

Der Beitrag diskutiert die Relevanz des Rechtsstaatstopos spezifisch in Bezug auf das Strafrecht und das Strafverfahren. Zunächst wird dargestellt, aus welchen Gründen dieses Rechtsgebiet in besonderer Weise rechtsstaatsaffin und rechtsstaatsbedürftig ist. Nach einer begrifflichen Annäherung werden anhand der richterlichen Unabhängigkeit und der Debatte um das Feindstrafrecht die Herausforderungen, denen sich ein rechtsstaatliches Strafverfahren und ein rechtsstaatliches Strafrecht ausgesetzt sehen, gezeichnet.

I. Einleitung

Wenn es nun um die Bedeutung des Rechtsstaats für das Strafrecht geht, müssen wir zunächst klären, was das Spezifikum des Strafrechts ausmacht und warum dieses Proprium zum Rechtsstaat in einer ganz besonderen Beziehung steht. Mein erster Schritt wird beleuchten, weswegen das Strafrecht in besonderer Weise mit dem Topos des Rechtsstaats verknüpft ist und warum gerade das Strafrecht auf den Rechtsstaat angewiesen ist. Dabei verstehe ich das Strafrecht umfassend als das gesamte Strafrecht. Das meint, dass das Strafrecht und das Strafprozessrecht als zwei Seiten einer zusammenwirkenden Wirklichkeit zu verstehen sind. Ich bleibe damit ganz in der Tradition von Franz von Liszt, der fast ein Jahrzehnt hier in Halle gelehrt hatte und damit einer der Vorgänger auf meinem Lehrstuhl gewesen war.

Im zweiten Schritt ist der Begriff des Rechtsstaats zu klären. Der dritte Schritt ist dann wieder ein genuin strafrechtlicher. Ich werde mich mit den Anfechtungen befassen, denen sich der Rechtsstaat in heutigen Zeiten ausgesetzt sieht, und zwar an ausgewählten Beispielen aus dem Bereich des gesamten Strafrechts.

II. Strafrecht und Rechtsstaat

Was hat das Strafrecht mit dem Rechtsstaat zu tun?

Der Rechtsstaat, wie er sich in demokratisch verfassten Staaten darstellt, unterwirft sich bestimmten Grenzen. Das Konzept des Rechtsstaats hat Begrenzungs- und Schrankenfunktion. Es grenzt staatliche Maßnahmen ein und unterwirft es bestimmten Regeln, die wie eine Schranke für das Staatshandeln wirken. Damit begrenzt der Rechtsstaat den strafenden Staat und folglich das Strafrecht. Auf der anderen Seite kommt der Rechtsstaatlichkeit für den Einzelnen, welcher sich dem strafenden Staat gegenübergestellt sieht, freiheitsbewahrende Funktion zu. Er ist nur in den Grenzen der gesetzlich bestimmten Strafnormen dem staatlichen Strafanspruch ausgesetzt, nicht darüber hinaus. Insofern ist ein rechtsstaatlich gefasstes Strafrecht im Sinne des *Franz von Liszt* die „Magna Charta“ des Verbrechers.¹

Dass Grenzziehungen notwendig sind, ist unmittelbar einleuchtend. Denn das Strafrecht begründet die intensivsten

Eingriffe in die Rechte der Bürger, die dem Staat zur Verfügung stehen.² Das Strafrecht wendet Zwang gegenüber dem Einzelnen an.³ Die Eingriffe können bis zur Zerstörung der bürgerlichen Existenz reichen. Bei *Franz Kafka* lesen wir „In der Strafkolonie“, wie dem Delinquenten mit feinen Nadeln der Tenor seines Urteils immer tiefer in den Körper hineingeritzt wird. Der Delinquent soll das Strafurteil im wahrsten Sinne am eigenen Leib erfahren.⁴ Für diejenigen, die nicht mehr *Kafka* lesen, dessen 100. Todestag wir in diesem Jahr begangen haben, bietet die *Harry Potter*-Welt ein vergleichbares Bild: *Joanne Rowling* lässt ihren Protagonisten bei der erbärmlichen und sadistischen Schulleiterin *Dolores Jane Umbridge* eine Strafarbeit schreiben: Wenn er niederschreiben muss, er solle keine Lügen erzählen, werden parallel auf seinem Handrücken durch Zauberei diese Worte eingeritzt.⁵ Beide Bilder führen uns deutlich vor Augen, was mit der hohen Eingriffsintensität gemeint ist, die so nur dem Strafrecht eigen ist.

Das Strafrecht trifft dabei keineswegs nur den Straftäter, dem wir Straftaten zurechnen. Oft übersehen wird, dass in der realen Welt mit der Strafe Kollateralschäden verbunden sind, die in die Lebenswelt völlig Unbeteiligter und Schuldloser eingreifen. *Kölbel* hat dies eindrücklich herausgearbeitet; er nennt es die dunkle Seite des Strafrechts.⁶ Das persönliche Umfeld des Straftäters, der in Untersuchungs- oder Straftaft genommen wird, ist immer zugleich mit tangiert. Die sozialen und emotionalen Kontakte des Inhaftierten werden marginalisiert. Sexualekontakte sind gänzlich aufgehoben. Bei Kindern hat die Lösung vom Elternteil und der Wegfall der elterlichen Erziehung und Sorge nachteilige Auswirkungen auf das sonst hochgehaltene Kindeswohl. Die elterliche Inhaftierung ist ein nachgewiesener Risikofaktor für psychische Erkrankungen und eigene Strafanfälligkeit.⁷

Das Strafrecht ist wegen seiner einschneidenden Reichweite in besonderer Weise für staatlichen Missbrauch anfällig. Politische Gegner lassen sich mit ihm ohne weiteres neutralisieren. Erwähnt seien nur der mutmaßlich getötete Oppositionelle *Alexei Anatoljewitsch Nawalny* (Russland) und der Menschenrechtsaktivist *Osman Kavala* (Türkei)⁸, welche in

² *Kühl*, in: Kempf/Jansen/Müller (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II: Verstehen und Widerstehen, 2006, S. 341 ff.; *Dannecker*, JöR 52 (2004), 127 (129 f.).

³ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 2.

⁴ „Kennt er sein Urteil?“ ... „Nein,“ sagte der Offizier wieder, ... „Es wäre nutzlos, es ihm zu verkünden. Er erfährt es ja auf seinem Leib.“, *Kafka*, in: Raabe (Hrsg.), Sämtliche Erzählungen, 1970, S. 100 (104).

⁵ *Rowling*, *Harry Potter und der Orden des Phönix*, 2003, S. 315.

⁶ *Kölbel*, NK 2019, 249 ff.

⁷ *Kölbel*, NK 2019, 262.

⁸ Der EGMR, (Kammer II), Entsch. v. 10.12.2019 – 28.749/18, hat die Türkei wegen Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 4 EMRK sowie von Art. 18 EMRK i.V.m. Art. 5 Abs. 1

* Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht an der Martin-Luther-Universität.

