

Rechtsstaat und Strafrecht

Herausgegeben von
HENNING ROSENAU,
PHILIP KUNIG,
und ALI KEMAL YILDIZ

*Schriften zum
Ostasiatischen Strafrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht

herausgegeben von
Eric Hilgendorf, Genlin Liang

8



Rechtsstaat und Strafrecht

Anforderungen und Anfechtungen

Herausgegeben von

Henning Rosenau, Philip Kunig
und Ali Kemal Yıldız

Mohr Siebeck

Henning Rosenau ist Dekan der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und dort Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht.

Philip Kunig ist Professor für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Freien Universität Berlin sowie an der Türkisch-Deutschen Universität Istanbul.

Ali Kemal Yıldız ist Dekan der Juristischen Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität Istanbul und dort Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht.

ISBN 978-3-16-159756-5 / eISBN 978-3-16-159757-2
DOI 10.1628/978-3-16-159757-2

ISSN 2195-5018 / eISSN 2569-4464 (Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Dieser Band vereinigt Beiträge, welche auf der Tagung »Rechtsstaat und Strafrecht – Anforderung und Anfechtungen« im Oktober 2018 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg vorgetragen wurden. Die Türkisch-Deutsche Universität war Mitveranstalter der Tagung. Die Durchführung dieses Deutsch-Japanisch-Türkischen Rechtsdialogs wurde dankenswerter Weise möglich durch eine Förderung durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die Stiftung Rechtsstaat Sachsen-Anhalt e.V. und den Freundeskreis der Juristischen Fakultät e. V. an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Zugleich danken wir dem Lehrstuhlteam in Halle, insbesondere *Nancy Elze*, *Linda Pfleger*, *John Heidemann* und *Samuel Rehberger*, die uns bei der Drucklegung unterstützt haben.

Halle und Istanbul
im Oktober 2019

Henning Rosenau, Philip Kunig
und Ali Kemal Yıldız

Inhaltsverzeichnis

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

Henning Rosenau

Rechtsstaat und Strafrecht: Eine Einführung	1
---	---

Teil I

Grundlegung: Der Rechtsstaat – Begriff und Bedeutung

Markus Kotzur

Rechtsstaat als Sammelbegriff: Versuch der Konturierung und Kontextualisierung	9
---	---

Heinrich Menkhaus

Das japanische Rechtsstaatsverständnis	23
--	----

Berke Özenç

Aktuelle Probleme der Rechtsstaatlichkeit in der Türkei: Eine Analyse der nach dem Putschversuch geänderten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts	51
--	----

Teil II

Rechtsstaat und Strafrecht

1. Rechtsstaatliche Grenzen des Strafrechts: Die Relevanz der Rechtsgutstheorie für ein rechtsstaatliches Strafrecht im modernen Zeitalter

Matthias Mahlmann

Rechtsgüter: Stolpersteine des liberalen Verfassungsstaates?	67
--	----

Makoto Tadaki

Die Aktivierung der Gesetzgebung und die Möglichkeiten der Rechtsgutstheorie	85
---	----

Frank Saliger

Die Bedeutung der Rechtsgutstheorie für ein modernes rechtsstaatliches
Strafrecht in Deutschland 95

İzzet Özgenç

Das Grundprinzip des Rechtsstaates als ein Ideal 111

2. Feindstrafrecht: Anfechtung an den Rechtsstaat

Henning Rosenau und Carina Dorneck

Feindstrafrecht: Anfechtung an den Rechtsstaat 123

Hirokazu Kawaguchi

Das Feindstrafrecht in Japan: Der neueingeführte »feindstrafrechtliche«
Tatbestand der »Verschwörung« 137

3. Streit um die Todesstrafe

Jens Kersten

Die Todesstrafe ist abgeschafft: Art. 102 GG und die Diskussion
der Todesstrafe in Deutschland 151

Ali Kemal Yıldız

Der Streit um die Wiedereinführung der Todesstrafe in der Türkei 167

Shinichi Ishizuka

Nach den Hinrichtungen von Mitgliedern der AUM-Sekten:
Ist Japan ein Rechtsstaat? 175

Teil III

Rechtsstaat und Strafprozess

Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für den Rechtsstaat

Heiner Lück

»Es gibt noch Richter in Berlin.«: Der aufgeklärte Justizreformer
Friedrich II. gegen das Kammergericht Berlin 193

Katsuyoshi Kato

Richterliche Unabhängigkeit im modernen japanischen Strafprozess 215

Faruk Turhan

Richterliche Unabhängigkeit in der Türkei 227

Liane Wörner

Die Richterliche Unabhängigkeit im *modernen* Strafprozess
aus deutscher Sicht 245

Teil IV

Internationale Standards für ein rechtsstaatliches Strafrecht und Strafverfahren

Joachim Renzikowski

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
und ihre Bedeutung für ein rechtsstaatliches Strafverfahrensrecht 263

