Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft

Damir Böhm

Strafrechtliche Gesetzlichkeit als Prinzip?

Eine Untersuchung über das Spannungsverhältnis
zwischen positivrechtlichen und erkenntnistheoretischen
Grundlagen strafrechtlicher Gesetzlichkeit

Herausgegeben von
Regina Harzer

8

Einleitung

A. Ziel der Arbeit

„*Freiheit bedeutet, von nichts anderem abhängig zu sein als von den Gesetzen*“¹. Nehmen wir an, *Voltaire*s Satz ist ohne weitere Bedingungen richtig. Nehmen wir weiterhin an, dass wir in unserem heutigen demokratischen und rechtsstaatlichen Staat in Freiheit leben, so könnte gesagt werden, dass wir in diesem Staat von nichts anderem als von dessen Gesetzen abhängig sind.

An diese Behauptung schließt sich die Frage nach den Bedingungen der Beschaffenheit dieser Gesetze, die die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger gewährleisten sollen, an. Wie müssen solche Gesetze beschaffen sein, damit sie Freiheit begründen und gewährleisten können?

Unabhängig von *Voltaire*s Satz ist es in unserem Rechtssystem Aufgabe des Staates, die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger zu wahren.

Zugleich steht dem Staat mit dem Strafrecht die Möglichkeit des intensivsten Eingriffsmittels in diese Freiheit der Bürgerinnen und Bürgern zur Verfügung. Aufgrund dieser Eingriffsmöglichkeit stellt sich die Frage nach den Bedingungen staatlichen Strafens, die nicht gegen die grundlegende Aufgabe der Freiheitsgewährleistung durch den Staat verstoßen. Denn nur ein rechtsstaatliches Strafen, also ein Strafrecht, erlaubt diese staatliche Befugnis.

Maßstab für die Rechtsstaatlichkeit des staatlichen Strafens und somit des Strafrechts ist das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip. Dieses ist sowohl in der Verfassung in Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz als auch am systematischen Anfang des Strafgesetzbuches in § 1 festgesetzt. Strafrechtliche Gesetzlichkeit fordert vom Staat die Einhaltung bestimmter Bedingungen bei der Konzeption sowie der Anwendung von Strafgesetzen.

Welcher Art müssen diese Bedingungen an die Strafgesetze sein, so dass das Strafrecht die rechtsstaatlich garantierte Freiheit von Bürgerinnen und Bürgern gewährleisten kann? Was sind die Bedingungen der Möglichkeit einer praktischen Umsetzung dieser Kriterien? Kann das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip das Strafrecht derart bestimmen, dass die Freiheit nur in rechtmäßiger Weise eingeschränkt werden kann?

1 *Voltaire* (1694-1778), *Pensées sur le gouvernement*, VII, S. 526: „La liberté consiste à ne dépendre que des lois“.

Es wird angenommen, die Bedeutung des strafrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzips sei allgemein bekannt und bedürfe für den alltäglichen praktischen Gebrauch des Strafrechts keiner weitergehenden Bestimmung. Es verwundert somit nicht, wenn das strafrechtliche Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Existenz geradezu als selbstverständlich wahrgenommen wird.

Diese durchaus in der Strafrechtspraxis vorhandene selbstverständliche Annahme der Berücksichtigung strafrechtlicher Gesetzmäßigkeit birgt die Gefahr, dass das Prinzip strafrechtlicher Gesetzmäßigkeit inhaltlich nicht hinreichend berücksichtigt wird. Strafrecht dient aktuell immer mehr der Verhaltensregulierung und Problembewältigung in verschiedenen Lebensbereichen der Gesellschaft. Dies gilt sowohl für die Inhaltsbestimmung neuer Strafnormen als auch für die Art der Anwendung und insbesondere der Auslegung vorhandener Strafgesetze.

