapiteln dieser Arbeit wurde auf die *Festlegung der Strafrechtsnorm* durch Abwägen zwischen den abstrakten Größen der *Straftat* und der *Strafe* (als für erstere geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel des Rechtssystems) eingegangen. Hier soll nun aber der Aspekt betrachtet werden, dass im Zeitpunkt der Festlegung des Straftatbestandes durch den Gesetzgeber nicht bereits alle erdenklichen Größen berücksichtigt und bis ins Letzte definiert werden können, sondern notwendigerweise bei der *Festsetzung des Strafmaßes* durch das Gericht, d.h. in den Einzelfällen, konkretisiert werden müssen.

Für den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* bedeutet dies, dass er nicht nur in der Phase der Festlegung der Strafrechtsnorm durch den Gesetzgeber zu berücksichtigen ist, sondern auch in der Abwägung seitens des Richters vorkommen sollte. Letzterer muss im Rahmen der *Strafzumessung* die Schwere der Tat ins Verhältnis zur Schuld des Täters setzen und hieraus das exakte Maß der anzuwendenden Strafe ableiten. Die *Angemessenheitsprüfung*, die schon mehrfach im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeit genannt wurde, findet also erst zu dem Zeitpunkt statt, in dem der Richter über das Strafmaß entscheidet. Man könnte sie somit auch als „verzögert“ bezeichnen.

Gemäß der Strafzumessungstheorie der *Punktstrafe*<sup>170</sup> steht den Richtern die Möglichkeit bzw. die Pflicht zu, die *e i n e richtige* Strafe zu finden. Von vielen für überholt und unnützlich gehalten<sup>171</sup>, läuft diese Theorie auf eine Art Intuition hinaus, die der zu findenden Strafe zugrunde liegt. Diese Theorie, die sich auf Begriffe wie

---

<sup>169</sup> Vgl. hierzu auch C. ROXIN, *Prävention und Strafzumessung*, in *Festschrift für H.J. Bruns*, Berlin, Köln, Bonn, München, 1978, S. 183; H.J. BRUNS, *zit.*, S. 105; H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, S. 880; T. HOERNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, S. 29; W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, in *Festschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1987, 99, S. 361; ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1976, S. 261.

<sup>170</sup> Nachweise bei H. TRÖNDLE, T. FISCHER, § 46 *StGB*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2000, Rn. 11.

<sup>171</sup> Vgl. hierzu T. HÖRNLE, *zit.* S. 26 und 157; A. VON HIRSCH, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, Bonn, 1991, S. 24; J. KASPAR, *zit.*, S. 784.

### TEIL III

Schuld, Prävention, Unrecht stützt, kann auch deshalb nicht überzeugen, weil es nicht möglich scheint, diesen Abstrakta einen genauen Wert zuzuschreiben<sup>172</sup>.

Diese Kritik bedeutet aber nicht, dass alternative Strafzumessungstheorien zu einem weniger angreifbaren Ergebnis führen.

Die *Stellenwerttheorie*<sup>173</sup> geht davon aus, dass eine Differenzierung zwischen zwei Stufen der Strafzumessung zu machen sei: Die erste Stufe, die Bestimmung der Strafhöhe, solle allein anhand der Umrechnung des verschuldeten Unrechts in eine angemessene Strafe erfolgen. Die zweite, die Berücksichtigung der präventiven Zwecke, solle dann bei der Festlegung der Modalitäten der Strafe (z.B. Geld- oder Freiheitsstrafe, Aussetzung zur Bewährung usw.) Bedeutung gewinnen. Diese zwei Stufen stellen die sogenannte *Strafzumessung im weiteren Sinne* und die *Strafzumessung im engeren Sinne* dar.

Wie aber die Strafe i.e.S. – also das Maß der Strafe und nicht ihre Entfaltungsmöglichkeiten (Geld- oder Freiheitsstrafe usw.) – bestimmt werden soll, wird von der Stellenwerttheorie nur mit dem Verweis auf die *schuldangemessene Strafe* beantwortet.

Die eben erwähnte zweite Modalität der Strafzumessung enthielte also keine präventiven Erwägungen.

Die *Spielraumtheorie*, die die Strafzumessungslehre des 20. Jahrhunderts in Deutschland wesentlich prägte, stellte den Versuch dar, einen Kompromiss zwischen den Vertretern des Schuldausgleichs und den „Präventionisten“ zu finden. Unter der Kompromissformel der Prävention im Rahmen der Repression vereinte sie die Vergeltungstheorien<sup>174</sup>. Ausgangspunkt der Spielraumtheorie ist die Überzeugung, dass dem Schuldgehalt einer Tat nicht nur *eine bestimmte* Strafe als angemessen zugeordnet werden kann, sondern *ein ganzes Spektrum* an Strafen schuldangemessen sein könne: Innerhalb dieses Spektrums muss sich der Richter bewegen, d.h. er darf

---

<sup>172</sup> Vgl. hierzu V.A. DA SILVA, *zit.*, S. 273-301.

<sup>173</sup> Vgl. hierzu H. SCHÖCH, *Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung zur Trunkenheit im Verkehr*. Stuttgart, 1973, S. 79 ff.; H. SCHÖCH, *Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des §46 Abs. 1 StGB*, in *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, S. 255; H. HENKEL, *Die „richtige“ Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969.

<sup>174</sup> Vgl. hierzu T. HÖRNLE, *zit.*, S. 23; J. KASPAR, *zit.*, S. 785.

### TEIL III

bestimmte Werte nicht über- oder unterschreiten<sup>175</sup>. Diese Gewährleistung bestimmter Ober- und Untergrenzen bringt allerdings eine unannehmbare Unschärfe mit sich<sup>176</sup>.

Ein von der Lehre gefundener Weg, die Spielraumtheorie und ihre umstrittenen Ergebnisse und Rechtfertigungen zu überholen, besteht aus Erwägungen, die eher mit der Beobachtung der begangenen Tat als mit der Schuld des Täters zu tun haben. Erst mit der sogenannten *Tatproportionalität*<sup>177</sup> taucht der Begriff der Verhältnismäßigkeit auf, wenn auch in seiner lateinischen Form („Proportionalität“). Die Ursprünge der *Tatproportionalität* können in der Philosophie der Proportionalität gefunden werden<sup>178</sup>. Die deutsche Lehre<sup>179</sup> übernimmt im Bereich der Strafzumessung die eher philosophische Theorie der *Tatproportionalität*, wie sie hauptsächlich von von Hirsch und Duff geprägt wurde<sup>180</sup>. Diese Übernahme scheint im Wesentlichen zwei Gründen geschuldet zu sein: Erstens konnte sich keine der genannten Theorien (Punktstrafe, Stellenwerttheorie, Spielraumtheorie) in Hinblick auf die Strafzumessung durchsetzen, da sich keine von ihnen als unbestreitbar darstellte. Zweitens wirkt es attraktiv, die begangene Tat und nicht mehr allein die Schuld und Gesinnung des Täters zum Ausgangspunkt der Überlegungen zu machen. Dem Fokus dieses Abschnitts entsprechend soll hier des Weiteren auf die Aspekte der *Tatproportionalität* eingegangen werden, die einen stärkeren Bezug zum Thema der Strafzumessung aufweisen.

---

<sup>175</sup> Unter den Entscheidungen des BGH ist die BGHSt 7, 28, 32 hervorzuheben, in der die Spielraumtheorie deutlich zur Anwendung gebracht wurde. Zur Spielraumtheorie vgl. T. HÖRNLE, *zit.*, S. 23 ff.

<sup>176</sup> s. A. VON HIRSCH, *Strafmaß*, *zit.*, S. 23, hier sagt der Autor drastisch: „*Wir sind jedoch der Ansicht, dass die Spielraumtheorie nicht nur unscharf sondern auch falsch ist: Der Fehler wird offenbar, sobald man die Theorie an der eben vorgeschlagenen Ratio des Unwerturteils bei der Proportionalität misst*“.

<sup>177</sup> Im Bereich der Strafzumessung wurde die Theorie der *Tatproportionalität* von Bernd Schönemann und dann von seiner Schülerin Tatjana Hörnle in Deutschland entwickelt und vorgelegt. Unter allen s. die Beiträge von B. SCHÜNEMANN, *Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *Tatproportionalität – Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Buchenbach Symposium, Heidelberg, 1999, S. 185ff.; T. HÖRNLE, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 99ff.; W. FRISCH, *Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 155ff.; T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, *zit.*

<sup>178</sup> s. Teil I, Kap. I, par. 2.2.

<sup>179</sup> s. oben Fn. 167.

<sup>180</sup> s. Teil I, Kap. I, par. 2.2.

„Das Grundanliegen einer tatproportionalen Strafzumessungslehre ist bekanntlich die Entsprechung von Tatschwere und Strafmaß“<sup>181</sup>,

schreibt Hörnle, wenn sie die Grundlage ihrer tatproportionalen Theorie präsentiert. Gemäß des grundlegenden Gedankens dieser Theorie ist die Strafe als Reaktion auf die Tat an den Eigenschaften eben dieser Tat zu bemessen. Hiermit werden also unklare persönliche Schuldenelemente, wie die Gesinnung des Täters, aus der Strafzumessungslehre verbannt<sup>182</sup>.

Mit Kaspar sei aber gesagt<sup>183</sup>, dass Tatproportionalität nur als „intrasystematische“ Ordnung wirken kann, „damit aber vollkommen von der vom Gesetzgeber gewählten ‚Einstiegsgröße‘ abhängt.“<sup>184</sup> Aus diesem Grund ist die Theorie der Tatproportionalität auch nicht in der Lage, die Probleme der Grenzfälle, wie das Übermaß, zu lösen. Als Lösung schlägt Kaspar vor, die Idee der „Tatproportionalität“ an einen prinzipiell empirisch bestimmbareren Präventionszweck anzukoppeln<sup>185</sup>. Ob aber eine generalpräventive Strafzumessung das korrekteste Mittel ist, um zu einer in jeder Hinsicht umfassenden Strafzumessung zu gelangen, ist zu bezweifeln. Selbst Kaspar, der den Grundrechtsschutz und die Verhältnismäßigkeit aus einer präventionsorientierten Perspektive vertritt<sup>186</sup>, erkennt letztlich an, dass die korrekteste Version der Strafzumessung aus einer Kombination von präventiver Basis und „Tatproportionalität“ bestehen muss<sup>187</sup>. Denn die Grundlagen eines reinen Präventionsstrafrechts würden hierzu nicht ausreichen und eine „tatorientierte“ Einstellung als Ausgleich einer zu sehr an der Zukunft orientierten Betrachtungsweise – nämlich die Generalprävention – benötigen.

Wie bereits in Teil I Kapitel I dargestellt<sup>188</sup>, wird die Tatproportionalität – in Form der *ordinalen* oder *kardinalen* Tatproportionalität, wie von von Hirsch und Jareborg vorgeschlagen – als neues mögliches Instrument für die Durchführung einer *gerechteren* Strafzumessung präsentiert. Die Tatproportionalität stellt sich als

<sup>181</sup> T. HÖRNLE, *Tatproportionalität*, zit., S. 99.

<sup>182</sup> s. T. HÖRNLE, *Tatproportionalität*, 1999a, S. 108.

<sup>183</sup> s. J. KASPAR, zit., S. 788.

<sup>184</sup> J. KASPAR, zit., S. 788.

<sup>185</sup> vgl. hierzu J. KASPAR, zit., S. 789.

<sup>186</sup> *Ebd.*

<sup>187</sup> *Ebd.*

<sup>188</sup> s. Teil I, Kapitel I.

Lösung der Kontroverse um „Punktstrafe“ oder „Spielraumtheorie“ bei der Strafzumessungsdiskussion dar.

### 6. Strafermäßigung bei Mord

Im Folgenden soll ein Fall<sup>189</sup> dargestellt werden, auf den der BGH die für Mord vorgesehene Strafe nicht anwendete und stattdessen – unter Berufung auf die *Angemessenheit* die Strafe – für eine Strafe entschied, die unter dem vom Gesetzgeber für derartige Fälle vorgesehen Strafraumen lag. Anders ausgedrückt, machte der BGH hinsichtlich der *Unverhältnismäßigkeit* zwischen Straftat und vorgesehener Strafe von einem sehr weiten Spielraum Gebrauch.

Der Fall wurde in der Rechtslehre im deutschen Raum viel diskutiert. Denn er weist Besonderheiten auf, die die *Tatbeständigkeit* des Mordes – aufgrund des vom Richter festgelegten Umstands der Heimtücke – einerseits bestätigen; andererseits veranlassten dieselben Besonderheiten den BGH aber dazu, auf die ordentliche, für den Mordfall vorgesehene Strafe zu verzichten.

In aller Kürze zusammengefasst geht es im sogenannten „Fall des Onkels“ um einen Mord, der aus Wut und Lust auf Rache begangen wurde. Das Opfer der Tat, der Onkel des Täters, hatte zuvor dessen Frau vergewaltigt, auf diese Weise auch die Ehre der gesamten Familie verletzt und die Frau zu mehrfachen Selbstmordversuchen verleitet. Außerdem hatte das Opfer dem Täter mehrmals angedroht, ihn zu töten.

Vor dem Hintergrund dieser Vorgeschichte trifft der Täter die Entscheidung, seinen Onkel zu töten: Er legt den Tatvorgang so an, dass der Onkel nicht argwöhnisch werden kann. Letztlich erschießt er das Opfer während eines Kartenspiels unter Freunden, als das Opfer keinerlei Angriff von ihm erwartete.

---

<sup>189</sup> BGHSt 30, 105. Vgl. hierzu u.a.: A. ESER, *Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen BVerfGE 45, 187 und BGH-GSt 1/81*, in *NStZ*, 1981, 10; U. SCHEFFLER, *Von zeitiger lebenslanger und lebenslanger zeitiger Freiheitsstrafe*, in *Juristische Rundschau*, 1996, 12, S. 485; H.L. GÜNTHER, *Lebenslang für „heimtückischen Mord“? Das Mordmerkmal „Heimtücke“ nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen*, in *NJW*, 1982, 8, S. 353.

Der BGH hält in diesem Fall die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe für unverhältnismäßig. Es handele sich zwar um einen Mord, für den eigentlich der Strafraum des § 211 II StGB<sup>190</sup> geboten ist – das Gericht hält aber den Strafraum des § 49 I Nr. 1<sup>191</sup> StGB an dieser Stelle für angemessener.

Der Richter dieses Falles geht in Übereinstimmung mit der früheren BVerfGE<sup>192</sup> davon aus, dass die Qualifikation der Heimtücke als Mordmerkmal gemäß § 211 II StGB mit dem Grundgesetz vereinbar sei, wenn ihre Auslegung restriktiv und an dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert sei<sup>193</sup>.

### 6.1. Die Tatbestandsmerkmale und ihre verfassungsorientierte Auslegung

Bevor auf die vom Richter gefundene Lösung für den erwähnten Fall eingegangen werden soll, sei zunächst mit einer kleinen Einführung über die Straftat des Mordes und ihre Einordnung ins strafrechtliche System fortgefahren. Ferner soll der Begriff der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf eben die Mordmerkmale diskutiert werden, auf die sich der Richter vom BGH bezieht.

<sup>190</sup> § 211 StGB „Mord“ lautet wie folgt: *„(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.*

*(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.“*

<sup>191</sup> § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB „besondere gesetzliche Milderungsgründe“ lautet wie folgt: *„(1) Ist eine Milderung nach dieser Vorschrift vorgeschrieben oder zugelassen, so gilt für die Milderung folgendes:*

- 1. An die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.*
- 2. Bei zeitiger Freiheitsstrafe darf höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes erkannt werden. Bei Geldstrafe gilt dasselbe für die Höchstzahl der Tagessätze.*
- 3. Das erhöhte Mindestmaß einer Freiheitsstrafe ermäßigt sich im Falle eines Mindestmaßes von zehn oder fünf Jahren auf zwei Jahre, im Falle eines Mindestmaßes von drei oder zwei Jahren auf sechs Monate, im Falle eines Mindestmaßes von einem Jahr auf drei Monate, im übrigen auf das gesetzliche Mindestmaß.*

*(2) Darf das Gericht nach einem Gesetz, das auf diese Vorschrift verweist, die Strafe nach seinem Ermessen mildern, so kann es bis zum gesetzlichen Mindestmaß der angedrohten Strafe herabgehen oder statt auf Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkennen.“*

<sup>192</sup> BVerfGE 45, 187, auch in NJW, 1977, S. 1525 zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord; H.H. JESCHECK, O. TRIFFTERER, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?* Baden-Baden, 1978; Zu einer Analyse der lebenslangen Freiheitsstrafe nach dem genannten Urteil und weiteren Nachweisungen, s. Teil IV, Kap. I.

<sup>193</sup> BVerfGE 45, 187, zit., S. 1525.

### TEIL III

Mord ist eine Straftat, die durch § 211 StGB geregelt wird: Bevor diese Vorschrift die verbotene Handlung selbst beschreibt, kündigt sie an, welche Strafe für diesen Fall vorgesehen ist. Dabei handelt es sich um die höchste durch das Strafsystem vorgesehene Strafe, d.h. die lebenslange Freiheitsstrafe. Hiernach geht der Gesetzgeber auf die Merkmale der Figur des Mörders ein.