¹ v. *Liszt*, in: ders. (Hrsg.), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1905, S. 80.

absurden Strafverfahren wegen konstruierter Vorwürfe zu wahnwitzigen Strafen verurteilt wurden. Der politische Missbrauch wird dann perfide, wenn er mit der nach europäischem Verständnis mit den Menschenrechten unvereinbaren Todesstrafe verknüpft ist. Besonders eindrücklich haben die Deutschen das im Dritten Reich erlebt, als die ordentliche Justiz, also nicht nur die Militärgerichte, über 16.000 Menschen hinrichten ließen. 40.000 Todesurteile durch die Militärgerichte kamen hinzu.⁹ Im gesamten Ersten Weltkrieg lag diese Zahl im Deutschen Reich im unteren dreistelligen Bereich, nämlich bei 141! Diese Form von Blutjustiz während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft lässt sich rechtsstaatlich unter keinem Aspekt rechtfertigen.

Die Gefahren solch eines Strafrechts sind in der Moderne keineswegs gebannt. Der Iran nutzt dieses Mittel extensiv, um die aufstrebenden Freiheitsbewegungen, gerade auch die der Frauen, im eigenen Land zu unterdrücken. Besonders gefürchtet ist der Pseudo-Richter Abolqasem Salavati eines sog. Revolutionsgerichts, auf den mehrere willkürliche Todesurteile zurückgehen. Insgesamt soll der Iran im Jahr 2023 über 834 Menschen hingerichtet haben. So berichten es die Menschenrechtsorganisationen „Iran Human Rights“ und „Together Against Death Penalty“. Die Zahlen werden als glaubhaft eingeschätzt.¹⁰ Die dortigen Justizverbrechen zeigen deutlich: Mit dem strafrechtlichen Machtapparat kann der Staat nicht nur die soziale, sondern auch die biologische Existenz des Menschen vernichten.

Nicht nur faktisch, auch dogmatisch wie straftheoretisch gesehen, besteht zwischen strafrechtlichen Eingriffen und anderen, schlichten Grundrechtseingriffen durch den Staat ein „qualitativer Sprung“,¹¹ ein Gefälle. Erstens steht stets bei einer Strafe auch die Freiheitsstrafe im Hintergrund. Das gilt selbst dann, wenn eine Geldstrafe als schuldangemessen ausgeworfen wird. Sozusagen dahinter wartet die Ersatzfreiheitsstrafe, so dass aus Geldstrafe eine Haftstrafe werden kann.

Auf der Metaebene zeigt sich die Strafe ebenfalls als qualitatives aliud. Wir greifen zweitens mit ihr öffentlich missbilligend in die Rechtssphäre des Verurteilten ein und legen ihm nicht nur ein erhebliches Übel auf. Wir sprechen davon, dass mit einer strafrechtlichen Verurteilung ein öffentliches sozialetisches Unwerturteil über den Täter verbunden ist.¹² Das korrespondiert mit dem gewichtigen sozialetischen

Unwerturteil, welches wir mit dem strafbaren Verhalten verknüpfen.¹³ Das Element des schweren Tadels kommt anderen staatlichen Urteilen zu Lasten eines Einzelnen nicht zu.

Das Strafprozessrecht steht dem in keiner Weise nach. Nicht von ungefähr sehen *Roxin* und *Schünemann* im Strafverfahrensrecht den Seismographen der Staatsverfassungen.¹⁴ Auch wenn wir den Beschuldigten längst als Subjekt des Strafverfahrens begreifen, kann von der viel apostrophierten „Waffengleichheit“ nicht wirklich die Rede sein. Der Beschuldigte muss sich Durchsuchungen seiner privaten Wohnung und seines Körpers gefallen lassen. Er sitzt, obwohl nur ein – zugegebenermaßen dringender – Tatverdacht besteht, unter Umständen monatelang in Untersuchungshaft. Das ist ein besonders einschneidender Eingriff nicht nur in die persönliche Freiheit: der Betroffene verliert seine sozialen Bezüge in der Familie und im Freundeskreis. Er wird arbeitslos oder vom Arbeitgeber suspendiert. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist aufgehoben. Es gibt auch hier kein Sexualleben, der eigene Alltag wird umfassend reguliert, soziale Kontakte im Gefängnis sind vorgegeben, kulturelle und mediale Verkümmern treten ein.¹⁵ Nach vorliegenden Studien ist die Suizidrate in Haft im Vergleich zur Gesellschaft in Freiheit gerade in der Untersuchungshaft deutlich erhöht.¹⁶ Erstmals Inhaftierte erleiden einen Schock; Zukunftsängste machen sich breit.¹⁷

Die besondere Eingriffstiefe zeigt sich mittelbar auch in einem völlig anderen Zusammenhang. Der Gesetzgeber reagiert insbesondere auf terroristische Ereignisse mit einer weiten Vorverlagerungen der Strafbarkeit. Es ist damit eine Verpolizeilichung des Strafrechts zu beobachten: Es soll als originär repressiv gedachtes Instrument nicht erst mittelbar über Strafandrohung und Strafverurteilung präventiv wirken. Statt Repression dient es nun der unmittelbaren Prävention. Die Grenze zwischen Strafrecht einerseits und Polizeirecht andererseits verschwimmt immer mehr. Das politische Kalkül dahinter liegt auf der Hand: die Sicherheitspolitik ist mit diesem Ansatz auf die besonders einschneidenden Ermittlungsbefugnisse bis hin zur Untersuchungshaft aus, welche

EMRK verurteilt und die sofortige Freilassung von Osman Kavala angeordnet.

⁹ Vgl. *Wittreck*, JöR 49 (2001), 157 (165 Fn. 27). Weiteres Zahlenmaterial findet sich bei *Hohmann*, in: Boulanger/Heyes/Hanfling (Hrsg.), *Zur Aktualität der Todesstrafe, Interdisziplinäre und globale Perspektive*, 2. Aufl. 2002, S. 247 (256).

¹⁰ Vgl. SZ vom 9./10.3.2024, S. 9.

¹¹ *Schünemann* nach *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 90.

¹² BVerfGE 120, 224 (240); *Jescheck/Weigend* (Fn. 3), S. 65; das gilt europaweit, siehe *Generalanwalt Jacobs*, Schlussanträge v. 3.6.1992 zu EuGH, Urt. v. 27.10.1992 – C-240/90 (Deutschland v. Kommission) = Slg. 1992, I-5383, Rn. 11.

¹³ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 99.

¹⁴ *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl. 2022, S. 11.

¹⁵ *Kölbel*, NK 2019, 261.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/31444, S. 12 f.; BT-Drs. 20/8116, S. 11; *Rosenau/Flaig*, in: Baur/Gächter/Gothenzi/Mausbach/Michel/Staudinger-Fürer (Hrsg.), *Entwicklung im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health*, Festschrift für Brigitte Tag, 2024, S. 351 (356); *Hillenkamp*, in: Baur/Gächter/Gothenzi/Mausbach/Michel/Staudinger-Fürer (a.a.O.), S. 221; *Bennefeld-Kersten*, *Suizide von Gefangenen in Deutschland 2000–2012*, 2012, S. 36 (42 ff.); *Lindemann*, *medstra* 2021, 344; *Meischner-Al-Mousawi/Hartenstein/Spanaus/Hinz*, *Forum Strafvollzug* 2020, 250 ff.; *Nedopil/Müller*, *Forensische Psychiatrie*, 5. Aufl. 2017, S. 403; *Suhling/Dietzel*, *Suizide im deutschen Justizvollzug 2000 bis 2017*, 2018, S. 11 f.