Yuki Nakamichi

Rechtsstaatsprinzip oder rechtsstaatliche Prinzipien?
Weg zur Universalisierung des rechtsstaatlichen Strafrechts
und Strafverfahrens 283

Jannik Funnemann und John Heidemann

Tagungsbericht zur Tagung »Rechtsstaat und Strafrecht –
Anforderungen und Anfechtungen« des Deutsch-Japanisch-
Türkischen Rechtssymposiums vom 11. bis 13. Oktober 2018
an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 293

Autoren- und Herausgeberverzeichnis 303

Sachregister 305

Rechtsstaat und Strafrecht

Eine Einführung

Henning Rosenau

Dieser Band versammelt die zentralen Beiträge einer Tagung zum Thema »Rechtsstaat und Strafrecht«, die im Herbst 2018 mit deutschen, japanischen und türkischen Kolleginnen und Kollegen in Halle an der Saale stattgefunden hat. Sie war die Auftaktveranstaltung einer Reihe von internationalen Tagungen, die die Bedeutung des Rechtsstaats in rechtsvergleichender Perspektive beleuchten sollen.

Das Konzept des Rechtsstaats sieht sich Angriffen ausgesetzt. Das gilt mit Blick auf die rechtspolitischen Entwicklungen etwa in Polen, Ungarn, Rumänien und der Türkei für Europa, erweist sich aber als ein globales Phänomen. Auch in Deutschland ist von einer Krise des Rechtsstaats die Rede.¹

Das führt zur Frage, ob sich dieses Konzept in einer Zeit der Umbrüche, die zwar die Völker und Nationen in einer globalisierten Welt näher- oder zusammenbringt, aber zugleich von Migrationsbewegungen und Terrorismus gekennzeichnet ist, überlebt hat. Dabei lassen sich Relevanz und Krise des Rechtsstaats in besonders einprägsamer Weise am Strafrecht exemplifizieren. Denn mit dem Strafrecht verfügt der Staat über Mittel und Instrumente, die wie keine anderen tief in die Rechte der einzelnen Bürger eingreifen. Mit dem strafrechtlichen Machtapparat kann der Staat nicht nur die soziale, sondern auch die biologische Existenz des Menschen vernichten. Nirgendwo sonst treffen in dieser Schärfe individuelle Freiheits- und Lebensinteressen auf kollektive Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit. Das Strafrecht und das Strafverfahren bilden damit die elementaren Prüfsteine für die Idee des Rechtsstaats. Der Staat muss sich bei der Frage, was straffähig und strafwürdig ist und was mit welchen Rechtsfolgen belegt werden kann, und auf welche Art und Weise ein solcher Strafanspruch formell umgesetzt werden darf, den Anforderungen des Rechtsstaats stellen. Zugleich sind gerade die damit einhergehenden Hinderungs- und

¹ *Di Fabio*, Der Rechtsstaat in der Krise, RP ONLINE vom 2.10.2015, <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/udo-di-fabio-der-rechtsstaat-in-der-krise-aid-1.5443048>, abgerufen am 29.7.2019.

Begrenzungsfunktionen des Rechtsstaats Anlass, sich von diesem Konzept ausdrücklich oder de facto lösen zu wollen.

I. Grundlegung: Der Rechtsstaat – Begriff und Bedeutung

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. Deutlich wird beispielsweise die Unklarheit daran, dass bis heute umstritten ist, ob die untergegangene DDR ein Unrechtsstaat oder doch nur ein Nicht-Rechtsstaat gewesen ist.² Eine bislang konsensfähige Definition fehlt.³ Man behilft sich damit, dass Basiselemente aufgezählt werden, die in ihrer Gesamtheit und im Zusammenwirken die Rechtsstaatlichkeit ausmachen.⁴ 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.⁵ Was aber wie in welcher Ausprägung vorhanden sein muss, bleibt einigermaßen undeutlich. Der Rechtsstaat ist ein Komplexbegriff, ein Sammelbegriff.⁶ Daher ist zunächst aus Sicht der drei beteiligten Rechtsordnungen eine Konturierung des Rechtsstaats vorzunehmen und zu versuchen. In rechtsvergleichender, funktioneller Methodik⁷ werden die hier gelegten Grundlagen dann anhand der nachfolgenden konkreten Problemkreise zusammengeführt, die in international notwendige und akzeptierbare Standards für das materielle Strafrecht wie das formelle Strafprozessrecht münden.

² 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., Baden-Baden 1998, S. 121ff. m.w.N. Aus neuerer Zeit s. nur *M. Vormbaum*, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Tübingen 2015, S. 10; *Beaucamp*, Warum die DDR kein Rechtsstaat war, JA 2015, 725 ff.

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

⁴ v. *Münch*, Rechtsstaat versus Gerechtigkeit?, Der Staat 33 (1994), S. 169 f.

⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Lfg. 48, München November 2006, Art. 20 Rn. 23–30; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 142. Aktualisierung, Heidelberg Oktober 2009, Art. 20 Rn. 1732–1754.

⁶ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986, S. 15.

⁷ Dazu nur *Rosenau*, Plea Bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet, in: Paeffgen u. a. (Hrsg.), FS Puppe, Berlin 2011, S. 1597, 1603 ff. m. w. N.

II. Rechtsstaat und Strafrecht

1. Rechtsstaatliche Grenzen des Strafrechts: Die Relevanz der Rechtsgutstheorie

Einen ersten zentralen Streit der Strafrechtstheorie bildet die Frage, ob und welchen Schranken ein Rechtsstaat bei der Schaffung von Strafnormen unterliegt. Wo sind die Grenzen der Pönalisierung zu ziehen? Es handelt sich um ein für das Strafrecht existentielles Problem, das für die Strafrechtswissenschaft aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklungen stets aufs Neue zu stellen und zu beantworten ist. Vor allem aus dem Kreis der Staatsrechtslehre heraus wird das tradierte Konzept der strafrechtlichen Rechtsgutstheorie kritisiert.⁸ Mit diesem Ansatz hat insbesondere die deutsche Strafrechtswissenschaft versucht, dem Gesetzgeber Grenzzlinien für strafwürdiges und strafbares Verhalten zu ziehen, hat es aber zugleich selbst aufgrund seiner Beliebigkeit auch immer wieder in Frage gestellt.⁹ Sie ist dabei intensiv in Japan und der Türkei rezipiert worden. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht diesem Ansatz in seiner »Inzest-Entscheidung« eine Abfuhr erteilt. Irgendwie geartete Anforderungen für den demokratisch legitimierten Gesetzgeber könne die strafrechtliche Rechtsgutstheorie nicht liefern. Nur in der Verfassung selbst finde dieser auch beim Strafrecht seine Grenzen.¹⁰ Diese verpflichtet den Gesetzgeber auf die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dieser »Grundsatz gebietet – bei Androhung der Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ... –, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient«, so das Bundesverfassungsgericht.¹¹ Freilich lässt sich einwenden, dass, um eine Strafe rechtfertigen zu können, etwas Schützenswertes, ein Schutzgut, letztlich damit doch ein irgendwie geartetes Rechtsgut vorhanden sein muss, zu dem dann die Sanktionsnorm ins Verhältnis gesetzt werden kann.¹²

2. Feindstrafrecht: Anfechtung an den Rechtsstaat?

Die Strafrechtswissenschaft hat sich an neuen theoretischen Grundlegungen versucht. Besonders wirkmächtig ist dabei das Konzept *Jakobs'* eines Feindstrafrechts geworden.¹³ Dieser will das *Bürgerstrafrecht*, für das die rechtsstaatlichen

⁸ S. nur *Appel*, Verfassung und Strafe, Berlin 1998.

⁹ Zur Debatte im Strafrecht s. nur *Jakobs*, Rechtsgüterschutz?, Paderborn 2012; *Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutstheorie durch das Verfassungsrecht, ZStW 127 (2015), 331, 624 ff.; *Kudlich*, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, a. a. O., 635, 646 ff.; *Stuckenberg*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit? ZStW 129 (2017), 350, 351 ff.; *Kubiciel*, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, JZ 2018, 171, 173.

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 241 f.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 239.

¹² *Schünemann*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat (...), ZIS 2016, 654, 660 f.

¹³ Zuletzt *Jakobs*, Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrechtstheorie und Strafgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main 2010, S. 167 ff.

Verbürgungen weiterhin Geltung hätten, vom *Feindstrafrecht* unterscheiden, welches dem Staat beim Einsatz eines Strafrechts freie Hand lasse. Denn dieses bekämpfe den Straftäter als reine Gefahrenquelle und exkludiere ihn aus der Gesellschaft, stelle ihn als aktuell »Unperson« kalt¹⁴ und wolle nichts anderes als zwingen.¹⁵ 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.¹⁶

Es verwundert nicht, dass gerade angesichts eines wachsenden gesellschaftlichen Sicherheitsbedürfnisses im Umfeld terroristischer Gefahren sowohl im sehr kriminalitätssensiblen Japan wie auch in der Türkei *Jakobs* intensiv rezipiert wurde.¹⁷ Gerade die Türkei scheint vor wie insbesondere nach dem Putsch ihr Strafrecht im Sinne eines Feindstrafrechts *Jakobs*'scher Prägung zu handhaben. Rechtsstaatliche Defizite, die bis zur Guantánamoisierung der Strafrechtspflege reichen, sind schwer auszuräumen. Insgesamt ist zu fragen, ob ein solches Konzept nicht zur Aufgabe des Rechtsstaats-Topos zwingt.