Dies geschieht anhand der Beschreibung von drei verschiedenen Gruppenmerkmalen, die mit der *Verwerflichkeit des Beweggrundes* („aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen“), weiter mit der *Verwerflichkeit der Begehungsweise* („heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln“), schließlich mit der *Verwerflichkeit des Handlungszwecks* („um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken“) zu tun haben<sup>194</sup>.

Der nachfolgende § 212 StGB bestraft den Totschläger (d.h. denjenigen, der einen Menschen tötet, ohne ein Mörder zu sein) mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren und nur in besonders schweren Fällen mit lebenslanger Freiheitsstrafe<sup>195</sup>. Gemäß dieser Auseinandersetzung schätzte der BGH den oben beschriebenen Fall als Mord ein – da die Tötung des Onkels auf heimtückische Weise geschah<sup>196</sup>. Wie gesagt erschien ihm das für diese Straftat vorgesehene Strafmaß jedoch in diesem Fall als nicht vertretbar. Das BVerfG hatte entsprechend die Frage zu prüfen, ob es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sei, der heimtückischen Tötung

---

<sup>194</sup> Vgl. für eine ausführlichere Betrachtung des § 211 und seiner Merkmale J. WESSELS, M. HETTINGER, *Strafrecht Besonderer Teil/1*, Karlsruhe, 2013, S. 33 ff.

<sup>195</sup> Die Begriffe „Mord“ und „Totschlag“ wurden im Alternativ-Entwurf (1970) abgelehnt, weil sie den Verfassern des Entwurfs zu „emotional gefärbt“ erschienen und damit der angestrebten „rationalen Analyse der Unrechts- und Schuldstufen“ entgegenstanden. Nach § 100 II AE 1970 konnte auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden, „wenn der Täter 1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet, 2. durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet, 3. dem Opfer bei der Tat erhebliche körperliche oder seelische Qualen zufügt, 4. absichtlich oder mutwillig handelt oder 5. zur Ermöglichung einer Straftat, zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat gefassten Entschlusses oder zur Erlangung eines Vermögensvorteils tötet.“ (AE 1970 S. 7). Denn die Begründung dieses Entwurfs lautete: „Eine Strafschärfung im Hinblick auf die Schwere der Rechtsgutsverletzung kann sich bei der vorsätzlichen Tötung nur aus der Begehung mehrerer Tötungsverbrechen, aus der Gefährdung weiterer Menschenleben oder aus der besonders qualvollen Art der Tötung ergeben. Eine Abstufung nach dem Wert des verletzten Rechtsguts Leben selbst ist ausgeschlossen, da jedes Menschenleben den gleichen Wert hat.“ (AE 1970 S. 17-19). Hierzu vgl. A. GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, 2010, S. 49.

<sup>196</sup> BGHSt 30, 105, Leitsatz.

### TEIL III

ausschließlich die lebenslange Freiheitsstrafe anzudrohen, ob also die lebenslange Freiheitsstrafe hier *verhältnismäßig* sei<sup>197</sup>.

In Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz legt das BVerfG die Tatbestandsmerkmale eng am Gesetzestext aus. Demnach begeht, wie oben bereits erklärt, ein Täter einen Mord *heimtückisch*, wenn er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt; wenn er sich bewusst ist, dass beide Voraussetzungen vorliegen (die Arglosigkeit kann nur gegenüber einem Menschen ausgenutzt werden, der selbst oder mit Hilfe Dritter dem Angriff auf sein Leben entgegentreten könnte, „falls er oder ein schutzbereiter Dritter nicht durch das Verhalten des Täters in Sicherheit gewiegt worden wäre“<sup>198</sup>). Es muss sich also um einen Vertrauensbruch handeln, der vom Täter ausgenutzt wird, um das Opfer zu überraschen und wehrlos zu machen.

Diese Art der Auslegung der Tatbestandsmerkmale beinhaltet keinen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und entspricht somit den Vorstellungen des BVerfG<sup>199</sup>. Sie ist somit durch den BGH in Anwendung zu bringen.

Um auf die Besonderheiten des hier besprochenen Falls einzugehen, musste der Große Senat des BGH auf die folgende Vorlage reagieren:

*„Ist im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 das Mordmerkmal der Heimtücke zu verneinen, wenn der Täter zur Tat dadurch veranlasst worden ist, dass das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, misshandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewusste Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist?“<sup>200</sup>*

---

<sup>197</sup> Das Bundesverfassungsgericht zitiert auch eine Entscheidung des BVerfGs, die die Strafbarkeit (bzw. die Verfassungsmäßigkeit der Straftat) der Homosexualität gemäß § 175 StGB (heute weggefallen) betrifft (und bestätigt): Es handelt sich um das BVerfGE 6, 389, 439, in NJW, 1957, S. 865: „Die §§ 175 f. StGB verstoßen auch nicht gegen das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), da homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstößt und nicht eindeutig festgestellt werden kann, daß jedes öffentliche Interesse an ihrer Bestrafung fehlt.“

<sup>198</sup> BVerfGE 45, 187 in NJW, 1977, Rn. 235.

<sup>199</sup> Ebd.

<sup>200</sup> BGH 30, 105, zit., S. 1966.

Wie schon vorweggenommen, lautet die Antwort auf diese Frage wie folgt: Die Auslegung des Heimtückemerkmals bleibt unverändert – und zwar restriktiv und verfassungsorientiert, wie durch das BVerfG geboten; gleichzeitig ist, so der BGH, die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe für Grenzfälle des „heimtückischen Mordes“ durch den offenen Strafrahmen des § 49 I Nr. 1 zu ersetzen<sup>201</sup>. Schließlich liegt hierfür ein eröffnender Ausnahmefall vor, wenn zur Verwirklichung des Mordmerkmals der „Heimtücke“ strafatbestandlich nicht berücksichtigte, schuld mindernde „außergewöhnliche Umstände“ hinzutreten, „*aufgrund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint*“<sup>202</sup>.

In Hinblick auf die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, und zwar in Bezug auf die Abwägung der *Angemessenheit* der Maßnahme in Hinblick auf die Grundrechte des Betroffenen, entscheidet sich der BGH dagegen, die lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen – denn diese Strafe erscheine ihm „*unverhältnismäßig hart*“<sup>203</sup>. Stattdessen wählt er eine sogenannte „Rechtsfolgenlösung“.

§ 211 StGB Abs. 1 „*Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft*“, ist somit abgeschwächt und relativiert<sup>204</sup>. Denn mit dieser Entscheidung wird die absolute Strafdrohung – „*heimtückischer Mord also lebenslang*“<sup>205</sup> – dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur gerecht, wenn gewährleistet ist, dass sie auf Tötungsfälle von besonders verwerflichem Charakter beschränkt bleibt und dass die Bestrafung des Täters in angemessenem Verhältnis zur Schwere sowie zum Schuldgehalt seiner Tat steht.

Diese Rechtsfolgenlösung des BGH hat eine lebhafte Diskussion innerhalb der Straflehre ausgelöst. Für ein besseres Verständnis derselben soll zunächst auf die folgenden Ausführungen des Gerichts verwiesen werden:

*„Die Absolute Strafdrohung für Mord (§ 211 StGB) schließt Zumessungserwägungen aus. Die verfassungskonforme Rechtsanwendung gebietet ihre Ersetzung durch einen für solche Erwägungen offenen Strafrahmen, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise*

<sup>201</sup> BGH 30, 105, *zit.*, S. 1968.

<sup>202</sup> BGHSt 30, 105, *zit.*, Leitsatz.

<sup>203</sup> BGHSt 30, 105, in *NJW*, 1981, S. 1966.

<sup>204</sup> s. J. WESSELS, M. HETTINGER, *zit.*, S. 23.

<sup>205</sup> H.L. GÜNTHER, *zit.*, S. 353.

### TEIL III

*mit Entlastungsmomenten zusammentrifft, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer milderer Strafandrohung führen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erscheint. [...] Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener ‚Grenzfall‘ (BVerfGE 45, 187) eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre.“<sup>206</sup>*

Dieser letzte Satz ist so zu verstehen, dass die gefundene „Rechtsfolgenlösung“<sup>207</sup> aufgrund von Entlastungsmomenten als notwendig erscheint. Deshalb also wählt das Gericht eine „Rechtsfolgenlösung“ und nicht eine „Tatbestandslösung“. Denn obwohl die Merkmale für einen heimtückischen Mord vorliegen, erscheint für diesen Fall (angesichts der geringen „Verwerflichkeit“ der Tat) die lebenslange Freiheitsstrafe unverhältnismäßig hart.

Diese Entscheidung wurde von mehreren Seiten kritisiert, zunächst, weil eine „Rechtsfolgenlösung“ Wertungswidersprüche im gesetzlichen System der Tötungstatbestände und ihrer Strafrahmen verursache<sup>208</sup> und zu ungeklärten Auswirkungen auf andere Mordmerkmale führe<sup>209</sup>. Auch wurde befürchtet, dass die

---

<sup>206</sup> BGH 30, 105, in NJW, 1981, S. 1967-1968.

<sup>207</sup> Neben der Rechtsfolgenlösung wird die Lehre der *negativen Typenkorrektur* vorgeschlagen: Dieser Lehre nach ist den Mordmerkmalen in § 211 II lediglich indizielle Bedeutung zuzuerkennen und diese *Indizwirkung* entfällt, jedes Mal, wenn einer Gesamtwürdigung aller Umstände nach die konkrete Tat nicht als besonders verwerflich einzustufen erscheint. Sowohl gegen die Lehre der Rechtsfolgenlösung als auch gegen die der *negativen Typenkorrektur* lässt sich der Einwand einer gewissen Unbestimmtheit erheben.

<sup>208</sup> s. H.L. GÜNTHER, zit., S. 355.

<sup>209</sup> s. H.L. GÜNTHER, zit., S. 356: Die Rechtsfolgenlösung „ermöglicht im Einzelfall zwar eine angemessene Strafzumessung, setzt die Tat aber – anders als eine ‚Tatbestandslösung‘ – weiterhin dem Stigma des ‚Mordes‘ aus: denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip verbietet nicht nur eine dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat übersteigende Strafzumessung, sondern ebenso eine dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat nicht entsprechende strafatbestandliche Zuordnung zum Nachteil des Angeklagten. Der Bürger erfährt mittels der Kriminalisierung seines Verhaltens ein doppeltes Übel: Der Hoheitsakt des Strafurteils setzt ihn – logisch vorrangig – einem bestimmten, durch den strafatbestandlichen Deliktstypus geprägten Unrechts- und Schuldvorwurf aus und fügt die Sanktion Kriminalstrafe hinzu.“

### TEIL III

hier besprochene „Rechtsfolgenlösung“ eine inhaltliche Unbestimmtheit des maßgeblichen Kriteriums zur Folge habe<sup>210</sup>.

Dieser Einwände war sich die spätere Rechtsprechung<sup>211</sup> bewusst: Der fünfte Strafsenat des BGH beanstandete den von der Schwurgerichtskammer gewählten Weg der Verurteilung wegen heimtückischen Mords und Verhängung einer zeitigen Freiheitstrafe wie folgt:

*„Bei einer solchen in großer Verzweiflung begangenen Tat, die ihren Grund in dem tyrannischen, die Familie unerträglich quälenden, Furcht und Schrecken einflößenden Verhalten des Opfers hat, darf der Tatrichter nicht voreilig auf die sog. Strafzumessungslösung ausweichen. Vielmehr sind zuvor die Voraussetzungen der Heimtücke besonders sorgfältig zu prüfen. Sodann sind alle in Betracht kommenden Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, insbesondere Notwehr (§32) und entschuldigender Notstand (§ 35) erschöpfend abzuhandeln, und zwar auch insoweit, als der Täter sich möglicherweise die sie begründenden Umstände irrig vorgestellt hat (Putativnotwehr, Putativnotstand). Schließlich muss der Tatrichter sich mit den gesetzlichen Schuld minderungsgründen eingehend auseinandersetzen, bevor er sich entschließt, außergewöhnliche Umstände im Sinne von BGHSt 30,105 anzusetzen“<sup>212</sup>.*

Ein Teil der Lehre stimmt zumindest teilweise zu<sup>213</sup>, dass die Entscheidung 30, 105 des BGH hinsichtlich der gefundenen „Rechtsfolgenlösung“ letztlich nicht zu beanstanden sei. Genauer gesagt, ist diese Lehre der Meinung, hier liege ein Grenzfall vor, der nichts an der Reformbedürftigkeit des Mordparagraphen ändere bzw. diese noch verstärke, weil er die Bestimmtheit des Gesetzes schwäche. Eine „Rechtsfolgenlösung“ könne das Problem der absoluten Strafandrohung an sich nur

---

<sup>210</sup> *Ebd.*

<sup>211</sup> BGH, in *JZ*, 1983, S. 967 mit Anmerkung Hassemer; dieser Entscheidung lag die Tötung eines schlafenden „Haustyrannen“ durch die jahrelang gequälte Ehefrau aus Furcht vor der bereits vom Ehemann angekündigten schweren Misshandlung des 13-jährigen Sohnes zugrunde, vgl. hierzu J. WESSELS, M. HETTINGER, *zit.*, S. 32, 90.

<sup>212</sup> BGH, in *JZ*, 1983, S. 967.

<sup>213</sup> vgl. hierzu J. KASPAR, *zit.*, S. 835.

abmildern, aber nicht lösen; dabei erscheine eine absolute Strafandrohung verfassungsrechtlich bedenklich<sup>214</sup>.

Wie aus den obigen Überlegungen hervorgeht, wird in dem dargestellten Fall in zweierlei Hinsicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verwiesen: Erstens wird die Verhältnismäßigkeit als Mittel der Verfassungsmäßigkeitsprüfung von § 211 StGB verwendet (Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne). Zweitens wird der Begriff der Verhältnismäßigkeit als Grund der Rechtsfolgenlösung präsentiert, denn ansonsten würde die Strafe in Hinblick auf die Schuld des Täters *unverhältnismäßig* erscheinen.

Der Meinung der Autorin nach stellt dieser Fall unzweifelhaft einen problematischen „Grenzfall“ dar. Der Bezug auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist also auf beide Richtungen hin zu verstehen: Erstens schützt der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinn* die *ultima ratio* der Strafnorm, soweit er die lebenslange Freiheitsstrafe nur für die schwersten Fälle vorsieht. Zweitens kommt der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinn* in Betracht, insofern mit ihm eine engere Kontrolle „Opfer-Nutzen oder Kosten-Nutzen“<sup>215</sup> durchgeführt und sowohl die Zumutbarkeit als auch die Angemessenheit einer Strafe geprüft wird.

All dies scheint uns klarer zu machen, welche Rolle das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Strafzumessung haben sollte: Während sich die enge Operation der Strafzumessung an die von § 46 StGB abgeleiteten Kriterien hält, sollte das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Überprüfung der Stichhaltigkeit der bemessenen Strafe eingesetzt werden.

Die Sorgen von Frisch<sup>216</sup>, der sich ausdrücklich gegen ein Ersetzen eines „*auf das Schuldprinzip gegründete[n] Strafrecht[s]*“ durch ein „*dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit verpflichteten System der [...] Strafzumessung*“ stellt, sind also unbegründet. Denn die Rollen beider Prinzipien überschneiden sie nicht; sie betreffen zwei verschiedene Bereiche: Dabei sollte die Verhältnismäßigkeit zur Überprüfung der schon bemessenen Strafe dienen und könnte als Korrektiv in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Strafe wirken.

---

<sup>214</sup> *Ebd.*

<sup>215</sup> s. W. FRISCH, *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *NStZ*, 2013, S. 249

<sup>216</sup> *Ebd.*

## SINTESI

Nella terza parte del presente lavoro si è approfondito il ruolo svolto dal principio di proporzionalità all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco. Come già evidenziato, il principio di proporzionalità è stato specificato dalla giurisprudenza tedesca nel binomio proporzionalità "in senso ampio" – proporzionalità "in senso stretto".

Nel primo capitolo l'attenzione si è innanzitutto concentrata sull'accezione della proporzionalità come corollario del principio di *ultima ratio* dell'azione penale. A tale scopo si sono indagate le argomentazioni che concretamente formano i giudizi di idoneità, necessità e opportunità rispetto ad una norma penale. Per verificare concretamente le fattezze di tali criteri e l'applicazione di questi da parte del giudice (non solo costituzionale), si sono analizzati due casi in particolare. Il primo riguarda la pronuncia del giudice costituzionale tedesco sulla compatibilità del reato di incesto con la Costituzione. In particolare, la questione sottoposta al giudice delle leggi tedesco riguarda la compatibilità di suddetto reato con i canoni della proporzionalità, quale principio regolante l'ordinamento e deducibile dal complesso dei principi regolanti l'ordinamento stesso. La verifica del giudice costituzionale si è svolta principalmente sul campo del bene giuridico tutelato, giungendo ad una pronuncia di rigetto, ritenendo una tale disposizione idonea e necessaria al fine di tutelare la famiglia e la libertà di autodeterminazione sessuale degli appartenenti al nucleo familiare. Sul tema si è pronunciata anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo, riconoscendo agli Stati membri quel margine di apprezzamento che si concretizza nella libertà di tutelare concezioni morali anche utilizzando il mezzo più severo a disposizione del legislatore, ovvero il diritto penale. La Corte è giunta a tale conclusione una volta accertatasi che i comportamenti incestuosi vengono puniti non solo in Germania ma anche in altri paesi dell'Unione. L'analisi di questo caso ha fornito indicazioni sui criteri di idoneità, necessità ed opportunità dell'azione penale, che tuttavia si ritengono essere stati applicati non correttamente dal giudice delle leggi tedesco.