¹⁷ *Mausbach*, in: Tag/Groß (Hrsg.), *Tod im Gefängnis*, 2012, S. 151 (153 f.).

im Polizeirecht so (noch) nicht möglich sind. Das setzt aber erst einmal voraus, dass das Handeln im Vorfeld überhaupt unter Strafe gestellt wird. Wiederum wird uns die spezifische Grundrechtsrelevanz der strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen vor Augen geführt.

Das Strafverfahren steht entsprechend in unmittelbarem Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Geboten. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Grundsatz des fair trial werden aus ihnen in der ständigen Rechtsprechung des BVerfG abgeleitet.¹⁸ Die die Beschuldigtenrechte schützenden Maximen des Strafprozesses, welche in ihrer Gesamtheit die Balance zwischen notwendigem Eingriff und möglicher Freiheitswahrung herstellen, sind entsprechend nicht nur im fair trial des Art. 6 EMRK verankert, wo dieser Grundsatz ausdrücklich erwähnt wird, sondern auch im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG.

Begrenzungen sind notwendig. Wenden wir uns wieder dem materiellen Strafrecht zu. Hier ist das Übermaßverbot zentral. Der Gesetzgeber ist zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet. Für das Strafrecht konkretisiert sich diese zum Gebot, es nur als ultima ratio einzusetzen.¹⁹

Das Strafrecht und das Strafverfahren bilden damit elementare Prüfsteine für die Idee des Rechtsstaats. Der Staat muss sich bei der Frage, was straffähig und strafwürdig ist und mit welchen Rechtsfolgen belegt werden kann, und auf welche Art und Weise ein solcher Strafanspruch formell umgesetzt werden darf, an den Anforderungen messen lassen, welche die Rechtsstaatlichkeit aufstellt.

III. Der Begriff des Rechtsstaats

Dabei ist zunächst notwendig, sich des Begriffs und Inhalts des Rechtsstaats zu vergewissern. Das ist eine keineswegs triviale Frage. Womöglich liegen gerade im unterschiedlichen Verständnis dessen, was den Rechtsstaat ausmacht, die globalen Missverständnisse begründet. Hier in Halle an der Saale als einem Ort der Transformation von der sozialistischen zur demokratischen Gesellschaftsordnung ist der historische Rückblick hilfreich. Denn die Unklarheit um den Rechtsstaatsbegriff wird daran deutlich, dass bis heute umstritten ist, ob die untergegangene DDR ein Unrechtsstaat oder doch nur ein Nicht-Rechtsstaat gewesen ist.²⁰ Eine bislang konsensfähige Definition fehlt.²¹ Man behilft sich damit, dass Basis-

elemente aufgezählt werden, die in ihrer Gesamtheit und im Zusammenwirken die Rechtsstaatlichkeit ausmachen.²² Genannt werden die effektive Gewährleistung der Menschen- und Bürgerrechte, die Gesetzmäßigkeit der Exekutive, die Kontrolle durch unabhängige Gerichte, die Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns, um die wichtigsten Elemente zu nennen.²³ Was aber wie und in welcher Ausprägung vorhanden sein muss, bleibt einigermaßen undeutlich. Der Rechtsstaat ist ein Komplexbegriff, ein Sammelbegriff.²⁴ Vielleicht ist auch in dieser Undeutlichkeit der Grund zu sehen, dass er in vielen Rechtssprachen gar nicht als solcher existiert. Japan ist neben Deutschland eines der wenigen Länder, die ihn kennen. Praktisch in wörtlicher Übersetzung heißt der Begriff hier 法治国家 (hochi kokka).

Überwiegend wird der Rechtsstaat in Deutschland in Art. 20 Abs. 3 GG verortet, auch wenn dort der Begriff als solcher nicht auftaucht. Es heißt dort stattdessen:

„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden“.

Das erinnert entfernt an die „due process“-Klausel im amerikanischen Verfassungsrecht. Manche sprechen wegen der Formulierung auch eher vom Verfassungs- denn vom Rechtsstaat.²⁵ Der materielle Rechtsstaat wird dann als grundrechtssichernder Rechtsstaat des Art. 1 Abs. 3 GG begriffen und die einzelnen Elemente werden mit weiteren Grundrechtsverbürgungen verknüpft: die Willkürfreiheit mit Art. 3 Abs. 1 GG, der effektive Rechtsschutz mit Art. 19 Abs. 4 GG, die Justizgrundrechte mit den Art. 101 ff. GG.²⁶ Der Rechtsstaat bleibt als solcher aber relevant.

Er drückt sich essentiell in der Herrschaft des Rechts aus.²⁷ Politische Macht ist im Rechtsstaat nach Maßgabe von Recht und Gerechtigkeit auszuüben.²⁸ Staatliche Willkür soll ausgeschlossen werden. Strukturell lassen sich formelle und materielle Elemente unterscheiden. Zentral für den formalen Rechtsstaat ist der Vorrang der Verfassung, die verfahrensgemäße Gesetzgebung, der Vorrang und der Vorbehalt der Gesetze für die Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte und die Gewaltenteilung. Die materielle Dimension wird dann mit wesentlichen Aspekten oder Kernelementen umschrieben, in denen sich der Gedanke des Rechtsstaats konkretisiert. Genannt wird die Grundrechtsbindung, die Rechts-

¹⁸ BVerfGE 26, 66 (71); 112, 304 (314); 118, 212 (231).

¹⁹ BVerfGE 120, 224 (239 f.). Der Musterentwurf für Leitlinien im europäischen Strafrecht hält ebenfalls den ultima ratio-Grundsatz als oberste Maxime fest, vgl. *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 83 Rn. 17.

²⁰ Ausführlich zu dieser Debatte *Rosenau*, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze*, 2. Aufl. 1998, S. 121 ff. m.w.N. Aus neuerer Zeit siehe nur *M. Vormbaum*, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, 2015, S. 10; *Beaucamp*, JA 2015, 725 ff.

²¹ *Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S. 3.

²² v. *Münch*, *Der Staat* 33 (1994), 169 f.

²³ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 Rn. 22–30; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG*, 142. Lfg., Stand: Oktober 2009, Art. 20 Rn. 1732–1754.

²⁴ *Kunig* (Fn. 21), S. 15.

²⁵ *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 191.

²⁶ *Kotzur* (Fn. 25), Art. 20 Rn. 191.

²⁷ *Kotzur* (Fn. 25), Art. 20 Rn. 138.

²⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 1.

sicherheit und Rechtsklarheit, die Voraussehbarkeit und der Vertrauensschutz, die Verhältnismäßigkeit, die Effektivität des Rechtsschutzes, verfassungsrechtliche Kontrollmöglichkeiten und die Staatshaftung für vom Staat zu verantwortendes Unrecht.²⁹ Solche Kernelemente bilden eine Art Standard für rechtsstaatlich verfasste Gemeinwesen. An der Aufzählung, die keinesfalls abschließend ist – so fehlt etwa das faire Verfahren – zeigt sich bereits, was mit dem Sammelbegriff gemeint ist, wenn vom Rechtsstaat die Rede ist. Dass der Begriff des Rechtsstaats nicht einfach zu fassen ist und sich im Grunde einer Definition entzieht, bedeutet freilich nicht, dass es den Rechtsstaat nicht gibt. Er setzt aber voraus, dass die nötigen persönlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen im Staatswesen bestehen, wie eine funktionsfähige Gerichtsorganisation, und dass eine entsprechende Rechts- oder Verfassungskultur gelebt wird.³⁰

Der Rechtsstaat ist eines der Strukturprinzipien des Verfassungsstaates. Manche Elemente sind Rechtsregeln, die unmittelbar angewandt werden können, z.B. die Unabhängigkeit der Gerichte, wobei auch hier die Ausprägungen nicht eindeutig sind. Manche sind als Rechtsgrundsätze zu sehen, die durch Ausnahmen durchbrochen werden. Andere stellen sich als Prinzip dar, welches ein Optimierungsgebot bedeutet und durch entgegenstehende Prinzipien eingeschränkt werden kann. Dabei sind die genannten Unterscheidungen nicht trennscharf möglich. Es finden sich auch in der Literatur unterschiedliche Zuordnungen.³¹ Terminologische Klarheit besteht insofern nicht.³² Und das Rechtsstaatsprinzip ist derart vielschichtig und beweglich, dass es die Fähigkeit besitzt, Subprinzipien zu generieren.³³ Auch methodologisch erweist sich der Rechtsstaat als Sammelbegriff. Er ist damit Gegenstand von Gesamtbeurteilungen, Gesamtbetrachtungen, Gesamtabwägungen.

1. Die Bedeutung supranationaler Gerichte

Bei solchen Gesamtbetrachtungen oder Gesamtschauen, also bei der Gesamtabwägung, ob ein strafprozessuales Verfahren oder ein strafrechtlicher Eingriff noch rechtsstaatlichen Anforderungen genügt oder nicht, kommen die Gerichte ins Spiel. Diese sind darin erfahren, Gesamtabwägungen und Gesamturteile vorzunehmen. Dabei kommt im Kontext des Strafens der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) bei der Entwicklung rechtsstaatlicher Grundsätze eine kaum zu überschätzende Bedeutung zu.³⁴ Die EMRK dient als eine Art Referenzboden, auf deren Grundlage der EGMR wichtige rechtsstaatliche Vorgaben im Besonderen für die strafprozessuale Seite entwickelt hat. Er hat sich zugleich zum materiellen Recht geäu-

bert. Das geschieht in der Regel über Art. 6 EMRK, der ein faires Verfahren einfordert. Das ist zwar wie der Begriff des Rechtsstaats ein genauso offener wie schwammiger Begriff, was den EGMR aber nicht abgehalten hat, daraus durchaus ganz konkrete Forderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren abzuleiten.

2. Das Lehrbeispiel der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB)

So ist Deutschland wegen des Konzepts und der Praxis der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) verurteilt worden, obwohl das BVerfG diese zuvor vollständig akzeptiert hatte. Anders als das BVerfG akzeptierte der EGMR die Sicherungsverwahrung nicht ohne weiteres als zweite Spur neben dem Strafrecht, jedenfalls nicht in der Art und Weise, wie sie damals in Deutschland praktiziert wurde. Die Unterschiede zwischen Straf- und Maßregelvollzug seien zu gering. Plastisch gesprochen wurde das Schild an der Zelle des Verurteilten nach Ablauf der Strafe und Übergang in die Sicherungsverwahrung von „Haftgefangener“ in „Untergebrachter“ ausgetauscht. Im Ergebnis widerspreche daher – so der EGMR – die rückwirkende Aufhebung der zeitlichen Höchstverwahrung von 10 Jahren dem strafrechtlichen Rückwirkungsgebot.³⁵

Die Feststellungen des EGMR zwangen den Bundesgesetzgeber zu einer ersten Neuordnung. Kurz nach Inkrafttreten der Neuordnung folgten weitere Judikate des EGMR, die auch das neu gefasste Konzept infrage stellten. So erklärte der EGMR am 13.1.2011 auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB für konventionswidrig. Denn die nachträgliche Sicherungsverwahrung führe zu einer Art Präventivhaft und passe unter keine der in Art. 5 EMRK zugelassenen Freiheitsentziehungen.³⁶ Das ließe sich bei funktionaler rechtsvergleichender Betrachtung³⁷ auch anders sehen.³⁸ Das BVerfG sah sich aber zu einer Kehrtwende der eigenen Rechtsprechung gezwungen, hatte es doch noch 2006 die Verfassungsmäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei einer restriktiven Auslegung uneingeschränkt bejaht.³⁹ Es folgte nun den Vorgaben des EGMR und stellte

³⁵ EGMR NJW 2010, 2495 (2497 Rn. 124, 2498 Rn. 127 sowie 2499 Rn. 129, 133, 135 und 137).

³⁶ EGMR EuGRZ 2011, 255 ff.; so zuvor etwa *Baltzer*, Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters: Eine Herausforderung an den Gesetzgeber, 2005, S. 208; *Bender*, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2007, S. 162; *Rzepka*, Recht & Psychiatrie 2003, 191 (209); *Renzikowski*, JR 2004, 271; a.A. *Hörnle*, StV 2006, 383 (386).

³⁷ Siehe dazu nur *Rosenau*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1597 (1603 ff.) m.w.N.

³⁸ *Rosenau/Peters*, JZ 2007, 584 (586); *Frisch*, in: Heckmann/Schenke/Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S. 959 (973).

³⁹ BVerfG NStZ 2007, 87 f.; *Rosenau*, in: Duncker/Koller/Foerster (Hrsg.), Forensische Psychiatrie – Entwicklungen

²⁹ *Kotzur* (Fn. 25), Art. 20 Rn. 141 f.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 35.

³⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 17.

³¹ Auch zum Vorhergehenden *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 41 ff.

³² *Kunig* (Fn. 21), S. 294.

³³ *Kunig* (Fn. 21), S. 16 f.

³⁴ *Renzikowski*, in: Rosenau/Kunig/Yildiz (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, 2021, S. 163 (281).

am 4.5.2011 die Unvereinbarkeit der §§ 66 ff. StGB a.F. mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG fest. Ziemlich unvermittelt war die Sicherungsverwahrung verfassungswidrig geworden. Maßgeblich sei nach dem BVerfG die Einhaltung des Abstandsgebotes. Ein merklicher Unterschied zwischen Straf- und Maßregelvollzug sei nicht hergestellt worden.⁴⁰ Zum anderen verletzte die Rückwirkung der Aufhebung der zeitlichen Begrenzung der Sicherungsverwahrung den Vertrauensschutz der Verwahrten. Deutschland war damit genötigt, das Konzept der Sicherungsverwahrung umfassend zu reformieren, damit ein verfassungskonformer, sprich: rechtsstaatlicher Zustand wieder hergestellt wurde. Das ist dann auch geschehen.

Die aufsehenerregende Verurteilung war keinesfalls die einzige Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland im strafrechtlichen Kontext. Warum erwähne ich das markante Beispiel der Sicherungsverwahrung, ein Konzept, welches auch auf Überlegungen Franz von Liszt zurückgeht,⁴¹ relativ ausführlich?