3. Streit um die Todesstrafe

Für den Bundesgerichtshof ist auch die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe nicht mit einem rechtsstaatlichen Verständnis vereinbar. Sie begegnet »aus heutiger Sicht (...) unüberwindlichen Bedenken.«¹⁸ Allerdings ist zu konstatieren, dass sich seit Geltung des 13. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁹ nur ein europäischer *ordre public* gebildet hat.²⁰ Weltweit ist zwar ein Trend zur Abschaffung der Todesstrafe zu verzeichnen, aber die alte Weisheit *Bockelmanns*, wonach das beste Argument gegen die Todesstrafe darin zu sehen ist, dass es kein vernünftiges Argument

¹⁴ *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar zum gleichnamigen Artikel von Winfried Hassemer, in: Eser u. a. (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S. 53.

¹⁵ *Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88 f., 90.

¹⁶ *Jakobs*, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 2006, 289, *-Fn., wobei *Jakobs* seinen zunächst affirmativen Ansatz relativiert hat, a. a. O., S. 290.

¹⁷ Vgl. *Hyon*, Sicherheitsstrafrecht und Feindstrafrecht als strafrechtstheoretische Modelle in Deutschland und in Japan, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerechtigkeit, Frankfurt am Main 2010, S. 183 ff.; zur Debatte in Deutschland s. nur *Sinn*, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, ZIS 2006, 107 ff. und *Saliger*, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, 756 ff.

¹⁸ BGH, Urteil vom 14.11.1995 – 1 StR 483/95, BGHSt 41, 317 325.

¹⁹ In Kraft seit dem 1.7.2003, in Deutschland erfolgte die Ratifikation am 5.7.2004, BGBl. II, 982.

²⁰ *Rosenau*, Die Todesstrafe als Gefahr der freiheitlichen Strafrechtsreformen? in: *Sinn* (Hrsg.), Menschenrechte und Strafrecht, Göttingen 2013, S. 37, 48.

für sie gibt,²¹ hat sich noch nicht weltweit durchgesetzt. In etwa einem Drittel aller Staaten, insbesondere sehr bevölkerungsreichen Staaten, wird diese Strafe noch verhängt und vollstreckt. Japan zählt zu diesem Kreis. Die Türkei hat zwar am 2.8.2002 die Todesstrafe für Friedenszeiten abgeschafft. Dabei ging es aber um die damals noch lebendige Idee, dem Land die Möglichkeit einer EU-Mitgliedschaft zu eröffnen. Mittlerweile wird nach dem Putsch in der Türkei von höchster staatlicher Stelle der Wiedereinführung der Todesstrafe das Wort geredet. Allerdings ist dieses Gerede mittlerweile verstummt. Gerade in Hinblick auf einzelne Staaten der USA und Japan etwa, die sich als Rechtsstaat verstehen, stellt sich in besonderer Schärfe die Frage, ob sich globale Grenzen eines den Menschenrechten verpflichteten, rechtsstaatlichen Strafens formulieren lassen. Schließen sich Rechtsstaat und Todesstrafe aus?

III. Rechtsstaat und Strafprozess: Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für den Rechtsstaat

Nicht von ungefähr sehen *Roxin* und *Schünemann* im Strafverfahrensrecht den Seismographen der Staatsverfassungen.²² Das Verfahren der Strafverfolgung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Geboten. Die Maximen des Strafprozesses werden entsprechend europarechtlich nicht nur im fair trial und den weiteren in Art. 6 EMRK genannten Ausprägungen verankert, sondern auch im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Für die Rechtsstaatlichkeit besonders relevant erweist sich gerade in der Türkei das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit. Dass diese Maxime auch auf deutschem Boden erst durchgesetzt werden musste, zeigt der historische Rückblick auf ein berühmtes Verfahren, in welchem der preußische König Friedrich II. eine fragwürdige Rolle spielte.

Dieser war dem Müller Arnold beigesprungen, der wegen verringerten Wasserzuflusses zu seiner Mühle die vereinbarten Pachtzinsen nicht zahlte, wozu er aber rechtskräftig verurteilt worden war. Gegen den ausdrücklichen Befehl Friedrich II. am 28.11.1779 wies das Kammergericht Berlin die weitere Klage des Müllers ab: der erzürnte Monarch ließ die beteiligten Richter verhaften und sprach gegen diese, weil sich zudem deren Kollegen des Kammergerichts quer stellten, selbst ein Urteil.²³ Die Standhaftigkeit der Richter gipfelte in den anerkennenden geflügelten Worten: »Es gibt noch Richter in Berlin«.

²¹ *Bockelmann*, Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe, in: Maurach (Hrsg.) Die Frage der Todesstrafe, Frankfurt am Main 1965, S. 133. Zu den weiteren Gegeneinwänden s. nur *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Lfg. 73, München Dezember 2014, Art. 102 Rn. 29.

²² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017, S. 9.

²³ *Haft*, Aus der Waagschale der Justitia, München (o. J.), S. 47 ff.

Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für die Wahrung eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist heute weitgehend anerkannt.²⁴ Es zeigt sich aber immer wieder, dass bestimmte Bedingungen für die Durchsetzung des Prinzips notwendig sind, soll es nicht schlicht umgangen werden. Besonders deutlich werden augenblicklich die Probleme in der Türkei, in der Richter Repressalien ausgesetzt sind, wenn sie bestimmten politischen Vorgaben zur Rechtsanwendung nicht Folge leisten. Aber auch in Japan fehlen so weitreichende Schranken wie die Unversetzbarkeit verplanter Richter wie in Deutschland. Dort gibt es alle zwei Jahre eine Rotation der Richterstellen. Was rechtsstaatlich noch hinzunehmen ist, leuchtet dieser Band aus.

IV. Internationale Standards für ein rechtsstaatliches Strafrecht und Strafverfahren

Die Ergebnisse der Debatten zur Relevanz des Rechtsstaats im materiellen und formellen Strafrecht werden rechtsvergleichend im Sinne der funktionalen Methodik bewertet und gebündelt. Dabei ist im modernen Mehrebenensystem des Rechts die internationale Dimension der rule of law einzubeziehen. Es wird geklärt, ob den globalen Anfechtungen ein globales Konzept des Rechtsstaats entgegengesetzt werden kann. Es lohnt sich der Versuch, dessen Elemente im Einzelnen in internationalen, völkerrechtlichen Verbürgungen auszubuchstabieren. Als Referenzboden kann dabei die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) dienen, die wichtige Elemente insbesondere in ihrem Art. 6 EMRK formuliert. Allerdings zeigen sich auch bei ihr die Grenzen 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.²⁵ Ein effektiver Durchsetzungsmechanismus rechtsstaatlicher Prämissen²⁶ ist das A und O der Wirksamkeit des Rechtsstaats im Strafrecht.

²⁴ Kühne, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg; Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 1 Einleitung; §§ 1–47, Berlin, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. J Rn. 12; ders., Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015, § 5 Rn. 109 ff.

²⁵ Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden, 2. Aufl. 2018, Art. 82 AEUV Rn. 5 ff.

²⁶ Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016, S. 48.

Teil I

Grundlegung: Der Rechtsstaat –
Begriff und Bedeutung

Rechtsstaat als Sammelbegriff

Versuch der Konturierung und Kontextualisierung

Markus Kotzur

I. Zur Einleitung: Von der Unverzichtbarkeit der Rechtsstaatsidee

Die Rechtsstaatsidee, noch dazu entwicklungsgeschichtlich informiert und kontextbewusst¹, auf eine griffige Formel zu bringen, ist ein schier unmögliches Unterfangen. Zu heterogen sind die Rechtskulturen, die sich der Herrschaft des Rechts unter ganz unterschiedlichen historischen, sozialen, politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen verschrieben haben.² Allein die Literatur zur Abgrenzung von »Rechtsstaat« und »rule of law« füllt manches Bibliotheksregal.³ Zu vielfältig sind aber auch die Teilelemente, aus denen sich die übergeordnete Rechtsstaatsidee formt und dank derer sich normative Konkretisierungen von Rechtsstaatlichkeit erst gewinnen lassen.⁴ Die Literatur beklagt sogar, dass die hypertrophe Ausdifferenzierung immer neuer Facetten das

¹ Auf die verständnisleitende Bedeutung des Kontexts verweist in seiner »Kontextthese« schon *Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, Königstein 1979, S. 44 ff.

² Zur Relevanz der jeweiligen dogmengeschichtlichen Kontexte und staatstheoretischen Vorverständnisse *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl., München 2018, Art. 20 Rn. 229; *Schulze-Fielitz*, Zur Geltung des Rechtsstaats: Zwischen Kulturangemessenheit und universellem Anspruch, in: *Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft* 5 (2011), S. 1 ff.; siehe auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 764 ff. Eine Möglichkeit zur – auch entwicklungsgeschichtlichen – Strukturierung mag sein, den Rechtsstaat in unterschiedlichen Stufen zu denken, so *Grimm*, Stufen der Rechtsstaatlichkeit, JZ 2009, S. 596 ff.

³ Der »Rechtsstaat« ist gewiss eine spezifisch deutsche Wortprägung, siehe *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 764, unter Verweis auf *Michaelis*, Die Deutschen und ihr Rechtsstaat, Berlin 1980, S. 5. Die im Begriff angelegte Idee umfassender Rechtsbindung aller hoheitlichen Gewalt findet aber in der »Herrschaft des Rechts« ein terminologisches Gegenbild, das den englischen (*»rule of law«*) oder französischen (*»prééminence de droit«*) Sprachraum prägend durchzieht, dazu v. *Bogdandy*, Grundprinzipien, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, S. 13 ff., 36; *Gerkrath*, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe – Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des communautés et de l'union européenne, 1997, S. 347; vgl. auch *Röben*, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007, S. 34.