Il secondo caso analizzato riguarda il reato previsto dal § 89a StGB che punisce dal 2009 le condotte di preparazione di un grave atto violento idoneo a mettere pericolo l'integrità dello stato. Introdotta al fine di combattere il terrorismo, la norma in questione configura un'ipotesi di anticipazione della soglia penale al momento ancora antecedente alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Da qui l'analisi, stavolta del BGH (Corte di Cassazione tedesca), sulla compatibilità della norma con il principio di proporzionalità, soprattutto in riferimento al canone dell'idoneità. Dopo aver affermato l'inviolabilità di quel margine discrezionale spettante al legislatore in merito alla scelta delle azioni da rendere punibili e una volta accertata la rilevanza della *ratio* di un siffatto intervento, il giudice si preoccupa di intervenire sull'elemento soggettivo del reato per tentare di ridurre l'ambito di applicazione della norma ai soli casi necessari. Pertanto, così il BGH, solo qualora il soggetto dimostri di essere "molto deciso" a commettere quell'atto violento (idoneo a mettere in pericolo l'integrità dello stato), allora potrà ritenersi rispettato il principio di proporzionalità. Il restringimento della sfera della punibilità attraverso un intervento sull'elemento soggettivo risulta idoneo, prosegue il BGH, a limitare la punibilità a pochi casi in cui v'è davvero l'esigenza di intervenire. In questo caso, dunque, sebbene risulti difficile la prova di tale elemento soggettivo, si può ritenere che il richiamo al principio di proporzionalità svolge espressamente il ruolo di *restraint*, di contenimento della iniziativa punitiva statutale ai soli casi connotati da un disvalore, sebbene non ancora concreto, che non risulti perlomeno eccessivamente astratto.

Gli orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'Uomo in tema di diffamazione e di opportunità della pena detentiva – con i conseguenti riflessi negli ordinamenti degli stati membri – chiudono la trattazione del primo capitolo della presente parte.

Nel secondo capitolo il lavoro si concentra sulla nozione di proporzionalità riferita strettamente alla pena, sia a quella stabilita dal legislatore nella cornice edittale e sia a quella definita dal giudice in sede di cd. *Strafzumessung*. La trattazione congiunta di entrambi i momenti si giustifica alla luce dell'obiettivo che ci si è prefissi di raggiungere: aggiungere un ulteriore tassello alla ricostruzione dei vari significati assunti dal principio di proporzionalità. Se in questo ambito il rapporto ideale definito dal concetto di proporzionalità viene espresso dall'armonica relazione tra fatto di reato, colpa dell'autore e *quantum* di pena, nella pratica delle decisioni

giudiziali la proporzionalità viene presa in considerazione innanzitutto nella accezione negativa di “*non evidente, eccessiva sproporzionalità*”, ovvero nell’accezione di “*insopportabilità*” di un determinato *quantum* di pena inflitto dal giudice, ovvero contenuto nella cornice edittale della pena.

L’analisi prende spunto da diversi casi affrontati dalla giurisprudenza tedesca, non solo costituzionale. Partendo dal caso di rifiuto di prestazione del servizio civile per il quale il legislatore ha previsto l’esclusione della pena pecuniaria, passando dal furto di cose di valore particolarmente esiguo, si è arrivati a parlare del delitto di rapina aggravata, il cui *quantum* minimo di pena veniva ritenuto troppo elevato ed “insopportabile” dai giudici dell’applicazione. In tale contesto, dunque, si inserisce la sesta legge di riforma delle cornici edittali del 1998, che rileva il “malessere” rispetto ad un minimo edittale di cinque anni ritenuto troppo elevato e provvede a ridurlo a tre anni.

Infine viene dato spazio ad una importante decisione del BGH sull’omicidio doloso con l’aggravante di aver agito con malignità. In quest’ultimo caso il giudice ha preferito, viste le particolari circostanze del fatto, non applicare la pena dell’ergastolo prevista per questa ipotesi di omicidio doloso e applicare una pena più lieve, prevista dal § 49 StGB, applicabile qualora vi siano particolari esigenze di riduzione della pena. Si tratta di un caso molto discusso in dottrina e che, facendo leva proprio su una asserita insopportabilità e manifesta *sproporzionatezza* della pena dell’ergastolo, ha messo in discussione il binomio “*Mord = Ergastolo*”.

Anche qui può ritenersi che il riferimento al concetto della proporzionalità, specialmente se utilizzato in un’accezione negativa, svolge il ruolo di tutela di quel *Übermaßverbot* (ovvero di divieto di superamento di una determinata soglia di pena), da sollevarsi allorquando la pena risulti *ictu oculi* „insopportabile“.

### TEIL III

TEIL IV

TEIL IV

DER ÜBERNATIONALE ZUSAMMENHANG UND DAS VERBOT  
GROB UNVERHÄLTNISMÄßIGER STRAFEN

## TEIL IV

KAPITEL I

DIE UNVERHÄLTNISMÄßIGKEIT ALS *UNMENSCHLICHKEIT*

*DER FALL DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE*

*1. Der übernationale Zusammenhang und das Verbot grob unverhältnismäßiger Strafen: ein Überblick*

Da im Rahmen des nationalen und des europäischen Rechtssystems angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes immer häufiger Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestimmter Sanktionen aufkommen, sind nachfolgende Erwägungen notwendig. Tatsächlich verweist, wie am Anfang dieser Arbeit bereits angekündigt, Art. 49 Abs. 3 der EU-Grundrechtecharta ausdrücklich, wenn auch mit einer negativen Formulierung, auf eine notwendige Verhältnismäßigkeit der Strafen hin, wenn er festlegt: *„das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein“*. Handelt es sich hierbei nur um eine Mindestbescheinigung der Union von geringem innovativen Ausmaß und somit nur um eine Art von Mindestschutz im Bereich der strafrechtlichen Sanktionen – oder eher um einen Anfang mit dem die wesentliche Tragweite des betreffenden Grundsatzes neu anerkannt werden kann?

Soweit wir bislang gesehen haben, ist der Verweis auf eine negative Formulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angebracht angesichts der verschiedenen Bedeutungen und Faktoren, die bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit einer strafrechtlichen Maßnahme oder der Festsetzung des Maßes der Strafe auftauchen.

Obwohl der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht ausdrücklich enthalten ist, führt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Maßstab der *„gross disproportion“* zwischen Strafe und Straftat immer öfter auf Art. 3 EMRK zurück: *„Niemand darf unmenschlicher oder erniedrigender Strafe unterworfen werden“*. Ist die verhängte

Sanktion im Verhältnis zur Schwere der begangenen Straftat „*grossly or clearly disproportionated*“, so stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK fest<sup>1</sup>.

Auch die US-amerikanische Rechtsprechung befasst sich seit kurzem mit dem Thema der lebenslangen Freiheitsstrafe ohne Hoffnung auf bedingte Entlassung. Am 25. Juni 2012 hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten die *obligatorische* lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit einer bedingten Entlassung (*life imprisonment without parole*) für wegen Mordes verurteilte Personen unter achtzehn Jahren für verfassungswidrig erklärt. In den zusammengelegten Verfahren *Miller v. Alabama* und *Jackson v. Hobbs* – in denen bedeutsame Strafmilderungsgründe bestanden und die minderjährigen Angeklagten in einem Alter von nur vierzehn Jahren Morde begangen hatten – hat die Mehrheit des Gerichtshofes tatsächlich anerkannt, dass die *automatische* Verhängung der betreffenden Strafe in diesen Fällen gegen den VIII. Verfassungszusatz verstoßen würde, der „*grausame und ungewöhnliche*“ Strafen verbietet<sup>2</sup>.

Zu der – bereits gestellten und in Angriff genommenen – Frage: *Innerhalb welcher Grenzen kann das Verfassungsgericht das in einer Strafrechtsnorm enthaltene Strafmaß überprüfen?* gesellt sich somit noch eine andere Frage: *Hat diese Prüfung angesichts der Weisungen des Europäischen Gesetzgebers nur die Angemessenheitskriterien der eigenen, nationalen Rechtsordnung zu berücksichtigen, – oder muss sie auch den europäischen Proportionalitätsgrundsatz mit einbeziehen?* Sollte die letzte Frage bejaht werden, erscheint es zweckmäßig zu erforschen, welches die Merkmale eines solchen europäischen Proportionalitätsgrundsatzes sind bzw. zunächst einmal die Werteskala festzustellen, auf deren Grundlage die *gerechteste* und *am meisten angemessene* Abwägung der betreffenden Größen erfolgt.

---

<sup>1</sup> *Vinter, Harkins, Edwards gegen Vereinigtes Königreich*, Individualbeschwerden Nr. 66069/09; 130/10; 3896/10, EGMR, vierte Sektion, 17. Januar 2012; *dieselben*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013; *Kafkaris vs. Zypern*, Individualbeschwerde Nr. 21906/04, EGMR, Große Kammer, 12. Februar 2008; *László Magyar gegen Ungarn*, Individualbeschwerde Nr. 73593/10, EGMR, zweite Sektion, 20. Mai 2014; vgl. hierzu F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4. Juli 2012; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.* n.1/2012, S. 111.

<sup>2</sup> *Miller v. Alabama y Jackson v. Hobbs*, 25.06.2012; I. CASTILLO VAL, *Constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4. Juli 2012.

Zu diesem Zweck wird auf den nächsten Seiten die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit auf der europäischen Ebene in Hinblick auf die schwerste Strafe untersucht, die die Mitgliederstaaten Europas kennen, also die lebenslange Freiheitsstrafe. Vorher wird jedoch die Regelung der lebenslangen Freiheitsstrafe dargestellt, wie sie sowohl in Deutschland als auch Italien erfolgt.

## *2. Die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe in Italien*

Seit die lebenslange Freiheitsstrafe in Art. 22 c.p. (italienisches Strafgesetzbuch) als strengste Strafe der Rechtsordnung vorgesehen ist, hat sie, vor allem nach Eingriffen des italienischen Verfassungsgerichts, häufig ihr Erscheinungsbild verändert. Das Gericht hat mehr als einmal die Notwendigkeit gesehen, die Strenge der Strafe abzuschwächen und dies, zumindest was Minderjährige betrifft, ohne großes Zögern. Das italienische Verfassungsgericht hat tatsächlich Art. 22 c.p. insofern für verfassungswidrig erklärt, als er die Verhängung der Freiheitsstrafe für angeklagte Minderjährige nicht verhindert<sup>3</sup>.

Bezüglich der lebenslangen Freiheitsstrafe für Erwachsene wird schon lange (sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes) diskutiert.

Im Jahre 1974 hat das Verfassungsgericht festgelegt, dass die lebenslange Freiheitsstrafe mit der Vorschrift des Art. 27 der Verfassung vereinbar ist. Art. 27 Abs. 3 der Verfassung sieht vor: *„Die Strafen dürfen nicht in einer gegen das Empfinden der Menschlichkeit verstoßenden Behandlung bestehen und sollen die Resozialisierung des Verurteilten anstreben“*.

Das soll so sein, weil die Verhängung der Strafe, wie damals behauptet wurde, ein Instrument darstellen muss, das verschiedene Zwecke verfolgen kann (eine Position,

---

<sup>3</sup> Vgl. hierzu Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 168/1994. Hierbei ist insbesondere von Bedeutung, dass das Verfassungsgericht sich bei der Erklärung der Verfassungswidrigkeit des betreffenden Artikels nicht auf den öfter erwähnten Artikel 27 der Verfassung gestützt hat, der festlegt, dass die Strafe auf *Resozialisierung* des Verurteilten abzielen muss und unmenschliche Behandlungen zu vermeiden sind, sondern auf Art. 31 der Verfassung, der dem Schutz der Kinder und Jugendlichen gewidmet ist.

die auf den sogenannten *polyfunktionalen* Begriff der Strafe zurückging)<sup>4</sup>, die aber in einigen Fällen nicht erreicht werden können.

Der Verfassungsgerichtshof stützt seine Argumente – für die Vereinbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit der Rechtsordnung – vor allem auf eine wörtliche Auslegung.

Diesbezüglich hat der Verfassungsgerichtshof zunächst einmal festgestellt, dass der Gesetzgeber mit dem gesetzvertretenden Dekret des Statthalters Nr. 244 von 1944 ausdrücklich (nur) die Todesstrafe abgeschafft hat und dass alle Vorschriften, in denen diese noch vorgesehen war, angepasst und dahingehend zu ändern waren, dass, anstatt der Todesstrafe, die lebenslange Freiheitsstrafe einzusetzen ist. Auf diese Weise – so der Verfassungsgerichtshof – habe der Gesetzgeber ausdrücklich festgelegt, dass nur die Todesstrafe eine angesichts der Rechts- und der gesellschaftlichen Ordnung am Ende des zweiten Weltkrieges unakzeptable Strafe darstellen würde. Mithin wurden implizit alle anderen Arten von Strafen als mit der Verfassung vereinbar anerkannt, also auch die lebenslange Freiheitsstrafe. Aus diesem Grund wurde mit dem betreffenden Dekret angeordnet, dass die Todesstrafe durch die (lebenslange) Freiheitsstrafe zu ersetzen sei.

Nach Ansicht bestimmter Meinungen in der Lehre kann diese wörtliche Auslegung jedoch unter verschiedenen Aspekten kritisiert werden<sup>5</sup>. Zunächst einmal handele es sich um eine „apagogische“ Methode, bei der die Richtigkeit einer These dadurch bestätigt wird, dass die Unrichtigkeit einer anderen These aufgezeigt wird. Tatsächlich hatte der Gesetzgeber die Todesstrafe bereits 1944 abgeschafft, als die Verfassung noch nicht in Kraft getreten war. Zur damaligen Zeit stellte die Abschaffung der Todesstrafe an sich bereits einen wichtigen Schritt dar. Mit dem Inkrafttreten der Verfassung 1948 konnte kein Argument mehr dafür sprechen, die Prüfung der Vereinbarkeit der Todesstrafe mit den Grundsätzen der Verfassung noch weiter hinauszuzögern. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber Art. 27 der Verfassung einen vierten Absatz hinzugefügt, mit dem eine Ausnahme zum absoluten Verbot der Todesstrafe eingeführt wurde: Diese wird nur in den im

---

<sup>4</sup> Für viele Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 264/1974.

<sup>5</sup> A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. Cost.* 2011, S. 577.

#### TEIL IV

Militärstrafgesetzbuch für Kriegszeiten<sup>6</sup> festgelegten Fällen gestattet. Dieser Zusatz war notwendig geworden, weil die Todesstrafe angesichts der in der Verfassung enthaltenen Grundsätze verfassungswidrig gewesen wäre. Bezüglich also dieses ersten Arguments (des Arguments der „wörtlichen Auslegung“), kann gesagt werden, dass es nicht überzeugt und dies vielleicht gerade aus Gründen, die auf den Text der Verfassung verweisen. Die wortwörtliche Streichung der Todesstrafe aus der Verfassung bedeutet nicht notwendigerweise, andere Arten von Strafen, die, wenn sie in einer bestimmten Form verhängt werden, in jedem Fall gegen die Verfassung verstoßen, für gültig zu erklären.

Ein anderes Argument, das vom Verfassungsgericht verwendet wurde, um die lebenslange Freiheitsstrafe als Teil des Strafsystems zu rechtfertigen, besteht in der sogenannten – und oben bereits kurz erwähnten – *Polyfunktionalität* der Strafe. Im bereits zitierten Urteil von 1974 hat der Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass die in Art. 27 der Verfassung enthaltene Formulierung die Verfolgung auch nur rein präventiver Zwecke – die auf die soziale Gefährlichkeit des Täters und den notwendigen Schutz der Gesellschaft vor antisozialem Verhalten gerichtet sind – nicht ausschließen würde<sup>7</sup>. Das Verfassungsgericht leitet aus dem Wortlaut des Art. 27: „Die Strafen dürfen nicht in einer gegen das Empfinden der Menschlichkeit verstoßenden Behandlung bestehen und sollen die Resozialisierung des Verurteilten anstreben“, in jedem Fall kein Hindernis für die lebenslange Freiheitsstrafe ab. Diesbezüglich nahm der Verfassungsgerichtshof nur von den absoluten Positionen, die die Strafe als reine Vergeltung für die Tat ansehen bzw. von der Position Lombrosos Abstand, um einem Konzept der Strafe den Vorrang zu geben, das eine Mehrzahl von Funktionen, Abschreckung, Prävention, Schutz der Gesellschaft, darunter die Resozialisierung, erfüllt<sup>8</sup>. Wenn also der Gesetzgeber davon ausgeht,

---

<sup>6</sup> In der Folgezeit hat das Gesetz Nr. 1/2007 den vierten Absatz des Art. 27 der Verfassung abgeschafft.

<sup>7</sup> So nämlich das Verfassungsgerichtsurteil: Corte Cost. Nr. 2264 von 1974: „Unabhängig sowohl von der Lohntheorie, nach der die Strafe angesichts des begangenen Unrechts verdient wurde als auch von der positivistischen Lehre, der gemäß es immer gefährliche und absolut unverbesserliche Kriminelle geben wird, besteht keinerlei Zweifel daran, dass die Abschreckung, die Prävention, der Schutz der Gesellschaft ebenso, wie die erhoffte Besserung des Täters, der Ursprung von Strafe sind“.