Die völkerrechtlichen Verbürgungen des Rechtsstaates haben ihre eigene Bedeutung. Solche Urteile wirken nicht nur national, sondern werden als Rechtsstandpunkt eines supranationalen Gerichts auch in den anderen Rechtsordnungen aufmerksam wahrgenommen und rezipiert, selbst wenn sie nur inter partes, womit die Mitgliedstaaten gemeint sind, wirken. Die Urteile haben Vorbild- und Leitfunktion für andere Rechtsordnungen. Mehr noch, sie haben Durchschlagskraft, wenn Mitgliedstaaten sich an die rechtlichen Bindungen halten, die sie eingegangen sind: Entsprechend hat Deutschland seine Rechtslage zur Sicherungsverwahrung maßgebend verändert. Vor allem haben Staaten, die sich nach Regimewechseln und einem Transformationsprozess vor große Herausforderungen gestellt sehen, mit der EMRK und der umfangreichen Rechtsprechung des EGMR einen corpus an der Hand, an dem sie sich orientieren können und anhand dessen sie rechtsstaatliche Strukturen entwickeln können. Der Umfang der Rechtsprechung des EGMR zeigt sich etwa darin, dass zwei Großkommentare der EMRK große Partien gewidmet haben.⁴² Es muss nicht alles mühsam entwickelt werden, wie *Renzikowski* zutreffend schreibt.⁴³ Für die ehemaligen sozialistischen Staaten in Osteuropa lag eine wichtige Referenzgröße vor.

Aber auch für die etablierten Rechtsstaaten ist die globale, völkerrechtliche Ebene wichtig. Sie hält diesen Rechtsordnungen den Spiegel vor und kann eingefahrene Pfade, die nicht mehr auf eine rechtsstaatliche Vertretbarkeit hinterfragt werden, aufbrechen. So war es mit der Sicherungsverwahrung

in Deutschland. Mit dem Liszt'schen Konzept der Zweispurigkeit hatten wir uns bequem eingerichtet, ohne die Fragwürdigkeiten hinreichend zu erkennen – natürlich haben das einzelne Stimmen aus der Wissenschaft durchaus getan; wie so oft allerdings vergebens.⁴⁴ Es bedurfte des Beistands des EGMR. Die dann oft auch als unbequem empfundenen Vorhaltungen internationaler Gerichte – wie des EuGH – bewahren tradierte Rechtsstaaten vor der Hybris und der Selbstsicherheit, alles besser zu wissen und schon immer alles richtig gesehen zu haben.

Damit kann als Referenzboden für Rechtsstaatlichkeit die EMRK dienen, die zentrale Elemente insbesondere in ihrem Art. 6 EMRK formuliert. Allerdings zeigen sich auch bei ihr die Grenzen des völkerrechtlichen Einflusses. Denn trotz der Möglichkeit von Individualbeschwerden vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg hat die Geltung der EMRK die offenkundige Missachtung rechtsstaatlicher Grenzen in diversen Mitgliedstaaten nicht verhindern können.⁴⁵ Die Türkei weigert sich bis heute, die Anordnungen des EGMR in den Verfahren gegen Kavala zu befolgen.⁴⁶ Ein effektiver Durchsetzungsmechanismus rechtsstaatlicher Prämissen⁴⁷ fehlt, ist aber das A und O der Wirksamkeit des Rechtsstaats im Strafrecht.

IV. Herausforderungen an den Rechtsstaat

Auf die Bedeutung der *transnationalen* Gerichte wurde soeben hingewiesen. Sie buchstabieren die Reichweite rechtsstaatlicher Anforderungen im Konkreten aus. Nicht weniger relevant sind die *nationalen* Gerichte. Ihnen dürfte deswegen eine höhere Relevanz zukommen, weil sie erstens schneller urteilen, schon allein deshalb, weil der EGMR in der Regel erst nach Ausschöpfung des nationalen Instanzenzugs angerufen werden kann. Ihre Ausstrahlungswirkung auf die nationalen Instanzgerichte fällt höher aus, weil sie zweitens als stärkere Autorität wahrgenommen werden und ihre Urteile in der jeweiligen Sache regelmäßig unmittelbar durchgreifende Wirkungen haben. Gewissen Entscheidungen des BVerfG, wie die zur Verfassungskonformität eines Gesetzes, kommt nach § 31 Abs. 2 BVerfGG sogar Gesetzeskraft zu. Und sie haben gegenüber der nationalen Exekutive und Legislative höhere Wirkmacht, weil drittens letztere in ihnen keine ferneren Gerichte mit lediglich völkerrechtlich verbindlichen, sondern solche mit unmittelbar in der Staatsverfassung gründenden Judikativmacht sehen.

Freilich können die nationalen Gerichte ihre Aufgabe in der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit nur erfüllen, wenn die Gerichtsverfassung selbst, also die normativ gefestigte Stellung der Gerichte sowie der Richter, die Einrichtung der Gerichte und die Bestallung und Position der Richter sowie

und Perspektiven, Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag, 2006, S. 286; BGHSt 50, 180 (185).

⁴⁰ BVerfGE 128, 326.

⁴¹ *Rosenau*, ZIS 2010, 284 (290 ff.).

⁴² *Esser*, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 12, 27. Aufl. 2024; *Meyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 10, 5. Aufl. 2019.

⁴³ *Renzikowski* (Fn. 34), S. 163, 263.

⁴⁴ Siehe nur *Kinzig*, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996.

⁴⁵ *Rosenau/Petrus* (Fn. 19), AEUV Art. 82 Rn. 5 ff.

⁴⁶ Wegen Missachtung der Freilassungsanordnung wurde die Türkei zu einer Geldzahlung verurteilt, EGMR, Urt. v. 11.7.2022 – 28749/18.

⁴⁷ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, S. 48.

die Bindungswirkung der gerichtlichen Beschlüsse und Urteile rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.

Diese Thematik ist vielschichtig. Besondere Bedeutung kommt dabei der Unabhängigkeit der Gerichte von Exekutive und Legislative, wie auch der Unabhängigkeit der einzelnen Richter zu. Wenn wir uns diese Frage näher anschauen, stellen wir fest, dass diese Frage heute so aktuell wie in der Vergangenheit ist.