⁴ Diese Konkretisierungen behandelt im Zusammenspiel von Rechtsstaats- und Demokratieangebot *Breuer*, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und des Demokratiegebots, in: Schmidt-

Rechtsstaatsprinzip entweder zur Leerformel denaturiere oder unter Ausnutzung der Grauzonen zwischen »hartem« Verfassungsrecht und »weicher« politischer Programmatik mit beliebigen Inhalten auflade.⁵ Ganz zu schweigen von den ihrerseits voraussetzungsvollen begrifflichen und konzeptionellen Varianten: Rechtsstaat, Rechtsstaatlichkeit, Rechtsstaatsidee, Rechtsstaatsprinzip und, ohne Staatsbezug, dafür mit besonders programmatischem Impuls »Herrschaft des Rechts«. Art. 2 EUV postuliert Rechtsstaatlichkeit gar als Wertgrundlage der Europäischen Union.⁶

Wenn der Rechtsstaat also nicht mehr ist als ein durch seine Geschichtlichkeit bedingter und in seinem Universalitätsanspruch überforderter Sammelbegriff⁷, böte seine Verabschiedung eine radikale Remedur. Frei vom Ballast einer ideengeschichtlich aufgeladenen, in der politischen Alltagsrhetorik indes oft banalisierten Terminologie, würde der Blick frei auf die vorgenannten, häufig im positiven Verfassungsrecht vorgezeichneten Teilelemente. Für nichts anderes als deren Summe steht doch der »affirmative Rekurs« (*Ph. Kunig*) auf Rechtsstaatlichkeit⁸: von der Gewaltenteilung⁹ über den Vertrauens-¹⁰ bis zum effektiven Rechtsschutz¹¹, vom Vorbehalt des Gesetzes¹² bis hin zur Haftung für staatlich verantwortetes Unrecht¹³ – und nicht zuletzt hin zu einem weiteren Großthema,

Assmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln 2003, S. 223 ff.

⁵ Nachweise bei *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 20, Rn. 32.

⁶ *Ullerich*, Rechtsstaat und Rechtsgemeinschaft im Europarecht, Baden-Baden 2011; *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl., Baden-Baden 2020, § 3 Rn. 13 mit weiteren Verweisen auf die Literatur.

⁷ *Hofmann*, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, *Der Staat* 34 (1995), S. 1 ff.

⁸ Diese Elemente entfaltet eindrucksvoll *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986; weiterhin *Buchwald*, Prinzipien des Rechtsstaats, Maastricht 1996; *Sarčević*, Der Rechtsstaat, Leipzig 1996; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 26; v. *Arnauld*, Rechtsstaat, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 21.

⁹ v. *Arnauld*, Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung. Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: ZParl. 32 (2001), S. 678 ff.; *Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 27; *Möllers*, Die drei Gewalten, Weilerswist 2008; *Cornils*, Gewaltenteilung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 20.

¹⁰ *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2000.

¹¹ *Maurer*, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 467 f.

¹² *Lerche*, Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Heidelberg 2009, § 62.

¹³ Etwa *Windhorst*, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., München 2019.

Autoren- und Herausgeberverzeichnis

Dr. *Carina Dorneck*, M.mel.
Wissenschaftliche Mitarbeiterin am
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medizinrecht
Martin-Luther-Universität Halle-
Wittenberg

Jannik Funnemann
Referendar am Hanseatischen
Oberlandesgericht Hamburg

John Heidemann
Ehemalige Wissenschaftliche Hilfskraft
am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozess-
recht und Medizinrecht
Martin-Luther-Universität Halle-
Wittenberg

Prof. Dr. *Shinichi Ishizuka*
Faculty of Law/ Criminology Research
Center (CrimRC)
Ryukoku University Kyoto

Prof. Dr. *Katsuyoshi Kato*
Law School
Senshu University Tokyo

Prof. Dr. *Hirokazu Kawaguchi*
Faculty of Law
Meiji University Tokyo

Prof. Dr. *Jens Kersten*
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaften
Ludwig-Maximilians-Universität
München

Prof. Dr. *Markus Kotzur*, LL.M
(Duke Univ.)
Lehrstuhl für Europa- und Völkerrecht
Institut für internationale Angelegenheiten
und Europakolleg Hamburg
Universität Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. (Univ. Istanbul)
Dr. h.c. (Univ. Athen) *Philip Kunig*
Juristische Fakultät
Türkisch-Deutsche Universität Istanbul

Prof. Dr. *Heiner Lück*
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Europäische, Deutsche und Sächsische
Rechtsgeschichte
Martin-Luther-Universität Halle-
Wittenberg

Prof. Dr. *Matthias Mahlmann*
Lehrstuhl für Philosophie und Theorie
des Rechts, Rechtssoziologie und Interna-
tionales Öffentliches Recht
Universität Zürich