<sup>8</sup> Eine Unterscheidung zwischen Zweck und Funktion der Strafe trifft M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 3/2013, S. 1187 ff., dem gemäß „der Zweck der angewandten Strafe tatsächlich (möglichst) darin besteht, der Tat und der Schuld (Notwendigkeit der Individualisierung) gegenüber verhältnismäßig zu sein und die Resozialisierung/nicht die Desozialisierung des Verurteilten anzustreben (spezieller

#### TEIL IV

dass die lebenslange Freiheitsstrafe die einzige Art von Strafe ist, die geeignet ist, diese Einschüchterungswirkung auf die gefährlichsten Täter zu erzielen, dann kann er sie auch anwenden, ohne zu befürchten, hierdurch gegen Grundsätze der Verfassung zu verstoßen<sup>9</sup>.

Die vom Verfassungsgerichtshof hierzu vertretene Meinung ist jedoch keine lineare. Denn bei zahlreichen anderen Gelegenheiten, wie bestimmte, in der Lehre vertretene Meinungen betonen<sup>10</sup>, verweist der Verfassungsgerichtshof insbesondere auf die Aspekte der Resozialisierung und auf den Zweck, den Täter wieder in die Gesellschaft einzugliedern. So kann daran gezweifelt werden, ob die *Lebenslänglichkeit der Strafe* mit den in der Verfassung enthaltenen Grundsätzen vereinbar ist. In vielen Fällen hat der Verfassungsgerichtshof tatsächlich, wie die Untersuchung einiger in dieser Arbeit aufgeführter Urteile ergeben hat, mehrfach die Bedeutung von Strafe als Rehabilitation betont. Trotzdem wurde dem Aspekt der Resozialisierung, wie bekannt ist, hauptsächlich bei der Strafvollstreckung als einem Faktor, bzw. als dem einzigen Faktor Bedeutung beigemessen, den das Vollstreckungsgericht zu beachten hat, während im Zeitpunkt der Festlegung der Strafe andere Erfordernisse von Bedeutung wären, wie z.B. die Prävention<sup>11</sup>.

---

*positiver Präventionszweck). Dabei ist die notwendige Instrumentalisierung, die abstrakt bereits durch die Generalprävention erfüllt ist, der persönlichen Güter (und somit der Person) des Verurteilten gegenüber anderen nicht messbaren Werten und der Nutzung des einzelnen Menschen zu allgemeinen Zwecken (auch wenn diese die Rechte aller schützen sollen) zu korrigieren“.* Die Funktion von Strafe bestünde hingegen in den „*generell präventiven Funktionen des Strafsystems*“, was kein technisch-juristischer, sondern ein politischer und soziologischer Begriff sei, der mithin ausschließlich zu hermeneutischen und nicht zu zumessenden Zwecken verwendet werden solle, im Gegensatz zu den „*Zwecken*“ der angewandten Strafe, die hingegen ein rechtliches Konzept darstellt mit einem normativen und deontologischen Inhalt, der das Gericht bindet. (M. DONINI, *zit.*, S. 1187).

<sup>9</sup> In Italien werden zirka neunzehn Typologien von Straftaten mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet. Es handelt sich dabei zum Beispiel nach Art. 576 Codice Penale um die schweren Fälle der vorsätzlichen Tötung. Bis zum 31.12.2011 wurden 1.528 Personen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Das Verfassungsgericht kommt somit zu dem folgenden Schluss: „*Mit der Formulierung ‚Die Strafen dürfen nicht in einer gegen das Empfinden der Menschlichkeit verstoßenden Behandlung bestehen und sollen die Umerziehung des Verurteilten anstreben‘ hat Art. 27 der Verfassung die lebenslange Freiheitsstrafe also in den Fällen, in denen sie dem gewöhnlichen Gesetzgeber im Rahmen der Ausübung seiner Ermessensbefugnis als Werkzeug zur Einschüchterung von Personen, die weniger schweren Strafen unzugänglich sind oder als Mittel, um Kriminelle, die sich als gefährlich erwiesen und die Grausamkeit ihrer Natur bewiesen haben, auf unbestimmte Zeit zu isolieren, dient, nicht geächtet (was er hätte tun können)“.*

<sup>10</sup> A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinali*, in *Quad. cost.* 2011, S. 575.

<sup>11</sup> Neben dem bereits zitierten Urteil des Verfassungsgerichts Nr. 313 von 1990, das die Verfassungsmäßigkeit von Art. 444 codice di procedura penale (italienische Strafprozessordnung) zum Gegenstand hatte, siehe auch die Verfassungsgerichtsurteile Nr.12 von 1966, Nr. 21 von 1971,

#### TEIL IV

Dennoch hat der Verfassungsgerichtshof im schon erwähnten<sup>12</sup> Urteil Nr. 313 von 1990 festgestellt, dass die mit der Prävention verbundenen Aspekte in jedem Fall nicht den Resozialisierungszweck beeinträchtigen; denn dieser ist ausdrücklich in der Verfassung festgelegt. Einer Person die Freiheit zu entziehen, darf nicht ausschließlich damit begründet werden, dass dies der Prävention von Straftaten, d.h. der Einschüchterung und Abschreckung dient. Gleichzeitig stößt das Erfordernis der Resozialisierung und Umerziehung an seine Grenzen, wenn es um den Respekt der menschlichen Würde und das Ausmaß der schuldhaft begangenen Tat geht.

Das Argument der „*Polyfunktionalität der Strafe*“ – wie es vom italienischen Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung Nr. 264/1974 angeführt und verteidigt wurde – wurde entkräftet.

Das letzte Argument, dass das Verfassungsgericht nutzte, um lebenslange Freiheitsstrafe für kompatibel mit der italienischen Verfassung zu erklären, betrifft eine „faktische Beobachtung“: Lebenslange Freiheitsstrafe, so der Verfassungsgerichtshof, ist *niemals* wirklich lebenslang; denn fast nie deckt sie die gesamte Lebenszeit des Inhaftierten ab. Der Inhaftierte kann, während der Vollstreckung der Haftstrafe, tatsächlich sehr oft von Straferleichterungen profitieren. Diese Mittel sollen auf der einen Seite dazu dienen, der Strafe die Bedeutung von Resozialisierung zukommen zu lassen, auf der anderen Seite sollen sie als „Belohnung“ für gute Führung fungieren.

Im italienischen System, L. 354/1975, auch „*Legge sull'ordinamento penitenziario*“ (Gefängnisordnung) genannt, sind einige Instrumente vorgesehen, die zur Entlassung des Inhaftierten oder zum Verbüßen seiner Strafe außerhalb des Gefängnisses dienen. So lässt Art. 21 der Gefängnisordnung die Aufnahme einer „externen Arbeit“ durch den Inhaftierten zu. Der lebenslang Inhaftierte ist hierzu nach zehn Jahren der Vollstreckung der Haftstrafe berechtigt. Derselbe Zeitraum gilt für die Rechtswohlthaten, die durch Art. 30ter bereitgestellt werden. Darüber hinaus kann eine Person, die zu lebenslanger Haft verurteilt ist, gemäß Art. 50 nach der Verbüßung von zwanzig Jahren auf Bewährung freigelassen werden. Weiter gewährt Art. 54 derselben Ordnung allen Inhaftierten – also auch denen auf Lebenszeit –, die

---

Nr. 167 von 1973, Nr. 143 und 264 von 1974, Nr. 119 von 1975, Nr. 25 von 1979, Nr. 104 von 1982, Nr. 137 von 1983, Nr. 237 von 1984, Nr. 23,102 und 169 von 1985, Nr. 1023 von 1988.

<sup>12</sup> s. Teil 2 Kap. 2.

## TEIL IV

sich aktiv am Resozialisierungsprogramm beteiligt haben, die sogenannte „frühzeitige Entlassung“: Im Besonderen sieht der Artikel eine Reduzierung von 54 Gefängnistagen für alle sechs Monate der verbüßten Strafe vor, so dass der Bestrafte entsprechend früher aus der Haft entlassen werden kann.

Auf diese Weise werden tatsächlich die meisten der lebenslang Inhaftierten frühzeitig frei gesetzt, also vor dem „Nie“, wie es im Titel dieser Strafe mitklingt.

In der Tat stellen diese Straferleichterungen die einzigen Mittel dar, mit denen die Härte und der anti-resozialisierende Charakter der Haft ausgeglichen werden können. Eben dieses Ziel verfolgt auch das Instrument der *Entlassung unter bestimmten Bedingungen*, wie durch Art. 176 des Codice Penale bereitgestellt. Dabei handelt es sich um eine alternative Haftmaßnahme, die in der Regel Inhaftierten zugestanden wird, deren Verhalten Reue abzulesen ist: Der Häftling muss für die Eingliederung in ein soziales Umfeld durch Bereuen seiner Tat bereit sein.

Paragraph 3 des Art. 176 legt fest, dass der zu lebenslanger Haft Verurteilte zur Strafaussetzung erst nach 26 Jahren der Vollstreckung der Strafe zugelassen werden kann. Dieser Vorzug ist der Erfüllung aller Pflichten, die sich aus der begangenen Straftat ergeben, untergeordnet. Dennoch, wenn der Inhaftierte nachweist, dass er zur Erfüllung dieser Pflichten nicht in der Lage ist, wird ihm die Strafaussetzung ohne weitere Auflagen gestattet.

Wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, kann der zu lebenslanger Haft Verurteilte während der Vollstreckung der Haftstrafe faktisch Straferleichterungen erfahren und frühzeitig von der Gefängnisstrafe befreit werden.

### *2.1 Die Verurteilung zu (wirklich) lebenslanger Haft: die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit auf vorzeitige Entlassung*

Trotz der zum so genannten *faktischen* Argument vertretenen Ansicht zieht die italienische Rechtsordnung einen Fall in Betracht, in dem zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurteilte keinesfalls in den Genuss der gesetzlich vorgesehenen Straferleichterungen kommen dürfen und daher die Strafe *lebenslang* verbüßen

müssen. Es handelt sich um die sogenannte *lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit auf vorzeitige Entlassung*, ein Ausdruck, der die Regelung für Straftäter beschreibt, die schwere Straftaten begehen, welche hauptsächlich mit der organisierten Kriminalität in Zusammenhang stehen<sup>13</sup> und die eine Zusammenarbeit mit der Justiz verweigern<sup>14</sup>. Laut Art. 4-*bis*, Abs. 1, Gefängnisordnung ist für derart schwere Vergehen die Gewährung von Straferleichterungen wie Arbeit außerhalb der Haftanstalt, Hafturlaub sowie von anderen alternativen Maßnahmen zur Haft absolut ausgeschlossen – vorbehaltlich des Ausnahmefalls der Besuchserlaubnis nach Art. 30 Gefängnisordnung<sup>15</sup> –, wenn die lebenslang Verurteilten nicht, gemäß Art. 58-*ter* Gefängnisordnung, mit der Justiz zu kooperieren bereit sind<sup>16</sup>.

Die Gewährung der bedingten Entlassung nach Art. 176 c.p.p. (italienische Strafprozessordnung) zugunsten aller Verurteilten nach sechszwanzig Jahren Haft wird für diese Personen durch Art. 2, Abs. 1 gesetzesvertretendes Dekret Nr. 152/1991, umgewandelt in das Gesetz Nr. 203/1991, ausdrücklich ausgeschlossen<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Es handelt sich insbesondere um Straftaten zu Zwecken des auch internationalen Terrorismus oder des Umsturzes der demokratischen Ordnung durch Gewalttaten; um Straftaten im Rahmen der organisierten Kriminalität mafioser Art, Straftaten der Sklaverei, der Prostitution oder Pornografie bezüglich Minderjähriger, des Menschenhandels, des Sklavenhandels, der sexuellen Gewalt durch Gruppen, der Straftatbeteiligung zum Zweck des Schmuggels und des illegalen Rauschgifthandels.

<sup>14</sup> Für eine andere Rekonstruktion des rechtlichen Rahmens siehe L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?* <“Nicht mit der Justiz zusammenarbeitender“, lebenslang Verurteilter nach Art. 4-*bis*, Abs. 1, StVollzG und die Rechtswohlthaten des Strafvollzugs: Einziger Fall des ununterbrochenen, unveränderlichen Freiheitsentzugs ohne Aussicht auf ein Ende?>, in *Cass. Pen.* 2012, 4, S. 1220. Siehe hierzu auch den Vorschlag von Prof. Palazzo (F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali <Fakten und gute Absichten. Zur Reform der Strafsanktionen>*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 10. Februar 2014), wo der am 4. Oktober 2013 einstimmig durch die Kommission genehmigte und dem Justizministerium übermittelte Vorschlag vorgelegt wird, die sogenannte lebenslängliche Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit auf vorzeitige Entlassung zu überwinden und die derzeitige Annahme der Nicht-Resozialisierbarkeit bei mangelnder Zusammenarbeit von absolut in relativ zu verwandeln.

<sup>15</sup> Art 30 StVollzG. sieht diese Besuchserlaubnis bei unmittelbarer Lebensgefahr eines Familienangehörigen oder Lebenspartners vor: In diesen Fällen kann der Strafvollstreckungsrichter dem Inhaftierten oder Internierten den Besuch der kranken Person unter Ergreifung der gesetzlich vorgesehenen Sicherheitsvorkehrungen gestatten.

<sup>16</sup> Damit ist – gemäß Art. 58ter Gefängnisordnung – gemeint, dass der Verurteilte den Justiz- oder den Polizeibehörden die Namen der möglichen anderen Mittäter nicht verraten will oder, dass der Verurteilte keinen allgemeinen Beitrag geben will, um die Ermittlungen, die sich auf sein eigenes Verfahren oder auf einen anderen beziehen, zu erleichtern.

<sup>17</sup> Es handelt sich um die sogenannte „spezielle“ frühzeitige Entlassung. Vgl. dazu C. MINNELLA, *Liberazione anticipata speciale "integrativa": è concedibile il beneficio ai condannati 4-bis?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 Januar 2015, abrufbar unter: [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3568-liberazione\\_anticipata\\_speciale\\_integrativa\\_concedibile\\_il\\_beneficio\\_ai\\_condannati\\_4\\_bis/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3568-liberazione_anticipata_speciale_integrativa_concedibile_il_beneficio_ai_condannati_4_bis/)

Aus diesem Grunde wurde der Begriff „ostativo“, zu Deutsch „ohne Möglichkeit auf vorzeitige Entlassung“, geprägt. Er bezieht sich auf diese Kategorie lebenslänglich Verurteilter, denen alle Straferleichterungen verschlossen bleiben. Einzige, jedoch in der Praxis recht irrelevante Ausnahme ist die sogenannte *vorgezogene Entlassung*. Sie besteht für diese Gefangenenkategorie aus einer Herabsetzung der Strafe um fünfundvierzig Tage je verbüßtem Halbjahr<sup>18</sup>.

### *3. Die lebenslange Freiheitsstrafe in Deutschland: die Entscheidung des BVerfG als Basis für die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*

In Deutschland wurde die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe als Höchststrafe schon seit Langem auch in der Lehre in Frage gestellt<sup>19</sup>. Bevor sich das Bundesverfassungsgericht darüber aussprach<sup>20</sup>, war die Abschaffung dieser Strafe oder die Einführung einer frühzeitigen Entlassungsmöglichkeit bereits gefordert worden.

Das deutsche Strafsystem sieht vor, dass das Gericht die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aussetzen kann. Das ist – laut § 57a StGB – nach fünfzehn Jahren möglich, wenn der Richter dies angesichts der Sicherheitsinteressen und der Schwere der Schuld für angebracht hält.

---

und F. Cecchini, ‘Svuota-carceri’ e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 September 2014, [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3259-\\_\\_svuota\\_carceri\\_\\_e\\_liberazione\\_anticipata\\_speciale\\_\\_decreto\\_legge\\_non\\_convertito\\_e\\_successione\\_diLeggi\\_penali\\_nel\\_tempo/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3259-__svuota_carceri__e_liberazione_anticipata_speciale__decreto_legge_non_convertito_e_successione_diLeggi_penali_nel_tempo/).

<sup>18</sup> Dagegen wird Personen, die nicht unter den Art. 4bis fallen, kraft Gesetz Nr. 10 vom 21. Februar 2014, das den Art. 54 Strafvollzugsgesetz geändert hat, eine Strafminderung von fünfundsiebzig Tagen pro verbüßtem Halbjahr gewährt.

<sup>19</sup> s. G. ARZT, *Zu den Auswirkungen der tatbestandlichen Ausgestaltung des 211 StGB (Gutachten für das BVerfG)*, in H.H. JESCHECK, O. TRIFFTERER (Hrsg.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, Baden-Baden, 1978 S. 141-155; H. WEBER, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe über Tatschuld und positive Generalprävention*, in *MschKrim*, 1990, 73, S. 65-81; G. GRÜNWALD, *Das Rechtsfolgensystem des Alternativentwurfs*, in *ZStW*, 80, 1968, S. 99; G. BEMMANN, *Für und Wider der Vereinheitlichung der Freiheitsstrafen*, GA 1967, 129, 139. Zugunsten der lebenslangen Freiheitsstrafe hatte sich BGH 13.7.1976 – 1 StR 379/76, in *NJW*, 1977, S. 1755 ausgesprochen.