Es sei nur an einige aktuelle Beispiele erinnert:

- Zunächst kann die sogenannten „*Kampfhundproblematik*“ genannt werden. Nachdem im Jahr 2000 ein sechsjähriger Junge von einem Hund gebissen und an den Verletzungen gestorben ist, ist in einem schnellen Gesetzgebungsverfahren der „Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Hunden“ in § 143 StGB reguliert worden². Dabei verwies diese Norm auf die jeweils unterschiedlichen Landeshundeverordnungen. Das Bundesverfassungsgericht hat einen Verstoß gegen die Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG angenommen und mit Urteil vom 16. März 2004 das Gesetz für nichtig erklärt³.
- Weiterhin hielt es die Politik für notwendig, den Regelungsgehalt des § 303 StGB, der Sachbeschädigung aufgrund empfundener Missstände zu erweitern. Das Entfernen von Graffiti an Hauswänden und an Eisenbahnwagons koste Private und Steuerzahler jährlich mehrere Millionen Euro. Durch Einfügung eines weiteren Absatzes in § 303 StGB sollte mit dem Strafrechtsänderungsgesetz vom 01. September 2005 das Sprühen von Farbe auf fremde Sachen, das sogenannten „*Graffiti*“, strafbewährt sein. Die Norm selbst demonstriert die Unfähigkeit des Strafrechts auf der einen Seite, einen Einzelfall regulieren zu wollen und auf der anderen Seite den Tatbestand derart offen zu halten, um vergleichbare Fälle in Zukunft unter Strafe zu stellen.
- Die neue Stalking-Vorschrift nach § 238 StGB wird massiv wegen mangelnder Bestimmtheit kritisiert. Somit ist die Inhaltsbestimmung der Tatbestandsmerkmale „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ der Judikative überlassen. Diese⁴ geht davon aus, dass der Normzweck nicht jedes

2 G. v. 12.04.2001, BGBl. I, S. 530 ff.

3 BVerfG Entscheidung vom 16.3.2004, Az.: 1 BvR 1778/01.

4 OLG Hamm, Entscheidung vom 20.11.2008, 3 Ss 469/08, Rn. 13 f.; OLG Rostock, Entscheidung vom 27.05.2009, 1 Ss 96/09 I 40/09, Rn. 19.

- „belästigende“ Verhalten erfassen will, sondern gravierende und ernst zu nehmende Beeinträchtigungen in einem konkreten Kontext vorliegen müssen.
- Des Weiteren soll das Institut der sogenannten unbenannten besonders schweren Fälle des Strafgesetzbuches eine flexible Anwendung von Strafgesetzen durch die Justiz ermöglichen, wenn ein entsprechender Bestrafungsbedarf durch das Gericht angenommen wird.
 - Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Einheit des Strafrechts ist im prozessualen Bereich insbesondere die nachträgliche Sicherungsverwahrung zu nennen, die außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens über das Strafurteil hinaus eine faktische lebenslange Freiheitsentziehung bedeuten kann.
 - Eingriffe in die Freiheit von jugendlichen bzw. heranwachsenden Beschuldigten können anhand der gerichtlichen Ermessensfreiheit bei Erziehungsmaßregeln erfolgen, da diese in ihren Bedingungen und konkreten Ausgestaltung nicht dem Art. 103 Abs. 2 GG unterliegen sollen.

Dies sind nur wenige Beispiele, die den Bedarf der Gesellschaft und die Methoden der Kriminalpolitik widerspiegeln, das Strafrecht zu instrumentalisieren.

Somit liegen die Ursachen für die Existenz derart weiter staatlicher Strafmöglichkeiten in erster Linie in einer immer mehr ausufernden Kriminalpolitik, die pauschal nach dem Motto diktiert: Die Möglichkeiten des Strafrechts sind zu erweitern, weil es das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung verlangt und somit notwendig ist! Ein solches Problembewältigungsstrafrecht verliert seinen Selbstzweck, ausschließlich der Bestrafung zu dienen.