Prof. Dr. *Heinrich Menkhaus*
Lehrstuhl für Deutsches Recht
Leiter des Instituts für Rechtsvergleichung
Rechtswissenschaftliche Fakultät/
Rechtsgraduiertenschule
Universität Meiji, Tokyo

Prof. Dr. *Yuki Nakamichi*
Faculty of Social Sciences
Waseda University Tokyo

Dr. *Berke Özenc*
Juristische Fakultät
Türkisch-Deutsche Universität Istanbul

Prof. Dr. *İzzet Özgenç*
Juristische Fakultät, Lehrstuhl
für Straf- und Strafprozessrecht
Hacı Bayram Veli Universität Ankara

Prof. Dr. *Joachim Renzikowski*
Lehrstuhl für Strafrecht, Rechts-
philosophie/Rechtstheorie
Martin-Luther-Universität Halle-
Wittenberg

Prof. Dr. *Henning Rosenau*
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medizinrecht
Direktor des Interdisziplinären Zentrums
Medizin – Ethik – Recht
Martin-Luther-Universität Halle-
Wittenberg

Prof. Dr. *Frank Saliger*
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und
Rechtsphilosophie
Ludwig-Maximilians-Universität
München

Prof. Dr. *Makato Tadaki*
Faculty of Law
Chuo University Tokyo

Prof. Dr. *Faruk Turhan*
Juristische Fakultät
Abteilung für Straf- und Strafprozessrecht
Süleyman Demirel Universität Isparta

Prof. Dr. *Liane Wörner*, LL.M.
(UW-Madison)
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozess-
recht, Strafrechtsvergleichung, Medizin-
strafrecht und Rechtstheorie
Universität Konstanz

Prof. Dr. *Ali Kemal Yıldız*
Juristische Fakultät
Türkisch-Deutsche Universität Istanbul

Sachregister

Hinweis: Sofern Fundstellen ausschließlich ein bestimmtes Land betreffen, ist dies durch Klammern mit den Kürzeln (T) für Türkei, (J) für Japan und (D) für Deutschland gekennzeichnet. Bei mehreren aufeinanderfolgenden Fundstellen bezieht sich die Länderkennzeichnung auf alle vorangegangenen Fundstellen.

- AUM-Sekte 175–190 (J)
Auslieferung 114–120 (T)
- Bestimmtheitsgebot 16, 45, 75, 102
Bürgerstrafrecht (*Jakobs*) 3 f., 126–136, 137
Bundesverfassungsgericht 3, 20, 29, 39, 71, 76, 78, 89 (D)
- Double Punishment or Jeopardy 189 (J)
- EGMR, *siehe auch: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte* 61, 77, 81
Einheit der Rechtsordnung 31 (D), 46 (J)
EMRK, *siehe auch: Europäische Menschenrechtskonvention* 4–6, 73, 77
Erfolgswert 88–91
Europäische Menschenrechtskonvention, *siehe auch: EMRK* 4–6, 73, 77
Europäische Union 10, 15, 18, 27, 71 f.
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, *siehe auch: EGMR* 61, 77, 81
- Feindstrafrecht (*Jakobs*) 3 f., 123–136 (D); 137–148 (J)
– Kritik 131–136
– Tatbestand „Conspiracy“ 137–147 (J)
- Gerichte
– Kammergericht 200–213 (D)
– Staatssicherheitsgerichte 229 (T)
– Zuständigkeiten 228 f. (T)
Gesetzesbindung 234 f.
– Gerichtsentscheidungen 235
– Richter 234 f.
Gesetzmäßigkeit der Exekutive 31, 37–40 (J)
– Vorbehalt des Gesetzes 10, 20 (D); 35 (J)
– Vorrang des Gesetzes 20 (D); 37–39 (J)
Gewaltenteilung 10, 16 (D); 28, 31, 34, 39, 43 (J); 51, 62 (T)
Grundrechte 14–16, 67, 72, 75 (D); 31, 35, 44, 85, 89 (J); 52, 54, 62 f., 114 (T)
– Menschenwürde 67, 70 f., 75, 82, 103 f., 135
– Objektformel 70
Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *siehe: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*
- Handlungswert 88–92
Harm Principle, *siehe: Schadensprinzip*
Hinrichtungen
– Konflikt mit Religionsfreiheit 187 f. (J)
– Majestätsbeschädigungs-Vorfall 182 f. (J)
– Massenhinrichtungen der AUM-Sekte 183–186 (J)
- Immunität 111–114 (T)
- Justizgewähr/Justizgewährungsanspruch 17 (D); 41 (J)
- Legitimation 68, 72, 79, 83, 96, 102, 106, 109, 136 (D); 52 (T)
- Marihuana-Verbot 286 f.
Menschenrechte 5, 13, 83, 135 (D); 23, 27 f., 34–37, 44 (J); 52, 111, 119 f. (T)
Müller-Arnold-Prozesse 202–213 (D)
- Nachrichtendienst, *siehe: PSIA*
Notstandsmaßnahmen 18 (D); 53–55, 116 (T)