<sup>20</sup> BVerfGE 45, 187, in *NJW*, 1977, S. 1525.

#### TEIL IV

Im Jahr 1977<sup>21</sup> sprach sich das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe aus und blieb dieser Linie seither treu. Wie nachfolgend gezeigt wird, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte<sup>22</sup> Bezug auf die Hauptaussagen besagter Entscheidung des deutschen BVerfGs genommen. Diese sollen im Folgenden betrachtet werden.

In seiner Entscheidung stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers in den Mittelpunkt der Diskussion, dann setzt er diesen ins Verhältnis zum im Grundgesetz verankerten Grundrecht der Würde, die nur „aus besonders gewichtigem Grund“ eingeschränkt werden darf.<sup>23</sup>

*„Freilich kann in das Recht der persönlichen Freiheit gemäß Art. 2 II 3 GG aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit wird jedoch durch die Verfassung in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Der Gesetzgeber muß bei der Ausübung der ihm erteilten Ermächtigung sowohl die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 I GG), das oberste Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung, als auch weitere Verfassungsnormen, insbesondere den Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) und das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (Art. 20 I GG) beachten. Ist schon die Freiheit der Person ein so hohes Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigem Grund eingeschränkt werden darf (BVerfGE 22, 180 [219]), so bedarf der lebenslange Entzug dieser Freiheit einer besonders strengen Prüfung am Maßstabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.“<sup>24</sup>*

Das Bundesverfassungsgericht führt verschiedene Facetten der Menschenwürde an, an denen es sodann die lebenslange Freiheitsstrafe misst. Der Mensch müsse zunächst als ein geistig-sittliches Wesen verstanden werden, *“das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten. Diese Freiheit versteht das Grundgesetz nicht als diejenige eines isolierten und selbtherrlichen, sondern als*

---

<sup>21</sup> BVerfGE 45, 187, in NJW, 1977, S. 1525.

<sup>22</sup> *Vinter und andere gegen das Vereinigte Königreich*, EGMR, Große Kammer, zit..

<sup>23</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 136.

<sup>24</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 136.

*die eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums*<sup>25</sup>; Als solche müsse sich diese Freiheit entwickeln können.

Nach eingehender Betrachtung der lebenslangen Freiheitsstrafe als Teil eines „Kernbestandes“<sup>26</sup> der strafrechtlichen Sanktionen, geht das Bundesverfassungsgericht auf die medizinischen, psychologischen und soziologischen Erkenntnisse über die Auswirkungen des Vollzugs langer Freiheitsstrafen ein. Diese werden sodann mit Blick auf die Menschenwürdegarantie bewertet mit der Folge, dass die besagten staatlichen Maßnahmen in dieser eine unüberwindbare Grenze finden.

Nach einer solchen Prüfung kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis:

*„Nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse kann nicht festgestellt werden, daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß den Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Gnadenpraxis zwangsläufig zu irreparablen Schäden psychischer oder physischer Art. führt, welche die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen.“*<sup>27</sup>

Diese Aussage gelte aber nicht für jeden Fall. Insbesondere wird eine Bedingung für die Zulässigkeit und Vereinbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit der Menschenwürde festgelegt:

*„Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, daß dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.“*<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 144. hierzu vgl. BVerfGE 33, 303, (334).

<sup>26</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 138.

<sup>27</sup> BVerfGE 45, 187, Zweiter Leitsatz der Entscheidung, in NJW, 1977, S. 1525.

<sup>28</sup> BVerfGE 45, 187, Dritter Leitsatz der Entscheidung, zit., S. 1525.

Das Bundesverfassungsgericht stellt also fest: Die Möglichkeit des zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten, irgendwann, zu einem ungewissen Zeitpunkt in der Zukunft, die Begnadigung zu erlangen, würde den Anforderungen, die die Verfassung, insbesondere die dort gewährleisteten Grundrechte, an eine lebenslange Freiheitsstrafe stellt, nicht genügen. Es ist also nicht ausreichend, dass grundsätzlich die Möglichkeit einer Begnadigung besteht. Da es derzeit keine gesetzliche Regelung für Begnadigungen gibt, könne der Verurteilte nicht abschätzen, ob er eines Tages seine Freiheit wiedererlangen wird. Diese Situation der steten Ungewissheit über die Vollstreckung der Strafe verstoße gegen die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG).

*„Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hat sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 I GG und des Rechtsstaatsprinzips gezeigt, daß ein menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt ist, wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können. Denn der Kern der Menschenwürde wird getroffen, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muß. Um diese Aussicht, die den Vollzug der lebenslangen Strafe nach dem Verständnis der Würde der Person überhaupt erst erträglich macht, in einer Weise abzusichern, die verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, genügt das Institut der Begnadigung allein nicht.“<sup>29</sup>*

Darüber hinaus ist es unbestreitbar, dass aus dem Grundsatz der Würde des Menschen ein ebenso bindendes Resozialisierungsprinzip abgeleitet werden kann:

*„Das Gericht hat mehrfach betont, daß die Forderung nach Resozialisierung verfassungsrechtlich dem Selbstverständnis einer*

---

<sup>29</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 191.

#### TEIL IV

*Gemeinschaft entspreche, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt stelle und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sei. Dieses Resozialisierungsinteresse ergebe sich für den Straftäter aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 GG. Der verurteilte Straftäter müsse die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen (BVerfGE 35, 202 [235 f.] - Lebach; 36, 174 [188]). Es sei Aufgabe des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle gesetzlichen Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig seien, beim Gefangenen dieses Vollzugsziel zu erreichen.“<sup>30</sup>*

Daher:

*„Geht man davon aus, daß auch dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleiben muß, je seine Freiheit wiedererlangen zu können, so muß ihm folgerichtig auch ein Anspruch auf Resozialisierung zustehen, mag für ihn auch erst nach langer Strafverbüßung die Aussicht bestehen, sich auf das Leben in Freiheit einrichten zu müssen.“<sup>31</sup>*

Aufgrund dieser Betrachtungsweise wäre also nur die lebenslange Freiheitsstrafe, die für den Verurteilten keine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance auf Wiedererlangung der Freiheit vorsehen würde, wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde und das Resozialisierungsprinzip verfassungswidrig.

Nach diesen Erwägungen geht das Gericht zu den schon oben betrachteten Mordmerkmalen der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht über und stellt fest, dass die lebenslange Freiheitsstrafe, bei einer am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierten Auslegung dieser Mordmerkmale, mit dem Grundgesetz zu vereinbaren sei. Wie bereits oben gesehen, wendet das Gericht eine sogenannte „Rechtsfolgenlösung“ an. Mit anderen Worten: Der Richter verzichtet auf die lebenslange Freiheitsstrafe zugunsten der Anwendung des Strafrahmens des § 49 StGB, der „besondere gesetzliche Milderungsgründe“ vorsieht. Denn „die

---

<sup>30</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 176.

<sup>31</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 177.

*Anwendung der so interpretierten Norm des § 211 BVerfGE 45, 187 (265)BVerfGE 45, 187 (266)StGB mag [...] in einzelnen Grenzfällen immer noch zu unverhältnismäßigen Härten führen“.*<sup>32</sup>

Das Bundesverfassungsgericht fordert also einen vorsichtigen Umgang: Die symbolische Stärke einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe müsse grundsätzlich erhalten bleiben; am wichtigsten sei jedoch, dass dem Verurteilten immer eine verlässliche Chance auf Wiedererlangung der Freiheit bleibe.

Auf die Leitsätze dieser Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts bezog sich kürzlich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Hierauf soll im Anschluss eingegangen werden.

*4. Der Begriff der “grob oder offensichtlich unverhältnismäßigen” Strafe in den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Der Fall Vinter und Andere gegen das Vereinigte Königreich*<sup>33</sup>

Wie in diesem Kapitel bereits mehrfach erwähnt, hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mehrmals zum Fall der lebenslänglichen Freiheitsstrafe ohne Bewährung und zu seiner Vereinbarkeit mit den Bestimmungen von Art. 3 EMRK ausgesprochen. Insbesondere hatte sich 2012 bereits die vierte Sektion des Gerichtshofs mit dieser Frage beschäftigt, und nur ein Jahr später sprach sich die Große Kammer des Gerichtshofs aus.

Im ersten Urteil stellte das Gericht hauptsächlich unter Verweis auf die bereits zum Fall Kafkaris<sup>34</sup> gemachten Betrachtungen fest, dass die lebenslange Freiheitsstrafe zulasten eines erwachsenen Täters nicht *per se* mit jeglicher Konventionsbestimmung und insbesondere mit Art. 3 EMRK unvereinbar sei<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> BVerfGE 45, 187, Rn. 243.

<sup>33</sup> *Vinter und andere gegen das Vereinigte Königreich*, EGMR, Große Kammer, *zit.*.

<sup>34</sup> *Kafkaris vs. Zypern*, EGMR, Große Kammer, *zit.*.

<sup>35</sup> In jenem Fall wurde es hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 3 EMRK als ausreichend betrachtet, dass der Präsident der Republik Zypern eine Begnadigung hätte aussprechen können. Auf den Fall Kafkaris kommen wir im folgenden Abschnitt zurück.

#### TEIL IV

Im Einzelnen wurde im Urteil der Vierten Sektion erklärt, dass, vorbehaltlich der Grundforderung, dass eine Strafe niemals grob unverhältnismäßig sein darf, drei Arten lebenslanger Freiheitsstrafen zu unterscheiden sind<sup>36</sup>:

1. Lebenslange Freiheitsstrafe mit Möglichkeit der Entlassung nach einer Mindestverbüßungsdauer,
2. Lebenslange Freiheitsstrafe *nach Ermessen*, ohne Möglichkeit der bedingten Entlassung sowie
3. *Obligatorische*, lebenslange Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der bedingten Entlassung.

Hat die Sektion hinsichtlich des ersten Typs lebenslanger Freiheitsstrafe – *de jure* herabsetzbar – erachtet, dass keine Verletzung von Artikel 3 EMRK vorliege<sup>37</sup>, so hat die Sektion zum zweiten Typ erklärt, dass seine Verhängung nur dann rechtmäßig ist, wenn alle erschwerenden und mildernden Umstände sorgfältig abgewogen wurden und dennoch die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe als die angemessenste erscheint. Die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe darf daher nur die *ultima ratio*<sup>38</sup> sein. Und dem nicht genug: Der Gerichtshof hat unter Zugrundelegung dessen, was bereits im Urteil *Bieber*<sup>39</sup> des englischen Court of Appeal und im Urteil *Wellington*<sup>40</sup> des House of Lords festgestellt worden war, bestimmt, dass eine Verletzung der Konvention vorliege, wenn 1. die Fortdauer der Freiheitsstrafe des Verurteilten durch keinerlei Strafe oder Prävention betreffenden Grund mehr gerechtfertigt ist<sup>41</sup>; 2. die Verurteilung zur lebenslangen Freiheitsstrafe *de jure* und *de facto* nicht herabsetzbar ist.

Was den dritten genannten Fall betrifft, in dem die Verurteilung zur lebenslangen Freiheitsstrafe ohne Möglichkeit der vorgezogenen Entlassung obligatorisch ist, gibt die vierte Sektion des Gerichtshofs zu, dass dieser - mehr als die anderen - Gefahr läuft, Art. 3 der Konvention zu verletzen. Sie vertritt jedoch abschließend die Meinung, dass in jedem Fall der konkrete Fall abzuwägen ist. Auch in diesem Fall

---

<sup>36</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Vierte Sektion, *zit.*, Rn. 90.

<sup>37</sup> *Ebd.*, Rn. 91.

<sup>38</sup> *Ebd.*, Rn. 90.

<sup>39</sup> *R. gegen. Bieber*, 1 WLR, 2009, 223.

<sup>40</sup> *Wellington gegen Secretary of State for the Home Department*, UKHL, 2008, 72.

<sup>41</sup> Der Gerichtshof spricht von „*legitimate penological grounds (such as punishment, deterrence, public protection or rehabilitation)*“ <legitime Strafzwecke wie Bestrafung, Abschreckung, Schutz der Öffentlichkeit und Rehabilitation>, in *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Vierte Sektion, *zit.*, Rn. 92. Zu diesem Punkt siehe die Betrachtungen von F. VIGANÒ, *zit.*, S. 12.

könnte die vorgezogene Entlassung in der Tat *de facto*<sup>42</sup> möglich sein, oder die Fortdauer der Strafe könnte sich aufgrund vorliegender, die Strafe oder Prävention betreffender Gründe als unbedingt notwendig erweisen<sup>43</sup>.

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bestätigt im Fall *Vinter*<sup>44</sup> vor allem, die Prämissen der vierten Sektion zu teilen, die sich bereits mit dem Fall befasst hatte: Fälle, in denen eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe ein “*grossly disproportionate sentence*” <*grob unverhältnismäßiges Urteil*> darstellen, sind “*rare and unique occasions*” <*seltene und vereinzelte Fälle*><sup>45</sup>.

Da die Antragsteller die Strafe nicht als “*grossly disproportionate*” < *grob unverhältnismäßig*> im durch die Vierte Sektion – im Fall *Vinter* – erachteten Sinn betrachtet haben, befindet der Gerichtshof des Weiteren, es sei zu prüfen, ob die Verurteilung der Antragsteller zu lebenslanger Freiheitsstrafe nicht aus anderen Gründen den Art. 3 der Konvention verletze<sup>46</sup>.

Im Folgenden bekräftigt der Gerichtshof, dass den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Strafdauer<sup>47</sup> ein Ermessensspielraum sowie die Möglichkeit, bei schweren Straftaten wie Mord lebenslange Freiheitsstrafen zu verhängen, eingeräumt wird. Die einzelnen Staaten sind in der Tat durch die Konvention verpflichtet – so der Gerichtshof weiter –, Maßnahmen zum Schutz der Gesellschaft vor Gewaltdelikten zu ergreifen und

---

<sup>42</sup> s. F. VIGANÒ, *zit.*, S. 12: “*Der Gerichtshof denkt hierbei vermutlich an Fälle Verurteilter mit höchst ernstem, evtl. mit dem Gefängnisaufenthalt unvereinbarem Gesundheitszustand, bei denen Gründe des menschlichen Mitleids theoretisch gegenüber jenen der Vergeltung oder allgemein der Prävention überwiegen; dabei begnügt er sich jedoch, wenn auch in solch extremen Situationen, mit dem Vorhandensein der Ermessensgewalt motu proprio zugunsten der vollstreckenden Behörden über die Entlassung oder die Umwandlung der Strafen der Rechtsordnung, ohne jegliche genauen, verfahrenstechnischen Vorgaben und ohne Möglichkeit der Beschwerde seitens des Betroffenen gegen die eventuelle abschlägige Entscheidung.*“

<sup>43</sup> F. VIGANÒ, *zit.*, S. 12: „*Bereits die Bedingung aus a) erscheint in Wahrheit sehr unwahrscheinlich, schon allein angesichts der Menge jener, die der Gerichtshof als die rechtmäßigen Zwecke der Strafe betrachtet: diese sind nicht nur auf die allgemeine und die besondere Prävention einschließlich, was die Letztere betrifft, der Neutralisierung der Gefährlichkeit des Verurteilten und seiner Resozialisierung beschränkt, sondern werden auch auf die “Bestrafung” und damit auf die “Vergeltung” des von diesem begangenen Übels ausgedehnt.*“

<sup>44</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, *zit.*.

<sup>45</sup> *Ebd.*, Rn. 83. Eine Verletzung von Artikel 3 der Konvention läge nur dann vor, wenn die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe, wie im bereits angeführten Fall *Kafkaris*, weder de jure noch de facto herabsetzbar sei und die Fortführung der Strafvollstreckung nicht durch einen die Strafe oder die Prävention betreffenden Grund gerechtfertigt wäre (s.g. „penological grounds“ <*Strafzwecke*>).

<sup>46</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, *zit.*, Rn. 102.

<sup>47</sup> *Ebd.* Rn. 105.

damit dem Begehen solcher Straftaten auch durch eine sehr lange Haftstrafe vorzubeugen<sup>48</sup>.

Wichtig sei, so der Gerichtshof, dass stets ein die Strafe rechtfertigender Grund vorliege (der sogenannte “*penological ground*”, <Strafzweck>), der, wie bereits im Fall Bieber erörtert, “*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*“ <Bestrafung, Abschreckung, Schutz der Öffentlichkeit und Rehabilitation> betreffen kann.<sup>49</sup> Diese Gründe würden sich während der gesamten Haftstrafe abwechseln, so der Gerichtshof<sup>50</sup>: “*what may be the primary justification for detention at the start of the sentence may not be so after a lengthy period into the service of the sentence*” <Was bei Urteilsfindung der vorrangige Grund für die Freiheitsstrafe sein mag, ist dies nach einer langen Zeit der Verbüßung vielleicht nicht mehr><sup>51</sup>. Es steht den Staaten somit frei, auch lebenslange Strafen zu verhängen, wenn wenigstens einer dieser Gründe dies verlangt, unabhängig davon, welcher es ist und in welcher Reihenfolge sie im Laufe der Zeit aufeinander folgen.