Dieser durch gesellschaftliche Probleme verursachte Ruf nach Sicherheit wird aufgrund der medial gefühlten Bedrohung durch Terroranschläge immer lauter. Beginnend mit den Ereignissen des 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten von Amerika ergriff eine Angstwelle die europäischen Staaten. Angeheizt wurde dieses Angstempfinden durch die terroristischen Anschläge in Madrid 2004, in London 2005 und 2007, die versuchten terroristischen Anschläge auf die Deutsche Bahn in Köln durch die sogenannten „Kofferattentäter“ 2006 sowie die in Deutschland aufgedeckte sogenannten „Sauerland-Gruppe“, die im Herbst 2007 Autobombenanschläge in Deutschland geplant hatte. Seitdem verlangen Politik und Medien vehementer nach neuen Strafgesetzen, effektiveren Ermittlungsmethoden, d.h. insbesondere einer flexibleren Handhabung strafprozessualer Vorschriften sowie neuen Möglichkeiten der Informationsbeschaffung durch Erweiterung der Kompetenzen der Ermittlungsbehörden.

Diese Ausführungen verdeutlichen den gesellschaftlichen Anspruch und die Erwartungen an das Strafrecht. Es besteht die Annahme, dass ein drakonisches Strafrecht proportional mehr Sicherheit gewährleiste.

Durch die Anwendung dieses „scharfen Schwertes“ will die Kriminalpolitik demonstrieren, dass sie in der Lage sei, aktuelle gesellschaftliche Probleme anzupacken, zu bewältigen und das gesellschaftliche Sicherheitsbedürfnis zu befriedigen.

Dabei wird verkannt, dass das Strafrecht ein generelles Bedürfnis nach Sicherheit nicht zu befriedigen vermag. Die Gründe dafür sind zahlreich. Eine umfassende Verhaltensregulierung mittels staatlicher Bestrafungsmöglichkeiten führt zu einem Problembewältigungsdruck in der strafrechtlichen Praxis. Dies wiederum führt zu einer mangelhaften Anwendung vorhandenen materiellen und prozessualen Strafrechts. Immer mehr Strafverfahren werden aus verschiedenen politischen und ökonomischen Gründen schnell beendet⁵. Eine konsequente Umsetzung gesetzlicher Vorgaben ist nicht mehr gewährleistet.

Eine Erweiterung der Möglichkeiten im Ermittlungsverfahren bei der Beweisgewinnung und der „Durchleuchtung“ von Personen und Daten stellt für sich genommen einen im Vorfeld des Schuldspruchs gravierenden Einschnitt in die Freiheitsrechte der Bevölkerung dar. Mit strafrechtlicher Gesetzlichkeit wird an dieser Stelle innerhalb der Politik nicht argumentiert. Strafrechtliche Gesetzlichkeit erstreckt sich ohnehin nicht auf den prozessualen Teil des Strafrechts und beschränke ausschließlich die Strafbarkeit an sich. Solchen aktuellen Ansätzen ist der Grundsatz der *Einheit des Strafrechts* völlig fremd!

Insgesamt stellt sich somit die zwingende Frage nach der aktuellen Bedeutung und Funktionstüchtigkeit der strafrechtlichen Gesetzlichkeit als Prinzip im aktuellen Strafrecht. Besteht überhaupt die Möglichkeit, die Bedingungen strafrechtlicher Gesetzlichkeit aufgrund der vermeintlichen großen Menge an zu regulierenden Lebenssachverhalten einzuhalten? Können anhand der Gebote des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips die notwendigen Informationen für die Bildung von Un-Werten an den Adressaten eines neuen Straftatbestandes transportiert werden⁶? Bedarf strafrechtliche Gesetzlichkeit einer Anpassung an eine aktuelle strafrechtliche Lebenswirklichkeit? Ist strafrechtliche Gesetzlichkeit womöglich nicht „modern“ genug für ein vorhandenes Bestrafungs- und Sicherheitsbedürfnis der aktuellen Gesellschaft? Inwiefern darf das Strafrecht zur Begründung staatlicher Sicherheit in die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger eingreifen?