1. Richterliche Unabhängigkeit

Ein Lichtpunkt wurde auf deutschem Boden zur Amtszeit des absolut regierenden Preußenkönigs Friedrich II. gesetzt. Er dient gleichsam als Lehrstück für die Bedeutung wie die Gefahren der richterlichen Unabhängigkeit.⁴⁸

Der König hatte sich in Prozesse eingeschaltet, in denen der Müller Christian Arnold aus Pommerzig (heutiges Pomorsko in Polen) rechtskräftig zur Zahlung der vereinbarten Pachtzinsen verurteilt worden war. Arnold hatte den verringerten Wasserzufluss zu seiner Mühle kritisiert. Das war Folge von drei Karpfenteichen, die der oberhalb der Mühle anliegende Landrat von Gersdorff aufgrund eines alten Rechts angelegt hatte. Arnold verweigerte daraufhin die Pachtzahlung. Gegen den ausdrücklichen Befehl Friedrich II. am 28.11.1779 gegenüber den einbestellten Kammergerichtsräten wies das Kammergericht Berlin – die höchste Gerichtsinstanz im Königreich Preußen – die weitere Klage des Müllers Arnold ab, der sich bereits der Zwangsvollstreckung ausgesetzt sah: Der erzürnte Monarch ließ die beteiligten Richter verhaften und sprach gegen diese, weil sich zudem deren Kollegen des Kammergerichts querstellten, selbst ein Urteil im Sinne eines „Machtspruchs“.⁴⁹ Die Standhaftigkeit der Richter gipfelte in den anerkennenden geflügelten Worten: „Es gibt noch Richter in Berlin“. Die richterliche Unabhängigkeit war bei Friedrich II. gerade nicht gegeben. Alle beteiligten Richter, die ihrer Ämter enthoben und persönlich von Friedrich II. am 1.1.1780 zu einer einjährigen Festungshaft verurteilt wurden,⁵⁰ also höchstpersönliche Nachteile in Kauf nahmen, setzten aber für diese Unabhängigkeit ein Fanal, das weit über Preußen hinaus leuchtete.

In den heutigen Zeiten sind Macht- und Willkürsprüche absoluter Herrscher in vielen Ländern der Erde gottlob Vergangenheit. Ein Fanal zu setzen ist aber gleichwohl ein Beruf unserer Zeit. Dies hat in Europa zuletzt der EuGH der EU getan bzw. korrekter gesprochen, tun müssen.

In Polen hatte die Vorgängerregierung um die Regierungspartei PIS die Justiz unter ihren politischen Einfluss bringen wollen. Zu diesem Zweck ist eine Disziplinarkammer

etabliert worden. Diese konnte auch den Inhalt von Gerichtsentscheidungen als Disziplinarvergehen einstufen. Insbesondere sollte die Vorlage an den EuGH zur Auslegung des EU-Rechts, die nach Art. 267 AEUV für letztinstanzliche Gerichte verpflichtend ist, disziplinarrechtlich geahndet werden können. Es kam hinzu, dass die neu eingerichtete Disziplinarkammer selbst nicht unabhängig war.

Die Große Kammer des EuGH stellte fest, dass die Rechtsstaatlichkeit, wie es ausdrücklich in Art. 2 EUV heißt, zu den Werten zählt, welche die Mitgliedstaaten der EU, also auch Polen, zu achten haben.⁵¹ Der Wert der Rechtsstaatlichkeit darf nicht durch staatliche Regeln abgeschwächt werden, indem die Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit untergraben werden.⁵² Dabei müssen Gerichte, die jederzeit in die Lage kommen könnten, Unionsrecht anzuwenden, in der Lage sein, nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV wirksamen Rechtsschutz zu leisten. Die Mitgliedstaaten sind zwar bei der Organisation ihrer Justiz frei, müssen aber den effektiven Rechtsschutz gewährleisten.⁵³ Das erfordert unabhängige Gerichte, wie diese in Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der EU (GrCh) statuiert werden. Die Unabhängigkeit der Gerichte ist für den effektiven Rechtsschutz essentiell. Das ist dann nicht mehr gegeben, wenn es eine unmittelbare oder auch nur mittelbare Einflussnahme gibt, und wenn ein System zur politischen Kontrolle justizieller Entscheidungen etabliert ist.⁵⁴ Bei der polnischen Disziplinarkammer sind es verschiedene einzelne Faktoren, die in ihrer Gesamtheit Zweifel an der Unabhängigkeit schüren: Die Ernennung nur neuer Richter durch den Präsidenten, die Verkürzung laufender Amtszeiten amtierender Richter, die Ernennung von 23 von 25 Richtern des Landesjustizrates, welcher die Disziplinarkammer seinerseits bestimmt, durch die Legislative. Entsprechend hat der EuGH Polen verurteilt.⁵⁵

Dabei machte der EuGH auch deutlich, dass richterliches Handeln nicht sakrosankt ist. Disziplinarische Maßnahmen aber müssen auf ganz außergewöhnliche, d.h. schwerwiegende und völlig unentschuld bare Verhaltensweisen von Richtern beschränkt bleiben. Das muss klar und präzise definiert sein, bloße Fehler genügen nicht. Nur dann ist gesichert, dass der Richter vor äußerem Druck auf sein Entscheidungsverhalten hinreichend geschützt ist.⁵⁶ Diese Aussagen sind in einem weiteren Verfahren vor der Großen Kammer des EuGH aus dem letzten Jahr bestätigt worden.⁵⁷ Ergänzend weist der EuGH darauf hin, dass nicht nur die Ernennung, die Amtsdauer und die Abberufung eines Richters Einfallstor für poli-

⁴⁸ Lück, in: Rosenau/Kunig/Yildiz (Fn. 34), S. 193 ff.

⁴⁹ Zu den prozessualen Einzelheiten, die hier verkürzt wiedergegeben sind, im einzelnen Lück (Fn. 48), S. 202 ff. Machtsprüche sind dann in § 6 Einl. AGB des Preußischen Allgemeinen Landrechts (1784–1788) untersagt worden; Lück (a.a.O.), S. 212.

⁵⁰ Die „verurteilten“ Richter wurde nach mehrmonatiger Haft begnadigt. Der Nachfolger Friedrich II., Friedrich Wilhelm II., ließ die standhaften Richter schnell rehabilitieren, Lück (Fn. 48), S. 206.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, Rn. 50.

⁵² EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, Rn. 51.

⁵³ EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, Rn. 56. Siehe Rosenau, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 791 (801 f.).

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, Rn. 60 f.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, Rn. 112 f.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – C-791/19, Rn. 137–140.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 5.6.2023 – C-204/21, Rn. 93 f. und 102. Dazu Prütting, in: Klein/Özkaya-Ferendeci/Rosenau (Hrsg.), Rechtsstaatliche Anforderungen im Zivilprozess, 2025, VIII. (im Erscheinen).

tische Einflussmaßnahmen sein können, sondern auch Fragen von Arbeits- und Sozialversicherung, also Bezüge, Urlaub, Versetzung in den Ruhestand aus medizinischen Gründen. Es sind Garantien zu schaffen, dass insoweit Maßnahmen nicht als System zur politischen Kontrolle der Richter missbraucht werden können.⁵⁸

Es ist erstaunlich wie befremdlich, dass ein demokratischer Staat der EU sich vorhalten lassen musste, die rechtsstaatlichen Regeln der Unabhängigkeit von Gerichten und Richtern zu gefährden. Dabei gilt die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für die Wahrung eines rechtsstaatlichen Verfahrens heute weitgehend als anerkannt.⁵⁹ Es zeigt sich aber immer wieder, dass bestimmte Bedingungen für die Durchsetzung des Prinzips notwendig sind, soll es nicht schlicht umgangen werden. Mit Polen liegt uns nun höchst-richterlich entschieden ein hochaktuelles Lehrbeispiel vor, wie aus politischem Kalkül heraus die richterliche Unabhängigkeit geschleift wird. Auch Japan fehlt es an weitreichenden Schranken, wie sie beispielsweise in der Unversetzbarkeit auf Lebenszeit verplanter Richter in Deutschland bestehen. In Japan gibt es alle zwei Jahre eine Rotation der Richterstellen. Hier spielt ein Ausschuss eine gewisse Rolle, der eine Empfehlung zur Weiterbeschäftigung erteilen muss. Das könnte bereits rechtsstaatlich bedenklich sein, wenn wir die Anforderungen des EuGH an die richterliche Unabhängigkeit anlegen.