Aus den folgenden Aussagen des Gerichtshofs ergibt sich jedoch ein Element unter diesen “*penological grounds*”, das gegenüber den anderen dominiert – besser gesagt, dessen Fehlen zur Unvereinbarkeit mit Art. 3 EMRK führen würde. Es handelt sich um das Element *Rehabilitation* bzw. Resozialisierung. Eine Person, der keinerlei Aussicht auf Entlassung eingeräumt wird, ist zu einer stetig zunehmenden Strafe verurteilt: Je länger sein Leben andauert, desto länger wird auch die Strafe sein, was zu einer “*poor guarantee of just and proportionate punishment*” <unzureichenden Garantie einer gerechten und verhältnismäßigen Strafe> führt<sup>52</sup>.

Nach Verweis auf die Bestimmungen des deutschen Verfassungsgerichts, denen zufolge die Achtung der menschlichen Würde den Anspruch des Verurteilten auf Aussicht auf Entlassung bedingen würde, richtet der Gerichtshof das Augenmerk auf die europäische Kriminalpolitik. Vorausgeschickt, dass der Aspekt der Strafe von vorrangiger Bedeutung bleibt, unterstreicht der Gerichtshof, dass die europäische Kriminalpolitik derzeit auf das Element der Rehabilitierung und Wiedereingliederung des Inhaftierten in die Gesellschaft fokussiert ist. Dies käme im

---

<sup>48</sup> *Ebd.* Rn. 108.

<sup>49</sup> *Ebd.* Rn. 111.

<sup>50</sup> *Ebd.* Rn. 111.

<sup>51</sup> *Ebd.* Rn. 111.

<sup>52</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, *zit.* Rn. 112.

Übrigen sehr klar durch die sechste Regel der 'European Prison Rules zum Ausdruck, die besagt: "*all detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.*" <Jede Freiheitsentziehung ist so durchzuführen, dass sie den betroffenen Personen die Wiedereingliederung in die Gesellschaft erleichtert>. <sup>53</sup>

Die Notwendigkeit, dem Verurteilten die Aussicht darauf zu gewährleisten, eines Tages die Freiheit wiederzuerlangen, wird auch durch Regel 103 der European Prison Rules bekräftigt<sup>54</sup>, außerdem durch die Empfehlung 2003(23) über die Abwicklung der lebenslangen Freiheitsstrafen seitens der Strafvollzugsverwaltungen<sup>55</sup> sowie des Ausschusses zur Verhütung von Folter<sup>56</sup>. Der Gerichtshof zitiert des Weiteren auch internationale Quellen – betreffend die den Strafgefangenen zu garantierenden Mindeststandards der Vereinten Nationen<sup>57</sup> –, aus denen die Notwendigkeit der Aussicht auf Entlassung zum Zweck einer Wiedereingliederung des zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten in die Gesellschaft hervorgehe. Diese Notwendigkeit würde auch durch Art. 10 des International Covenant on Civil and Political Rights < Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte> unterstrichen und hervorgehoben, demzufolge der Hauptzweck des Strafvollzugssystems gerade in der "*rehabilitation of prisoners*"<sup>58</sup> <gesellschaftliche Wiedereingliederung der Gefangenen> liege.

Nach Abwägen zwischen dem den Staaten eingeräumten Ermessensspielraum für die Art der Strafverfolgung und der Erfordernis der Resozialisierung, welche die, auch lebenslangen, Strafen auszeichnen soll, befindet der Gerichtshof, dass die Mitgliedsstaaten ein System der Strafrevision nach Ablauf einer bestimmten Vollstreckungsdauer anwenden müssen, wobei die eventuellen Fortschritte des einzelnen Verurteilten auf dem Wege der Resozialisierung analysiert werden sollen. Erscheint der Inhaftierte als bereits "resozialisiert", so kann es keine Rechtfertigung

---

<sup>53</sup> *Ebd.* Rn. 115.

<sup>54</sup> *Ebd.* Rn. 116.

<sup>55</sup> *Ebd.* Rn. 116.

<sup>56</sup> *Ebd.* Rn. 62 und 116.

<sup>57</sup> *Ebd.* Rn. 118.

<sup>58</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, *zit.*, Rn. 118.

dafür geben, die Strafvollstreckung fortzusetzen: Eine eventuelle Fortdauer der Strafe würde dann eine Verletzung von Art. 3 EMRK<sup>59</sup> darstellen.

Den Entscheidungen des Gerichtshofs ist eine gewisse Änderung gegenüber dem Inhalt der vorherigen Urteile zu entnehmen (Im Fall Kafkaris oder auch das Urteil der vierten Sektion im Fall Vinter und andere gegen das Vereinigte Königreich). Während in jenen Entscheidungen das Vorliegen von *wenigstens einem* „*penological ground*“ <Strafzweck> gefordert wurde, um die Fortsetzung der Strafe zu rechtfertigen, das heißt, ohne eine Hierarchie unter diesen „*penological grounds*“ zu bestimmen, überwiegt nun die Forderung nach Resozialisierung des Verurteilten über die anderen Gründen. Gemäß einer derartigen Rekonstruktion müsste, auch wenn andere sogenannte Strafgründe fortbestehen, die Person jedoch resozialisiert ist, Letztere freigelassen werden<sup>60</sup>. Da der Gerichtshof bestätigt, dass die Mitgliedsstaaten den *Zeitpunkt* dieser Revision frei bestimmen können, steht es in Wirklichkeit jedem Staat frei<sup>61</sup>, den Moment der Revision beispielsweise viele Jahre nach Antritt der Strafverbüßung anzusetzen, wenn davon auszugehen ist, dass die an die Strafe selbst und an die allgemeine Prävention gebundenen Erfordernisse erfüllt sind.

Gemäß diesen Betrachtungen ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hinsichtlich der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafen ohne Möglichkeit der vorgezogenen Entlassung, ein Widerspruch hinsichtlich der Proportionalität.

Zunächst sei festgestellt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nie von der Proportionalität im positiven Sinne spricht, sondern stets von der „*disproportionality*“ <Unverhältnismäßigkeit>. Dieser Aspekt ist im Übrigen stets durch das Attribut „*gross*“, zu Deutsch grob, begleitet. Und Fälle grober Disproportionalität wären jene, in denen eine Strafe keinem mit der Strafe selbst einhergehenden Zweck mehr entspricht, das heißt, in denen es für den Verurteilten

---

<sup>59</sup> *Ebd.*, Rn. 119.

<sup>60</sup> In diesem Sinne auch die abweichende Meinung von Mahoney, *Ebd.*

<sup>61</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, *zit.*, Rn. 120. Diesbezüglich hat Richter Mahoney in seiner abweichenden Meinung unterstrichen, dass ein lebenslang Verurteilter das Recht haben sollte, die Angemessenheit seiner Verurteilung bereits zu Beginn derselben zu fordern und nicht abwarten zu müssen, bis der „proportionale Teil“ der Verurteilung verbüßt ist. Siehe die abweichende Meinung von Richter Mahoney, Punkt 6 in *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, *zit.*.

*de jure* oder *de facto* nicht möglich ist, eines Tages die Freiheit wiederzuerlangen – während, wie wir gesehen haben, die Notwendigkeit, dass die Strafe der Resozialisierung dient, nicht auf den Aspekt der “*gross disproportion*” <*groben Unverhältnismäßigkeit*> zurückgeführt wird, sondern auf eine allgemeine Verletzung des Verbots, eine Person unmenschlichen oder entwürdigenden Strafen zu unterziehen.

### 5. Mögliche Auswirkungen auf die italienische Rechtsordnung

Das Gesetzesdekret Nr. 92 vom 26. Juni 2014, umgewandelt, mit Änderungen, in das Gesetz 117/2014, hat dringende Bestimmungen betreffend Rechtsbehelfe für Entschädigungen für Inhaftierte und Eingewiesene eingeführt, die eine Behandlung erlitten haben, die gegen Artikel 3 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verstößt.

Diese Maßnahme des Gesetzgebers ist Folge des bedeutenden Urteils *Torreggiani*<sup>62</sup>. Der Gerichtshof hatte in diesem Urteil den strukturellen Charakter der Verletzung von Art. 3 EMRK durch Italien aufgrund der „weiten Überbelegung“ der Gefängnisse hervorgehoben. Aufgrund dieses Urteils wurden alle Beschwerden italienischer Inhaftierter, die auf die Anerkennung der erlittenen Verletzung gerichtet waren, aufgeschoben und dem italienischen Staat eine Frist von einem Jahr ab Mai 2013 (nun auf Juni 2015 verschoben) gesetzt, um die notwendigen Maßnahmen zur Abhilfe dieser Situation zu ergreifen.

Der Gesetzgeber hat in das Strafvollzugsgesetz den Art. 35-ter aufgenommen. Dieser regelt zwei Arten von Abhilfen, die im Konkreten darauf gerichtet sind, die Beeinträchtigungen zu entschädigen, die Inhaftierten und Eingewiesenen aus Bedingungen entstehen, die Art. 3 EMRK verletzen.

Die erste der beiden Abhilfen (geregelt in Art. 35ter Abs. 1 und 2 der Gefängnisordnung) gilt für Inhaftierte und Eingewiesene, die eine schwere und

---

<sup>62</sup> *Torreggiani gegen Italien*, Individualbeschwerden Nr. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 und 37818/10, EGMR, zweite Kammer, 8. Januar 2013.

#### TEIL IV

gegenwärtige Beeinträchtigung ihrer Rechte aufgrund ihrer Haftbedingungen erleiden. Sie können sich für eine spezifische Wiedergutmachung an den Überwachungsrichter wenden, die in einer „Ermäßigung“ der noch zu verbüßenden Strafe in Höhe von einem Tag für je zehn Tage erlittener Beeinträchtigungen besteht, oder in Alternative, – wenn die Beeinträchtigung weniger als fünfzehn Tage dauerte oder wenn die „Ermäßigung“ über der Reststrafe liegt – in einer finanziellen Entschädigung in Höhe von acht Euro für jeden Tag der erlittenen Beeinträchtigung. Die zweite Abhilfe (nach Art. 35ter Abs. 3 Gefängnisordnung) richtet sich dagegen an Personen, die ihre Freiheitsstrafe abgeüßt oder die eine Beeinträchtigung während einer vorbeugenden Verwahrungshaft erlitten haben, die nicht auf die zu verbüßende Strafe angerechnet werden kann. Diese Personen haben die Möglichkeit, sich innerhalb von sechs Monaten nach Ende der Freiheitsstrafe oder der vorbeugenden Verwahrungshaft an das Zivilgericht zu wenden, um eine finanzielle Entschädigung in Höhe von acht Euro für jeden Tag der erlittenen Beeinträchtigung zu erhalten.

Der Gesetzgeber hat also bei der Bestimmung der Maßstäbe für die Beurteilung des Vorliegens eines Schadens ausdrücklich Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs genommen. Damit hat er eindeutig den Grundsatz anerkannt, nach dem die italienische Rechtsordnung an die Auslegung der Regelungen der Konvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gebunden ist.

Für das hier erörterte Argument erweist sich der vom Gesetzgeber formulierte Anwendungsbereich als äußerst interessant: Die Abhilfen zur Wiedergutmachung oder Entschädigung gemäß dem neu eingeführten Art. 35ter Gefängnisordnung gelten nämlich im Fall einer Beeinträchtigung in Form von Haftbedingungen, die gemäß der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen Artikel 3 EMRK verstoßen. Aus dem Wortlaut der Bestimmung scheint man also ableiten zu können, dass die neuen Rechtsbehelfe für Entschädigungen immer dann gelten, wenn der Inhaftierte „*unter Bedingungen angehalten wird, die Art. 3 EMRK zuwiderlaufen*“ und die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs gegen das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlungen verstoßen – und dies

unabhängig von dem Grund, der eine solche Situation verursacht und also unabhängig von der Situation der Überbelegung in Gefängnissen<sup>63</sup>.

Wäre es also auch möglich, diese Abhilfen zur Wiedergutmachung und Entschädigung auf die Fälle der sog. „*grossly disproportion*“ zu erstrecken und somit, wenn man an die letzten Festnahmen durch den Rechtsapparat denkt, auf alle Personen, die zu lebenslanger Gefängnisstrafe verurteilt wurden und die sich in Haftbedingungen befinden, die Art. 3 EMRK zuwiderlaufen?

Hier ist vor allem an Personen zu denken, die zu der sogenannten lebenslangen Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Strafrestaussatzung zur Bewährung (sog. „*ergastolo ostativo*“) verurteilt werden: Könnten diese Personen, zum Beispiel, eine „Ermäßigung“ der noch zu verbüßenden Strafe in Höhe von einem Tag für je zehn Tage erlittener Beeinträchtigungen verlangen? Wie könnte aber dieser Moment festgelegt werden, ab dem eine Person eine grob unverhältnismäßige und deshalb unmenschliche Haft im Sinne von Art. 3 EMRK zu erleiden beginnt?

In Wahrheit erleidet eine Person nach der Auslegung des Gerichtshofs, die oben berücksichtigt worden ist, ab dem Augenblick eine unmenschliche und erniedrigende Strafe (erster Fall, also der *grossly disproportion*), ab dem sie die Freiheitsstrafe weiter abbüßen muss, obwohl es dafür keine rechtfertigenden Gründe mehr gibt (die „*penological grounds*“). Eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung liegt, laut dem Urteil der Großen Kammer im Fall *Vinter* gegen das Vereinigte Königreich, zudem dann vor, wenn dem Verurteilten die Resozialisierung verweigert wird<sup>64</sup>. In diesem Fall nämlich ist das Recht auf jenen „*Beurteilungsspielraum*“, der den Mitgliedstaaten bezüglich der Entscheidung über die unter Anklage zu stellenden Taten und die aufzuerlegenden Strafen zugesprochen wird, dem Recht auf „*Rehabilitation*“ unterworfen.

Dieses letztgenannte Recht wurde gemäß seiner Rekonstruktion über die Bezugnahme auf das vorab zitierte vielfältige normative Panorama als Wert anerkannt, der der Bestrafung innewohnt und der immer garantiert sein muss. Wie

---

<sup>63</sup> Vgl. hierzu A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 13. Oktober 2014, abrufbar unter: <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/3343-/>, letzte Einsicht: 31.01.2015.

<sup>64</sup> *Vinter und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013, zit., s. vorangegangene Abschnitte.

#### TEIL IV

der Gerichtshof ausgeführt hat, müssen die Staaten also immer eine Überprüfung im Hinblick darauf vorsehen, ob der Verurteilte für die Resozialisierung bereit ist. Dabei steht es den Staaten jedoch frei festzulegen, *wann* diese Überprüfung erfolgt.

Um also die Regelung über die Rechtsbehelfe für Entschädigungen auf die Fälle lebenslanger Freiheitsstrafen, ohne die Möglichkeit einer Strafrestaussatzung zur Bewährung, zu übertragen, ist vor allem auf eine neue legislatorische Maßnahme zu hoffen, die neben der Abschaffung *tout court* des Art. 4*bis* Gefängnisordnung auch Art. 176 c.p. (italienischen Strafgesetzbuches) ändert und dabei, zum Beispiel, eine erste Überprüfung über den Stand der „Rehabilitation“ des Verurteilten fünfzehn Jahre nach der Vollstreckung der Strafe einführt. Der Umstand zu wissen, dass es fünfzehn Jahren nach Beginn der Strafvollstreckung zu einer ersten Überprüfung des Stands des Rehabilitierungsverfahrens kommt, würde auf der einen Seite die Strafvollzugsbehörden verpflichten, die Rehabilitationsprogramme zu verbessern. Auf der anderen Seite würde dem Inhaftierten dadurch das Recht auf die Hoffnung zuerkannt werden, eines Tages die Freiheit wiederzuerlangen, was Achtung seiner Menschenwürde bedeuten würde. Über eine solche Maßnahme würde man sich schließlich von einer Regelung verabschieden, die nicht nur Art. 3 EMRK, sondern auch und vor allem Art. 27 der Verfassung zuwiderläuft.

Die Möglichkeit, die Rechtsbehelfe für Entschädigungen auch auf Personen erstrecken zu können, auf die die Bedingungen nach Art. 4*bis* der Gefängnisordnung zutreffen, würde das Konzept der *Unverhältnismäßigkeit* der Strafe um eine Konnotation der *Unmenschlichkeit* füllen und dieses zudem mit einem konkreten rechtlichen Instrument ausstatten, das sein Bestehen und das Recht, es geltend zu machen, anerkennt.

## SINTESI

Nel presente capitolo si è affrontato il problema della proporzionalità in relazione alla pena dell'ergastolo, anche alla luce delle indicazioni provenienti dal piano sovranazionale.

La formula contenuta nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea richiede che la pena inflitta non sia sproporzionata rispetto al reato. Per riempire tale formula di significato, in relazione in particolare alla pena dell'ergastolo, ci si è rivolti innanzitutto alle discipline previste negli ordinamenti italiano e tedesco. In Italia la pena dell'ergastolo viene giustificata dalla Corte Costituzionale mediante la proposizione di diversi argomenti, tra cui quello cd. "fattuale". In base a questo si ritiene compatibile la pena dell'ergastolo con la Costituzione e con i diritti da essa derivanti in base alla constatazione che, grazie alla possibilità di godere di diversi benefici garantiti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, di fatto la pena dell'ergastolo non viene mai scontata "a vita". Tale ricostruzione non varrebbe però rispetto a quei soggetti condannati al cd. "ergastolo ostativo", ovvero quei soggetti colpevoli di delitti particolarmente gravi, ai sensi delle disposizioni previste dalla Legge sull'ordinamento penitenziario, che hanno rifiutato di collaborare con la giustizia, ai quali è preclusa la fruizione di benefici penitenziari.