- Opferschutz 85–88 (J)
- Palermo-Konvention 137–145, 283 (J)
- PSIA (Nachrichtendienst) 187 (J)
- Putschversuch in der Türkei 4 f., 53–59, 116, 119, 168
- Raserfall 258 (D)
- Rechtliches Gehör 17 (D); 41 (J)
- Rechtsgutslehre 3, 89 f., 96–107
- Demokratiedefizit 96, 106
 - Inzest-Urteil 3, 76 f., 89, 96 (D)
 - Rechtsgut 3, 44, 67–83, 85–93, 95–109, 128 f., 134
 - Rechtsgutsbegriff 67 f., 89–93, 97–100
 - Rechtsgutstheorie 68, 73 f., 78, 85–93, 95–109
 - Rechtsgüterschutz 76, 90–93, 93, 95, 107 f., 128, 134
 - Schadensprinzip „Harm Principle“ 79 f. (D), 91 (J)
 - Schutzgut 3, 67–78, 98
- Rechtsschutz 14 f., 28, 31, 41 f., 131
- Rechtssicherheit 11 (D); 29, 31, 45 (J); 51 (T)
- Rechtsstaat
- Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit 12–16
 - Herrschaft des Rechts 9–21, 51
 - In Gefahr 283–287
 - Konturen der Rechtsstaatlichkeit 16 f.
 - Rechtsstaatsbegriff 2, 9–21 (D); 24–30, 284 f. (J)
 - Rechtsstaatsidee 9–12
 - Rechtsstaatsprinzip 3, 10, 107, 135 (D); 25–31, 41, 46, 49, 283–292 (J); 51–53 (T)
 - Staatsformmerkmal 27 f.
- Rechtsstaatliches Strafrecht
- Universalisierung 289 f., 292
 - UN-Zivilpakt 289 f.
- Richtergarantien 237–249 (T)
- Finanzielle Garantie 238 (T), 253 (D)
 - Örtliche 238 f. (T)
 - Sachliche 238 f. (T), 250 f. (D)
 - Unabsetzbarkeit 237 (T)
 - Weisungsfreiheit 251 f. (D)
- Richterliche Unabhängigkeit 5 f., 17, 28, 31, 41, 117
- Bestandsaufnahme 246–255 (D)
 - Entwicklung in Japan 216 f.
 - Fälle in Japan 218 f.
 - Gegenüber dem König 191–213 (D)
 - In der türkischen Verfassung 230
 - Presse-Berichterstattung 255 f. (D)
 - Teilbereiche 220–225 (J), 231–236 (T), 248–255 (D)
- Richterrat 240–243 (T)
- Rule of Law 6, 9, 12, 19 (D); 24, 26–30 (J)
- Sicherungsverwahrung 125 f. (D)
- Souveränität, *siehe: Volkssouveränität*
- Staatsanwälterat 240–243 (T)
- Strafprozess
- Digitalisierung 257
 - Opportunität 259 (D)
 - Öffentlicher Druck 258 (D)
- Strafzwecke
- Generalprävention 127, 134
 - Spezialprävention 124 f.
- Tagungsbericht 293–301
- Terror 3 f., 18, 95 f., 123, 127–131, 137 (D); 141–148 (J); 53, 56 f., 116, 118 (T)
- Todesstrafe 4 f., 140, 142
- Abschaffung 151–157 (D)
 - Ausstrahlungswirkung des Verbots 163 f. (D)
 - Im Strafrechtssystem Japans 176 f.
 - Menschenwürdegarantie 158–162
 - Minderjährige, gegen 188 (J)
 - Nationalsozialismus 152 f.
 - Politisierung und Entwicklung 177–182 (J)
 - Statistik 177 (J), 178 (J)
 - Verfassungshistorische Perspektive 151–157 (D), 167 f. (T)
 - Vollstreckung 168 f. (T)
 - Wiedereinführungsdiskussion 155 f. (D); 166–173, 169 f., 170 f. (T)
- ultima ratio 76 f., 95, 104
- Unabhängigkeit, *siehe: Richterliche Unabhängigkeit*
- Übermaßverbot, *siehe: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

- Vereinigungslösung 139 f., 147 f.
Verfassung 3, 10–12, 67–73, 96 f., 105–108,
135 (D); 24–26, 31, 34–37, 41 f. (J)
Verfassungsgericht
– Bundesverfassungsgericht 3, 20, 29, 39,
71, 76, 78, 89 (D)
– Hüter der Verfassung 55, 59
– Verfassungsgericht der Türkei 56–62
– Verfassungstheorie 69–73
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 31, 44 (J);
76, 102, 106, 136 (D)
Volkssouveränität 13 (D); 52 (T)
Werbung für Schwangerschaftsabbrüche
258 (D)
Willkürverbot 12, 103, 131 (D); 49, 145 (J);
51, 55, 57 (T)