Was uns das preußische wie polnische Lehrbeispiel auch zeigen: Die Hinderungs- und Begrenzungsfunktionen des Rechtsstaats können mit politischen Interessen kollidieren und Anlass sein, sich von diesem Konzept ausdrücklich oder de facto lösen zu wollen. Solcher Anfechtungen muss ein wachsamer Rechtsstaat stets gewahr sein.

Betrachten wir die Schnittstelle zwischen Strafprozess und materiellem Strafrecht, geraten wir ebenfalls in aktuelle Debatten.

2. Freiheit versus Sicherheit – Bürgerstrafrecht versus Feindstrafrecht

Freiheits- und Lebensinteressen des Individuums können auf kollektive Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit treffen. Das zeigt sich wiederum in europarechtlichem Kontext. Denn die europäische Kriminalpolitik hat sich den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als Leitmotiv der justiziel- len und polizeilichen Zusammenarbeit in der EU gegeben. Der Vertrag von Lissabon, in Kraft seit dem 1.11.2009, formuliert die Grundsätze der europäischen Kriminalpolitik in Art. 67 Abs. 1 AEUV wie folgt:

„Die Union bildet einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte und die verschie-

denen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitglied- staaten geachtet werden.“

Leicht erkennbar werden hier durchaus antagonistische Grundsätze zusammengebracht. Freiheit und Recht haben starken Bezug zu unserem Gegenstand der Rechtsstaatlich- keit. Der Rechtsstaat ist ein Staat rechtlicher Bindungen. Er will den Einzelnen Freiheiten garantieren. Die Sicherheit hingegen drängt in die Gegenrichtung. Sicherheit lässt sich mit mehr Überwachung, mehr Polizei, mehr Strafrecht (so die politisch weit verbreitete, aber wie wir aus der Kriminologie schon lange wissen, irri- ge Annahme)⁶⁰ erreichen. Die Zielvorgabe eines Raumes der Freiheit und der Sicherheit ist daher in hohem Maße perplex und problematisch; weil sie zwei gegenläufige Prinzipien zu verbinden sucht. Wer in der heutigen Risikogesellschaft die Sicherheit hervorhebt, will von jeglichem Lebensrisiko abgeschottet werden und tendiert zu einer Ausweitung präventiver polizeilicher wie repressiver strafrechtlicher Eingriffe, welche die Individualrechte der Unionsbürger berühren und diese einschränken. Das Postulat der Freiheit und die diese schützende Rechtsstaatlichkeit verlangen dagegen tendenziell die Eindämmung solcher staatlichen Eingriffe.⁶¹ Hinzu kommt, dass der EU die kontinentaleuropäische Vorstellung vom Strafrecht als einer fragmen- tarischen Ordnung eher fremd war. Zwar hat der Rat in einem Entwurf Leitlinien für die künftigen strafrechtlichen Bestimmungen im EU-Recht vorgelegt. Danach soll als oberster Grundsatz unter Ziff. 1 auf das Strafrecht nur als ultima ratio zurückgegriffen werden. Der EuGH akzeptiert diesen Grundsatz als Teil der verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten.⁶² Aber bislang zeigt sich in der EU ein anderes Bild: europäische Kriminalpolitik atmet den Geist zunehmender Punitivität.⁶³

Das hängt auch mit dem Harmonisierungsmodell zusam- men, mit dem die EU arbeitet. Es ist ein Modell von Min- destvorschriften. Nach Art. 83 Abs. 1 AEUV kann die EU Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Stra- fen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität festlegen. Ein solches Modell hat strukturell strafschärfende Tendenzen, weil Staaten mit niedrigerem Strafrahmen und zurückge- nommener Strafbarkeit ihr Strafrecht ausweiten müssen, während repressive und härtere Strafrechtsordnungen beste- hen bleiben können.

Wie der Antagonismus zwischen den Zielvorgaben von Freiheit und Sicherheit aufzulösen ist, ist noch weitgehend ungeklärt. Art. 67 Abs. 1 AEUV spricht nur lapidar davon, dass die Grundrechte zu achten sind, was an sich eine Selbst- verständlichkeit ist und rein deklaratorischen Charakter hat, im hiesigen Kontext aber auf die Menschenrechtsrelevanz polizeilicher und repressiver Maßnahmen besonders hinweist. Bei beiden Prinzipien der Freiheit wie der Sicherheit werden im Sinne praktischer Konkordanz Grenzen zu ziehen sein, so

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 5.6.2023 – C-204/21, Rn. 97 ff.

⁵⁹ Kühne, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/ Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. J Rn. 12; ders., Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrens- rechts, 9. Aufl. 2015, § 5 Rn. 109 ff.

⁶⁰ Kaiser, Kriminologie, 4. Aufl. 1996, § 31 Rn. 34.

⁶¹ Rosenau/Petrus (Fn. 19), AEUV Art. 67 Rn. 5.

⁶² EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C-42/17 (M.A.S. und M.B.) = NJW 2018, 217 (220 Rn. 53).

⁶³ Rosenau/Petrus (Fn. 19), AEUV Art. 83 Rn. 15.

dass jedes von ihnen in einer Gesamtschau zu optimaler Wirksamkeit gelangt.⁶⁴ Immerhin reihen EUV und AEUV die Freiheit vor die Sicherheit. Es heißt Raum der „Freiheit und Sicherheit“ und nicht Raum der „Sicherheit und Freiheit“. Daraus lässt sich im Zweifel ein Vorrang für den Schutz von Freiheitsrechten lesen. Auch der ausdrückliche Verweis auf die Grundrechte und damit auf die GrCh wie auf die EMRK (vgl. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EUV) spricht für die Auslegung in dubio pro libertate und pro Rechtsstaatlichkeit.

Was aber festzuhalten ist: Ein Raum der Sicherheit als politische Leitidee führt dazu, dass das Strafrecht punitiver wird, und zwar in seinen beiden Ausformungen. Es wird zum einen repressiver, zum anderen aber auch präventiver, selbst wenn man versucht – was angesichts ständiger Terrorgefahr und medialer Bedrohungsszenarien schwer genug fällt –, mit den Topoi „Freiheit“ und „Rechtsstaat“ gegenzusteuern. Das ist auch deshalb schwierig, weil die Entscheidungen über Mindestvorgaben immer noch von den Regierungen im Rat der EU gefällt werden, es sich also um eine Form gubernativer Rechtssetzung handelt. Nationale Bedenken rechtsstaatlicher Provenienz haben es dann schwer, sich durchzusetzen.