In Germania è chiaro già da molti anni che la condanna all'ergastolo consiste in una pena detentiva *non a vita*, dal momento che dopo quindici anni il condannato può beneficiare della liberazione anticipata. La Corte Costituzionale tedesca si è occupata nel 1977 della compatibilità della pena dell'ergastolo con i principi costituzionali, in particolare con il diritto fondamentale alla dignità, garantito dalla prima disposizione della costituzione tedesca. Per garantire il rispetto del diritto fondamentale della dignità dell'uomo, la Corte ha statuito che non è sufficiente la sussistenza una generica possibilità di usufruire un giorno di un provvedimento di clemenza, essendo necessario che il condannato all'ergastolo possa sperare *concretamente* di potere un giorno riconquistare la libertà.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sul tema dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionata riproponendo proprio le argomentazioni del Bundesverfassungsgericht tedesco. Sia nella sentenza Kafkaris che in quella Vinter, ed ultimamente anche nel caso Magyar, la Corte ha affermato che la condanna all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata costituisce una pena inumana ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, se la condanna risulta irriducibile *de jure* o *de facto* e qualora non vi siano più ragioni né preventive né punitive per protrarre l'esecuzione della condanna a vita. Nella recente pronuncia della Grande Camera riguardante il caso Vinter, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha parzialmente modificato tale orientamento, andando a colmare di significato la nozione di "pena inumana" come contenuta nell'art. 3 CEDU. In particolare, la Corte ha stabilito che si configura una violazione del divieto di inflizione di pene e trattamenti disumani nel momento in cui al condannato venga negato il diritto alla riabilitazione e al reinserimento nella società.

Infine, volgendo l'attenzione nuovamente all'Italia, ci si è soffermati sul recente inserimento all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario di strumenti risarcitori a favore dei detenuti che abbiano subito delle condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione: la mancata espressa limitazione degli strumenti suddetti ai casi di sovraffollamento carcerario fanno ritenere che anche nel caso della condanna all'ergastolo ostativo – che, così come disciplinato, viola l'art. 3 della Convenzione, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo – quegli strumenti possano poter trovare applicazione.

## KONKLUSION

Wie bislang dargelegt, werden dem Begriff der *Verhältnismäßigkeit* in Bezug auf die Strafe verschiedene Bedeutungen zugeschrieben. Im Anschluss an die obigen Betrachtungen soll nun versucht werden, diese verschiedenen Schattierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes miteinander in Verbindung zu setzen.

Auf der philosophischen Ebene ruft der Begriff der *Verhältnismäßigkeit* die Begriffe der *Rationalität* und der *Gerechtigkeit* hervor, wie zu Beginn dieser Arbeit gesehen. In der Rede von einer *gerechten, verhältnismäßigen* Strafe, die das theoretische gerechte Verhältnis zwischen Schwere der Tat und Schwere der Strafe ausdrückt, verbirgt sich jedoch das Risiko, dass Strafe als reine Vergeltung für eine Tat verstanden werden kann.

Hingegen scheint es unverzichtbar, die Strafe auf ihren Kern zurückzuführen. Er ist als das Ergebnis des in einer gesellschaftlichen Konvention festgelegten Verfahrens zu verstehen, das eine Rechtsordnung zu einem rationalen System von Strafen und Straftaten führt. Auf diesem Wege sollte erstens eine rationale Klassifizierung von Strafen und Straftaten erreicht werden – das bedeutet, dass die sogenannte „ordinale“ Proportionalität gewahrt wird. Eine reine Klassifizierung dieser Art ist aber so lange ein leeres Konstrukt, bis es durch eine Werteskala gefüllt ist. Letztere ist aus der Verfassung und aus den Grundrechten, wie sie auch auf der übernationalen Ebene festgeschrieben sind, zu beziehen. Erst mithilfe dieser Inhalte kann auch die sogenannte „kardinale“ Proportionalität gewahrt werden.

Diese ideelle Konzeption eines Strafsystems geht von einem sehr theoretischen Begriff der Verhältnismäßigkeit aus.

Der Bezug auf die „praktische“ Ebene der konkreten Fälle macht in dieser Arbeit deutlich, wie der Begriff der Verhältnismäßigkeit in den Begriff der Unverhältnismäßigkeit übergeht. Erst die Berufung auf diese negative Variante des Konzepts erlaubt seine Anwendung und verleiht ihm Wirkung.

Auf dieser praktischen Ebene wurde in dieser Arbeit zunächst auf die Bedeutung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* für die Prüfung einer Strafnorm als *ultima ratio* eingegangen. Eine solche Prüfung wird, wie oben gesehen, durch das deutsche Bundesverfassungsgericht mithilfe der *Verhältnismäßigkeit im weiteren* und der

*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* vorgenommen.

Im italienischen Rechtssystem wird hingegen eine ähnliche Prüfung anhand der Kontrolle der *Zumutbarkeit* einer Strafnorm, gemäß Art. 3 der Verfassung, durchgeführt. In der vorliegenden Arbeit wird jedoch die Meinung vertreten, dass die Prüfung einer Strafnorm als *ultima ratio* auch im italienischen System auf den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit beruhen sollte. Der Zumutbarkeitsgrundsatz, als Korrelat des Gleichheitssatzes, sollte nur in Fragen zur Anwendung kommen, die mit der Prüfung des *tertium comparationis* in Zusammenhang stehen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er im deutschen und europäischen Recht entwickelt wurde, sollte die Fragen nach der *Geeignetheit*, der *Erforderlichkeit* und der *Angemessenheit* der Verhängung einer Kriminalstrafe in Hinblick auf ihre Zwecke und den Schutz und die Beeinträchtigung von Rechtsgütern beinhalten.

Diese Kriterien, die in der sogenannten *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn* und in der *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn* enthalten sind, ermöglichen dem Verfassungsgerichtshof letztlich einen weiten Spielraum in der Prüfung einer vom Gesetzgeber aufgestellten Strafnorm.

Während sich also die Prüfung der *Zumutbarkeit* auf die Abwägung zwischen Rechten beschränkt, bietet die Kontrolle der *Verhältnismäßigkeit* den Mehrwert, dass mit ihr der Eingriff in Grundrechte in Hinblick auf seine *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* und *Angemessenheit* geprüft wird. Diese Kontrolle sollte die (mögliche) *Unvereinbarkeit* einer Strafnorm mit der Verfassung, d.h. ihre *Unverhältnismäßigkeit*, herausstellen. Das heißt, der Gesetzgeber wird *nicht* auf die *eine* – geeignetste, erforderlichste oder angemessenste – aller möglichen Maßnahmen verpflichtet, vielmehr kommt ihm ein Beurteilungsspielraum zu, der eben dort endet, wo eine Maßnahme *unverhältnismäßig* ist.

Der Raum zwischen *verhältnismäßig* und *unverhältnismäßig* bedeutet zugleich, dass

1. dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zugesichert wird;
2. in einigen Fällen bestreitbar ist, ob die Androhung einer Strafe in den Bereich des *Verhältnismäßigen* oder *Unverhältnismäßigen* fällt.

In diesem Sinne erlaubt eine negative Formulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Möglichkeit, gegen *unverhältnismäßige* Eingriffe in die Grundrechte mit dem Mittel einer strukturierten Prüfung (gemäß der Verhältnismäßigkeit im

weiteren und im engeren Sinn) vorgehen zu können.

Letztlich soll auch hervorgehoben werden, dass die Gerichte dem Gesetzgeber in Fragen des Strafrechts stets einen weiten Beurteilungsspielraum zuerkennen und ihre eigenen Prüfungsmöglichkeiten somit gering erscheinen. Dies darf aber keinen Grund dafür darstellen, im Strafrecht eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich auszuschließen.

Ebenso wie die *Unverhältnismäßigkeit* dazu dienen kann, eine nicht geeignete, nicht erforderliche und nicht angemessene Strafnorm aufzudecken, kann sie sowohl im Bereich der Strafzumessung als auch bei der Festsetzung des Strafrahmens durch den Gesetzgeber dazu herangezogen werden, die *Unerträglichkeit* von Strafmaßen aufzuweisen.

Derartige *Unerträglichkeiten* treten erst dann zutage, wenn eine Strafzumessung bereits stattgefunden hat. Zur Überprüfung der Stichhaltigkeit der bemessenen Strafe kann wiederum das Verhältnismäßigkeitsprinzip herangezogen werden. Es ermöglicht, dass sogar in „Grenzfällen“ die zu verhängende Strafe auf Unverhältnismäßigkeit hin – in Hinblick auf die durch sie beeinträchtigten Grundrechte – überprüft werden kann.

Nicht zufällig fordert Art. 49, Abs. 3, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ein gegenüber der Straftat *nicht unverhältnismäßiges* Strafmaß.

Der Begriff der *Unverhältnismäßigkeit* der Strafe wird auf der supranationalen Ebene weiter mit Inhalt gefüllt. Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dient der Begriff der Unverhältnismäßigkeit, genauer der *groben Unverhältnismäßigkeit*, dazu, auf *unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe* hinzuweisen, die gegen Art. 3, Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoßen.

Der Begriff der *Unverhältnismäßigkeit* erhält hier also weitere Substanz, indem er auf *Unmenschlichkeit* und *Erniedrigung* hinweist. Diese Relation wirft zugleich die Frage auf, warum der Rückbezug auf die *grobe Unverhältnismäßigkeit*, über die Rede von Unmenschlichkeit und Erniedrigung hinaus, überhaupt notwendig ist. Auch in den in dieser Arbeit betrachteten Fällen, in denen sich der Richter gegen eine „unverhältnismäßig harte Strafe“ wandte, schien eben der Bezug auf die *Unverhältnismäßigkeit* das letzte, d.h. das grundlegendste, Argument zu sein.

*Unverhältnismäßigkeit* dient also als übergreifendes, notwendiges Mittel für die Beurteilung aller Fälle, in denen ein Gleichgewicht hinsichtlich des Eingriffs in verschiedene Grundrechte zu gewährleisten ist.

## QUELLENVERZEICHNIS

### I TEIL

- F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Mailand, 1983;
- C. BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafe*, Wien, 1851;
- J. BENTHAM, *The principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, 1988;
- J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham, vol. 1 (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law)*, J. BOWRING (Hrsg), Edinburgh, 1843;
- J.M.DARLEY, C.A.SANDERSON & P.S.LAMANTIA, *Community standards for defining attempt: Inconsistencies with the Model Penal Code*, in *American Behavioral Scientist*, 1996;
- M. DAVIS, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, in *Ethics*, Bd. 93, Nr. 4, , S. 726-752, The University of Chicago Press, 1983;
- M. DAVIS, *Death, Deterrence and the Method of Common Sense*, in *Social Theory and Practice*, 7 (2):145-177, 1981;
- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979;
- D. DOLINKO, *Measuring 'Unfair Advantage': A Response to Michael Davis*, in *Law and Philosophy*, Bd. 13, 1994;
- R.A. DUFF, *Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?* In W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT, *Tatproportionalität Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Buchenbach-Symposium 1999;
- A. ELLIS, *Punishment and the Principle of Fair Play*, in *Utilitas*, Bd. 9, 1997;
- G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*, in *Commentario alla Costituzione*, hrsgg. von G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, 1989;
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Rom-Bari, 1998.

- N.J. FINKEL, S.T.MALONEY, M.Z.VALBUENA, & J.GROSCUP, *Recidivism, proportionalism, and individualized punishment*, in *American Behavioral Scientist*, 39, 1996;
- J.M. FISH, *An eye for an eye: Proportionality as a moral principle for punishment*, in *Oxford J Legal Studies*, 2008, 28 (1), S. 57-71;
- W. FRISCH, *Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus* in A. VON HIRSCH, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT;
- D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità (dir. amm.)*, *Diritto online* 2012, Treccani.it.
- G.W.F HEGEL, *Werke in zwanzig Bänden*, hrsgg. von MOLDENHAUER u. K.M MICHEL Bd. 77, Frankfurt, 1996.
- L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009;
- H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968;
- T. HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen, 2011;
- T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*; Berlin, 1999;
- T. HÖRNLE, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität* in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.);
- D.KAHNEMAN, D.A.SCHKADE & C.R.SUNSTEIN, *Shared outrage and erratic awards; The psychology of punitive damages*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1998;
- I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785;
- T. KIRCHENGAST, *Proportionality in Sentencing and the Restorative Justice Paradigm: 'Just Deserts' for Victims and Defendants Alike?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 4 (2):197-213, 2010;
- V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, Treccani.it, *Libro dell'anno del diritto*, 2013;

- A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Heft 3, 2013, S. 1292-1299;
- A. MOSBACHER, *Kants präventive Straftheorie*, ARSP 90, 2004, S. 219; L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwaertigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009;
- T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981;
- A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1979, S. 1189, jetzt in *derselbe, Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Bd. III, Mailand, 2009;
- M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli Usa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, S. 726;
- P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Justice, Liability and Blame*, Westview Press USA, 1995.
- P.H. ROBINSON, J.M.DARLEY, *Why do we punish? Deterrence and Just Deserts as motives for punishment*, in *Journal of personality and social psychology*, 2002;
- P.H.ROSSI, E.WAITE, C.E.BOSE & R.E.BERK, *The seriousness of crimes: Normative structure and individual differencies*, , in *American Sociological Review*, 1974;
- J. RYBERG, *The ethics of proportionate punishment*, Dordrecht/Boston/London, 2004.
- A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *Crime and Justice*, Bd. 16, S. 55-98, The University of Chicago Press, 1992;
- D.E.SCHEID, *Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment, a critique*, in *Philosophical Topics*, Bd. 18, 1990;
- D.E.SCHEID, *Davis, Unfair Advantage Theory and Criminal Desert*, in *Law and Philosophy*, Bd. 1, 1994;
- D. TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico*, XXIX, Padova, 2000;
- T. SELLIN, M.E.WOLFGANG, *The Measurement of Delinquency*, New York, 1964;

A. VON HIRSCH-N. JAREBORG, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit – Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, 1991;

A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis* in *Oxford J Legal Studies*, 1991, 11, (1),

A. VON HIRSCH, *Past or Future Crimes*, Manchester, 1985,

M.WARR, R.F.MEIER & M.L.ERIKSON, *Norms, theories of punishment and publicly preferred penalties for crimes*, in *Sociological Quarterly*, 24, 1983.

R. WASSERSTROM, *Philosophy and Special Issues: Five studies*, 1980

F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l'”antidoto” kantiano*, in F. CAVALLA, F. ZANUSO, S. FUSELLI-VELO DALBRENTA-REGGIO, *Ripensare la pena, Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam 2004, S. 141ff.;

<http://plato.stanford.edu/entries/desert/>, unter dem Stichwort *Desert*, erste Veröffentlichung 14. März 2002, überarbeitet am 12. November 2008.