Wir haben es mit keinem neuen Problem zu tun. Das Spannungsverhältnis ist seit jeher von den Staatstheoretikern diskutiert worden. Zunächst stand *Thomas Hobbes*, der in der Sicherheit gar den Legitimationsgrund für den Staat schlechthin gesehen hatte. Der Staat müsse als absolut herrschender Leviathan agieren, um die Menschen vor seinesgleichen zu schützen; denn: homo homini lupus.⁶⁵ *John Locke* erkannte dann, dass solch ein Staat eine Gefahr für die bürgerliche Freiheit darstellt. Er entwickelt die Lehre von *Hobbes* weiter und verlangt nur eine solche Sicherheit, die nicht um den Preis der Freiheit erlangt wird. Durch den rechtsgebundenen und machtbegrenzten Staat könnten bürgerliche Sicherheit und bürgerliche Freiheit zusammenfinden.⁶⁶ Später werden dann – etwa bei *Jean-Jacques Rousseau* und *Montesquieu* – die Verhältnisse gänzlich umgekehrt. Nun ist es die Freiheit, die in Kombination mit dem Gesellschaftsvertrag als Ur-Legitimationsgrund des modernen Staates gesehen wird.⁶⁷ Zwar wird weiter anerkannt, dass die Sicherheitsgewähr den Zweck des Staates ausmacht. Sicherheit gegen auswärtige Feinde als auch innerliche Zwistigkeiten. Wenn es bei *Wilhelm von Humboldt* weiter heißt: „Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit“,⁶⁸ ergibt sich daraus kein Vorrang der Sicherheit. Denn die Freiheit ist die oberste Prämisse, und aus der Freiheit und deren Schutzbedürftigkeit erst entspringt die Existenzberechtigung für die Sicherheit als – damit zugleich nachgeordnetes – Handlungsziel des Staates.

⁶⁴ Im Sinne *Hesses*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 28.

⁶⁵ *Hobbes*, Vom Bürger, 2017, S. 3.

⁶⁶ *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 2017, S. 281.

⁶⁷ Vgl. *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, 2001, S. 17; vgl. *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1950, S. 168.

⁶⁸ v. *Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 2006, S. 58 f.

Diese Fragen kulminieren letztlich im Konzept eines Feindstrafrechts, welches sich ganz bewusst und mehr oder weniger ausdrücklich vom Topos der Rechtsstaatlichkeit lösen will. Es ist nicht von ungefähr deshalb gerade in der Politik auf großen Widerhall gestoßen. *Günther Jakobs*, der das fulminante Modell zweierlei Strafrechte, eines für den Bürger, ein anderes für den Feind, entwickelt und zu Ende gedacht hat, hat auf dem Augsburger Deutsch-Japanischen Strafrechtsdialog 2009⁶⁹ nicht ohne Stolz berichtet, dass er sogar vom damaligen Innenminister Otto Schily zu seinem Modell befragt wurde. Und geradezu bezeichnend ist, dass es der Innenminister war, der ihn empfangen hatte. Denn im Feindstrafrecht wird die Verpolizeilichung des Strafrechts auf die Spitze getrieben. Und, worauf es besonders ankommt, es ermöglicht dem Staat, sich im Sinne des Raums der Sicherheit von den rechtsstaatlichen Fesseln zu lösen.

Das Konzept eines Feindstrafrechts *Jakobs*'scher Prägung⁷⁰ will das *Bürgerstrafrecht*, für das die rechtsstaatlichen Verbürgungen weiterhin Geltung hätten, vom *Feindstrafrecht* unterscheiden, welches dem Staat beim Einsatz seines Strafrechts freie Hand lasse. Denn dieses bekämpfe den Straftäter als reine Gefahrenquelle und exkludiere ihn aus der Gesellschaft, stelle ihn als aktuelle „Unperson“ kalt⁷¹ und wolle nichts anderes als zwingen.⁷² Der Feind habe sich aktiv und prinzipiell gegen die Rechtsordnung gestellt und sei nur ihr Gegner. Dieses Feindstrafrecht sei gebändigter Krieg, müsse aber in Zeiten des Terrorismus sein.⁷³

Es verwundert nicht, dass gerade angesichts eines wachsenden gesellschaftlichen Sicherheitsbedürfnisses im Umfeld terroristischer Gefahren – gerade auch in sehr kriminalitätssensiblen Gesellschaften, wie beispielsweise Japan – *Jakobs* intensiv rezipiert wurde.⁷⁴ Allerdings sind rechtsstaatliche Defizite, die bis zur Guantánamoisierung der Strafrechtspflege reichen, schwer, wenn überhaupt, auszuräumen. Insgesamt ist zu fragen, ob ein solches Konzept nicht zur Aufgabe des Rechtsstaats-Topos zwingt.

V. Schluss

Meine beiden Beispiele aus dem Bereich des Strafprozesses wie des materiellen Strafrechts sind keineswegs abschließend. Weitere Anfechtungen an den Rechtsstaat lassen sich ohne weiteres nennen. Welche Strafen sind überhaupt rechtsstaatlich vertretbar? Kann dazu auch eine Todesstrafe gehö-

⁶⁹ Siehe Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, 2010.

⁷⁰ Zuletzt *Jakobs*, in: Rosenau/Kim (Fn. 69), S. 167 ff.

⁷¹ *Jakobs*, in: Eser/Hasemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 53.

⁷² *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (90).

⁷³ *Jakobs*, HRRS 2006, 289, wobei *Jakobs* seinen zunächst affirmativen Ansatz relativiert hat, a.a.O., 290.

⁷⁴ Vgl. *Hyon*, in: Rosenau/Kim (Fn. 69), S. 183 ff.; zur Debatte in Deutschland siehe nur *Sinn*, ZIS 2006, 107 ff. *Saliger*, JZ 2006, 756 ff.; *Rosenau/Dorneck*, in: Rosenau/Kunig/Yildiz (Fn. 34), S. 123 ff.

ren?⁷⁵ Das wird in Japan nur sehr zaghaft bezweifelt, gerade hat *Ida* eine kritische Arbeit zur Todesstrafe in seinem Land vorgelegt.⁷⁶ Welche Verhaltensweisen darf eine Kriminalpolitik überhaupt für strafbar erklären? Ist eine Strafnorm noch rechtsstaatlich, die nicht mit einem Rechtsgut im Sinne der strafrechtlichen Rechtsgutslehre korreliert, wofür entgegen dem verfehlten Urteil des BVerfG zum Inzest-Verbot einiges spricht?⁷⁷ Darüber wird man debattieren können. Dass der Rechtsstaat als solcher für das gesamte Strafrecht ein Wert für sich ist, sollte indes außer Streit stehen.

⁷⁵ Kritisch BGHSt 41, 317 (325).

⁷⁶ *Ida*, ZJapanR, Sonderheft 16, 2024. Zuvor war insbesondere *Ishizuka* ein einsamer Rufer in der japanischen Wüste; *Isizuka*, ZIS 2006, 330 ff.; *ders.*, in: Rosenau/Kunig/Yildiz (Fn. 34), S. 175 ff.

⁷⁷ Kritisch BVerfGE 120, 224 (241 f.); *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; zur Debatte im Strafrecht siehe nur *Jakobs*, Rechtsgüterschutz?, 2012; *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (624 ff.); *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (646 ff.); *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 (351 ff.); *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (173); *Nakamichi*, ZIS 2017, 324; *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660 f.).