## *II TEIL*

AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *riv. trim. dir. pen. cont.* 2/2013;

G. ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, *Anmerkung zum Verfassungsurteil Nr. 341/1994 in Cass. pen.* 1, 1995, S. 25;

C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte Costituzionale*, *Giur. Cost.* 2007, 3, 1861;

- F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, Bd. XIX, Turin, 1973;
- D. BRUNELLI, *La Corte Costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. Cost.* 2007, 1, 181;
- D. BRUNELLI, *nota a Corte Cost. 22/2007, La Corte Costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, *Giur. Cost.* 2007, 1, 181;
- V.A. DA SILVA, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, *Oxford Journal*, 31, 2011, S. 273-301;
- M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutica*, in AA.VV., *Persona pena e processo*, a cura di M. GALLO, M. AMISANO, M. CATERINI, 2011;
- S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen* 1997, 01, 134;
- M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Mailand, 1992;
- D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006;
- G. FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.* 1990;
- F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, S. 354;
- G. FLORA, *Oltraggio a pubblico ufficiale nel pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Nr. 12, S. 1449; R. PASELLA, *Reintroduzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (Hrsg.), *“Sistema penale e sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Mailand, 2009;
- G.L. GATTA, *La resurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, ne *Il “Pacchetto sicurezza”*, Turin, 2009 (herausgegeben von O. MAZZA, F. VIGANÒ), 153 ff.;
- F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: Patteggiamento e Verständigung a confronto*, *Cass. pen.* 2013, Bd. 9, S. 3282B;

- P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln, 1961;
- G. MARTIELLO, *Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale: una “riesumazione” davvero necessaria?*, in *Ius17, Studi e materiali di diritto penale*, 2010, S. 180 ff.;
- A. MELCHIONDA, *Legge 5 dicembre 2005 n. 251 – Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanza di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione* (GU 7.12.2005 n. 285), *La Legislazione Penale*, 2006, 440;
- A. PAGLIARO, *Sproporzione e irragionevolezza dei livelli sanzionatori o sproporzione irrazionale*, in *Giur. Cost.* 1997, 774;
- F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1998, 02, 350
- A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene, e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, IV, 1971;
- L. PRISCOLI-F. FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.* 2008, 10, 3810;
- A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)* Anmerkung zum Urteil des Verfassungsgerichtshofs Nr. 279 vom 22. November 2013 in *Giur. Cost.*, Bd. 6, 2013, S. 4542;
- A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. cost.* 2011, S. 573 ff.
- M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 207
- R. VON JEHRING, *Der Zweck im Recht*, 1883;

*Rechtsprechung*

BVerfGE 7, 377  
BVerfGE 30, 292  
BVerfGE 19, 330  
BVerfGE 11, 30

Corte Cost. Nr. 218/74  
Corte Cost. Nr. 218/74  
Corte Cost. Nr. 176/76  
Corte Cost. Nr. 26/79  
Corte Cost. Nr. 103/82  
Corte Cost. Nr. 409/1989.  
Corte Cost. Nr. 313/1990  
Corte Cost. Nr. 330/90  
Corte Cost. Nr. 343/1993,  
Corte Cost. Nr. 422/1993,  
Corte Cost. Nr. 341/94  
Corte Cost. Nr. 220/1995  
Corte Cost. Nr. 2/1999  
Corte Cost. Nr. 325/ 2005  
Corte Cost. Nr. 394/2006  
Corte Cost. Nr. 22/2007  
Corte Cost. Nr. 192/2007  
Corte Cost. Nr. 161/ 2009  
Corte Cost. 47/2010  
Corte Cost. Nr. 252/2012  
Corte Cost. Nr. 140/2013  
Corte Cost. Nr. 143/2013.  
Corte Cost. Nr. 279/2013

EuGH., 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56;  
EuGH., 14.12.1962, in den zusammengelegten Verfahren C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ff.; EuGH, 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Racc.*, 1964;  
EuGH., 17.12.1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970;  
EuGH., 24.10.1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Racc.*, 1973;

### TEIL III

H.-J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität; eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin, 1994;

R. ALEXY, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, 1993,

N.K. ANDROULAKIS, *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität?*, in *FS für W. Hassemer*, Heidelberg, 2010, S. 271 ff.;

W. BOTTKÉ, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in *FS für K. Volk*, München, 2009, S. 93 ff.;

H.J. BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, Köln, 1985,

A. CANTZLER, *Die Neufassung der Brandstiftungsdelikte*, in *JA*, 1999, 6, S. 474-479.

V.A. DA SILVA, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, 2, Bd. 31, S. 273-301

K. DIPPEL, § 173, in *LK-StGB*, Bd. 6, 12. Aufl., 2010, S. 721; T. LENCKNER - N. BOSCH, § 173, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, 28. Aufl., München, 2010, S. 1607;

A. ESER, *Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen BVerfGE 45, 187 und BGH-GSSt 1/81*, in *NStZ*, 1981, 10;

T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., München, 2011, S. 1106 ff.;

W. FRISCH, *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeit*, in *NStZ*, 2013, S. 252;

W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, in *Festschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1987, 99;

W. FRISCH, *Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 155ff.;

M. FROMMEL, § 173, in *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 2, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010

M. FROMMEL in U. KINDHÄUSER/U. NEUMANN/A.U. PAEFFGEN, § 182 *StGB*, 2013 Rn. 4 ff.;

N. GAZEAS, T. GROSSE-WILDE, in *NStZ*, 2009, S. 593-594; vgl. hierzu auch die Entscheidung BGH 3 StR 243/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG Frankfurt a.M.), Rn. 24;

K. GEPPERT, *Zum „Waffen“-Begriff, zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“, zur „Scheinwaffe“ und zu anderen Problemen im Rahmen der neuen §§ 250 und 244 StGB*, in *Jura*, 1999, 11, S. 599-605;

A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 26 September 2013, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/2506-il\\_caso\\_belpietro\\_c\\_italia\\_la\\_pena\\_detentiva\\_per\\_la\\_diffamazione\\_contraria\\_all\\_art\\_10\\_cedu/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/2506-il_caso_belpietro_c_italia_la_pena_detentiva_per_la_diffamazione_contraria_all_art_10_cedu/), letzte Einsicht: 31.01.2015;

L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS*, 5, 2008, S. 234 ff.;

G. GRÜNWARD, *Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung?*, in *MDR*, 1959;

A. GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, 2010, S. 49;

A. GULLO, *Verso la riforma delle pene per la diffamazione*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), abrufbar unter: [http://www.treccani.it/enciclopedia/verso-la-riforma-delle-pene-per-la-diffamazione\\_%28Il\\_Libro\\_dell%27anno\\_del\\_Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/verso-la-riforma-delle-pene-per-la-diffamazione_%28Il_Libro_dell%27anno_del_Diritto%29/), letzte Einsicht: 31.01.2015;

H.L. GÜNTHER, *Lebenslang für „heimtückischen Mord“? Das Mordmerkmal „Heimtücke“ nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen*, in *NJW*, 1982, 8, S. 353;

- R. HEFENDEHL (Hrsg.), *Grenzlose Vorverlagerung des Strafrechts?* Berlin, 2010;
- R. HEFENDEHL, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, in R. HEFENDEHL-A.VON HIRSCH-W. WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden 2003;
- B. HELLFELD, *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat § 89a StGB*, Hamburg 2011;
- H. HENKEL, *Die „richtige“ Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969.
- L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981;
- T. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsrechtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in NJW, 2008, S. 2085 ff.;
- T. HÖRNLE, *Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in Jura 1998, 4, S. 169-182;
- T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999;
- T. HÖRNLE, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *zit.*, S. 99ff.;
- C. JÄGER, *Die Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis*, in JuS, 2000, 1, S. 31-39.
- H.H. JESCHECK, T.WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996;
- H.H. JESCHECK, O. TRIFFTERER, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?* Baden-Baden, 1978;
- S. KARST, *Die Entkriminalisierung des § 173 StGB*, Frankfurt am Main, 2009, S. 237-239; C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzestes*, in StV, 2009, S. 544 ff
- P.K. KAUFFMANN, *Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten – Strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Grenzen der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, Hamburg 2011;

- ARTH. KAUFMANN, *Die Radbruch'sche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in *NJW*, 1995;
- ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1976;
- D. KRAUB, *Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzeistes (BVerfGE 120, 224)*, Ebd. S. 423 ff.;
- C. KREB, *Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, S. 633;
- V.C. MERTENS, *Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009 – Über (Vor- und) Nachteile des § 89a StGB*, Hamburg 2012.
- M. MONTANARI, *Il Senato approva il ddl. in materia di diffamazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 11. November 2014, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20/-/3427-il\\_senato\\_approva\\_il\\_ddl\\_in\\_materia\\_di\\_diffamazione/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20/-/3427-il_senato_approva_il_ddl_in_materia_di_diffamazione/), letzte Einsicht: 31.01.2015
- B. NOLTENIUS, *Grenzloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 2008*, in *ZIS*, 2009, S. 15 ff.;
- H. OTTO, *Die Neufassung der §§ 177-179 StGB*, in *Jura*, 1998, 4, S. 210-215;
- W. PERRON, J. EISELE in: A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *§ 182 StGB*, 2014, Rn. 2;
- J. PUSCHKE, *Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte*, in R. HEFENDEHL (Hrsg.), *Grenzlose Vorverlagerung des Strafrechts?* Berlin, 2010
- G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, S. 105;
- G. RABRUCH, *Privatissimum der Rechtspflege*, in *Wiesbadener Kurier* vom 23.9.1947
- C. RITSCHER, *§ 173*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 3, 2. Aufl., München, 2012, S. 1209 ff.; S. RIONDATO, *Introduzione a "Famiglia" nel diritto penale italiano*, in P. ZATTI (Hrsg.), *Trattato di diritto di famiglia*, Bd. 4. Rome, 2011, S. 17 ff.
- C. ROXIN, *Radius*, Heft 3, S. 33-37;

- C. ROXIN, *Prävention und Strafzumessung*, in *Festschrift für H.J. Bruns*, Berlin, Köln, Bonn, München, 1978;
- U. SCHEFFLER, *Von zeitiger lebenslanger und lebenslanger zeitiger Freiheitsstrafe*, in *Juristische Rundschau*, 1996, 12, S. 485;
- H. SCHÖCH, *Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung zur Trunkenheit im Verkehr*. Stuttgart, 1973, S. 79 ff.;
- H. SCHÖCH, *Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des §46 Abs. 1 StGB*, in *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, S. 255;
- F.C. SCHRÖDER, *Das neue Bild des Strafgesetzbuchs*, in *NJW*, 1999, 49, S. 3612;
- B. SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der sogenannten Radbruchschen Formel – Notizen zu einem kultur- und kommunikationsbezogenen Rechtsbegriff*, in P. KARDAS (Hrsg.), *Panstwo Prawa i Prawo Karne, Jubiläumsschrift für Andrzej Zoll*, Warschau, 2012, Bd. II, S. 251 – 263;
- B. SCHÜNEMANN, *Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H.J. ALBRECHT (Hrsg.), *Tatproportionalität – Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Buchenbach Symposium, Heidelberg*, 1999,
- M.G. TISCHLER, *Der Geschwisterinzeß bei über 18-Jährigen*, Hamburg, 2009, S. 136 ff.;
- H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *§ 46 StGB*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2000, Rn. 11;
- S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l'abolizione della pena detentiva per la diffamazione*, Anmerkungen zu: Cass. pen., V, 11.12.2013, Nr. 12203, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 17. April 2014, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/2992-cronaca\\_giudiziaria\\_un\\_primo\\_passo\\_della\\_corte\\_di\\_cassazione\\_verso\\_l\\_abolizione\\_della\\_pena\\_detentiva\\_per\\_la\\_diffamazione/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/20-/2992-cronaca_giudiziaria_un_primo_passo_della_corte_di_cassazione_verso_l_abolizione_della_pena_detentiva_per_la_diffamazione/), letzte Einsicht: 31.01.2015

F. VIGANÓ, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, Anmerkungen zu: Cass., pen., sez. V, 26 September 2012 Nr. 41249, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 24. Oktober 2012, abrufbar unter [http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1801-sulle\\_motivazioni\\_della\\_cassazione\\_nel\\_caso\\_sallusti/](http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1801-sulle-motivazioni-della-cassazione-nel-caso-sallusti/), letzte Einsicht: 31.01.2015;

J. WESSELS, M. HETTINGER, *Strafrecht Besonderer Teil/1*, Karlsruhe, 2013;

P. WITTIG, § 173, in H. SATZGER - B. SCHMITT - G. WIDMAIER, *StGB-Kommentar*, Köln, 2009, S. 1075;

G. WOLTERS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *JZ*, 1998, 8, S. 397-400;

T. WÜRTHENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Erlangen, 1970, S. 157-175.

### *Rechtsprechung*

BVerfGE 120, 224, auch in *NJW*, 2008, 1137  
BVerfGE 88, 203, 257 f.  
BVerfGE 90, 145, 172; 25, 269, 286; 88, 203, 258.  
BVerfGE 90, 145, 173.  
BVerfG, in *NJW*, 2007, S. 1666.  
BGH 3 StR 243/13 – Urteil vom 8. Mai 2014 (LG Frankfurt a. M.).  
BVerfGE 90, 145  
BVerfGE 13, 97, 115 und BVerfGE 9, 338, 346  
BVerfG, Beschluß vom 13.2.1973 - 2 BvL 8/71, in *NJW*, 1973, S. 797.  
BVerfGE 126, 170, 197; BVerfG, Beschluß vom 21. Dezember 2004 - 1 BvR 2652/03, *NJW* 2005, 349, 350.  
BVerfGE 50, 205, Beschluß vom 17.1.1979 – 2 BvL 12/77 Ergangen auf Vorlagebeschluss, Köln, auch in *NJW*, 1979, S. 1039  
BGH vom 19.4.1989, in *NJW*, 1989, S. 2549.  
BGHSt 30, 105.  
BVerfGE 45, 187, auch in *NJW*, 1977, S. 1525

*Stübing v. Deutschland*, Individualbeschwerde Nr. 43547/08, EGMR, Fünfte Sektion, 12.04.2012

*Laskey, Jaggard und Brown v. Vereinigtes Königreich*, Individualbeschwerden Nr. 21627/93; 21628/93; 21974/93, EGMR, 19.02.1997;

*Belpietro gegen Italien*, Individualbeschwerde Nr. 43612/10, EGMR, Zweite Sektion, 24.09.2013

*Ceylan gegen Türkei*, Individualbeschwerde Nr. 23556/94, EGMR, Große Kammer, 08.07.1999

*Tammer gegen Estland*, Individualbeschwerde Nr. 41205/98, EGMR, Erste Sektion, 06.02.2001

*Cumpana und Mazare gegen Rumänien*, Individualbeschwerde Nr. 33348/96, EGMR, Große Kammer, 17.12.2004

*Stellungnahme* des Ethikrates vom 24.09.2014 über das Inzestverbot, abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-inzestverbot.pdf>, letzte Einsicht: 13.01.2015, S. 74.

Webseite der Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, letzte Einsicht: 8.1.2014.

#### *TEIL IV*

G. ARZT, *Zu den Auswirkungen der tatbestandlichen Ausgestaltung des 211 StGB (Gutachten für das BVerfG)*, in H.H. JESCHECK, O. TRIFFTERER (Hrsg.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, Baden-Baden, 1978 S. 141-155;

G. BEMMANN, *Für und Wider der Vereinheitlichung der Freiheitsstrafen*, GA 1967, 129, 139.

- I. CASTILLO VAL, *Constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estados Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 4. Juli 2012, abrufbar unter: [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1612-constitucionalidad\\_del\\_presidio\\_perpetuo\\_efectivo\\_para\\_los\\_adolescentes\\_en\\_estados\\_unidos\\_un\\_fallo\\_esperanzador\\_pero\\_todav\\_a\\_t\\_mido/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1612-constitucionalidad_del_presidio_perpetuo_efectivo_para_los_adolescentes_en_estados_unidos_un_fallo_esperanzador_pero_todav_a_t_mido/), letzte Einsicht: 31.01.2015;
- F. CECCHINI, *'Svuota-carceri' e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 16 September 2014, [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/-/3259-\\_\\_svuota\\_carceri\\_\\_e\\_liberazione\\_anticipata\\_speciale\\_\\_decreto\\_legge\\_non\\_convertito\\_e\\_successione\\_diLeggi\\_penali\\_nel\\_tempo/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/-/3259-__svuota_carceri__e_liberazione_anticipata_speciale__decreto_legge_non_convertito_e_successione_diLeggi_penali_nel_tempo/), letzte Einsicht: 31.01.2015.
- A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, auf [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 13. Oktober 2014, abrufbar unter: <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/3343-/>, letzte Einsicht: 31.01.2015.
- M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 3/2013, S. 1187 ff
- L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine? <“Nicht mit der Justiz zusammenarbeitender“, lebenslang Verurteilter nach Art. 4-bis, Abs. 1, StVollzG und die Rechtswohlthaten des Strafvollzugs: Einziger Fall des ununterbrochen, unveränderlichen Freiheitsentzugs ohne Aussicht auf ein Ende?>*, in *Cass. Pen.* 2012, 4, S. 1220;
- G. GRÜNWARD, *Das Rechtsfolgensystem des Alternativentwurfs*, in *ZStW*, 80, 1968, S. 99;
- C. MINNELLA, *Liberazione anticipata speciale "integrativa": è concedibile il beneficio ai condannati 4-bis?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), veröffentlicht am 15 Januar 2015, abrufbar unter: <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/-/3568->

liberazione\_anticipata\_speciale\_\_\_integrativa\_\_\_\_\_concedibile\_il\_beneficio\_ai\_c  
ondannati\_4\_bis/, letzte Einsicht: 31.01.2015;

F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali* <*Fakten und gute Absichten. Zur Reform der Strafsanktionen*>, in *www.penalecontemporaneo.it*, veröffentlicht am 10. Februar 2014),

A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. Cost.* 2011;

C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.* n.1/2012;

F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 4. Juli 2012;

H. WEBER, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe über Tatschuld und positive Generalprävention*, in *MschKrim*, 1990, 73, S. 65-81;

#### *Rechtsprechung:*

BGH 13.7.1976 – 1 StR 379/76, in *NJW*, 1977, S. 1755  
BVerfGE 45, 187, in *NJW*, 1977, S. 1525.

Corte Cost. Nr.12/1966

Corte Cost. Nr. 21/1971

Corte Cost. Nr. 167/1973

Corte Cost. Nr. 64/1974

Corte Cost. Nr. 264/1974

Corte Cost. Nr. 119/1975

Corte Cost. Nr. 25/1979

Corte Cost. Nr. 104/1982

Corte Cost. Nr. 137/1983

Corte Cost. Nr. 237/1984

Corte Cost. Nr. 23,102 und 169/1985

Corte Cost. Nr. 1023/1988

Corte Cost. Nr. 168/1994.

*Kafkaris gegen Zypern*, Individualbeschwerde Nr. 21906/04, EGMR, Große Kammer, 12. Februar 2008;

*Torreggiani gegen Italien*, Individualbeschwerden Nr. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 und 37818/10, EGMR, zweite Kammer, 8. Januar 2013;

*Vinter, Harkins, Edwards gegen Vereinigtes Königreich*, Individualbeschwerden Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, EGMR, Vierte Sektion, 17. Januar 2012, und *dieselben*, EGMR, Große Kammer, 9. Juli 2013;

*László Magyar gegen Ungarn*, Individualbeschwerde Nr.73593/10, EGMR, zweite Sektion, 20. Mai 2014