Ziel dieser Arbeit ist es, die aufgeworfenen Fragen zu beantworten und dadurch das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip schlechthin auf eine mögliche

5 In der Politik können dies ad-hoc Gesetze als schnelle symbolische Problembewältigungsmaßnahmen sein. Ökonomische Überlegen werden durch den regen Gebrauch des gesetzlich kodifizierten Opportunitätsprinzips täglich im Strafverfahren umgesetzt.

6 Zur Bedeutung der Information als ein das Unrechtsbewusstsein bildende Kriterium, vgl. *Ransiek*. Gesetz, S. 26.

praktische Umsetzung in der strafrechtlichen Lebenswirklichkeit und Strafrechtspraxis zu untersuchen.

Daneben soll die Erneuerung und Verfestigung des Bewusstseins über den aktuellen Umgang sowie über die Bedeutung strafrechtlicher Gesetzlichkeit als Prinzip dargelegt werden; d.h. ein konsequent gedachtes Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit muss als notwendige Schranke eines ausufernden gesetzlichen Positivismus angesehen werden. Schließlich stellt strafrechtliche Gesetzlichkeit die letzte Verklammerung zwischen einem vermeintlichen materiellen und prozessualen Strafrecht dar. Sie ist die Gewährleistung für die Einheit des Strafrechts.

B. Gang der Untersuchung

Die Herkunft des Satzes „*nulla poena sine lege*“ – „*Keine Strafe ohne Gesetz*“ ist von der dogmatischen Begründung her immer noch unklar⁷. Ein umfassendes Bewusstsein über den Untersuchungsgegenstand verlangt die Kenntnis der Möglichkeiten der sprachlichen Bedeutung des Begriffskomplexes „*strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip*“.

Die Grundlage der Untersuchung ist daher eine abstrakte etymologische Betrachtung des Begriffskomplexes „*strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip*“. Dieser Ansatz dient einer Relativierung und Klärung möglicher Bedeutungen der einzelnen Begriffselemente.

Bei dieser Untersuchung wird im ersten Kapitel allgemein nach der Bedeutung jedes einzelnen Begriffselements gefragt. Sodann wird die Bedeutung dieser Begriffselemente in unterschiedlichen Kontexten, insbesondere im strafrechtlichen Zusammenhang untersucht. Schließlich wird deren Bedeutung im Zusammenhang des gesamten Begriffskomplexes dargestellt.

Die beiden nachfolgenden Kapitel behandeln unterschiedliche Möglichkeiten der Begründung strafrechtlicher Gesetzlichkeit als Prinzip.

Im zweiten Kapitel wird die positivrechtliche, die historische Begründung dargestellt. Es besteht aus fünf Abschnitten. Die ersten beiden Abschnitte enthalten die positivrechtliche Begründung strafrechtlicher Gesetzlichkeit zunächst auf nationaler und sodann auf internationaler Ebene. In jedem dieser beiden Abschnitte beginnt die Betrachtung der Herleitung strafrechtlicher Gesetzlichkeit in der Gegenwart.

Mit der Frage nach den Bedingungen der jeweils geltenden positivgesetzlichen Erscheinung strafrechtlicher Gesetzlichkeit findet eine rückwärtige Be-

7 Hassemer NK, § 1 Rn. 4.

trachtung der Begründung und Herleitung strafrechtlicher Gesetzlichkeit statt. Dies ermöglicht eine Darstellung aller Bedingungen, die Einfluss auf einen aktuellen Umgang mit strafrechtlicher Gesetzlichkeit hatten.

Die Abschnitte drei und vier sind an die ersten beiden angelehnt. Sie enthalten die Folgerungen aus der Begründung strafrechtlicher Gesetzlichkeit für das jeweilige Rechtssystem. Es handelt sich sozusagen um die Rechtsfolge der zuvor dargestellten Bedingungen.

Im fünften Abschnitt wird die Entwicklung der Positivierung strafrechtlicher Gesetzlichkeit vervollständigt. Dieser Abschnitt enthält verschiedene Umgangsmöglichkeiten mit dem Grundsatz, die von dessen Akzeptanz bis hin zu der vollständigen Negation reichen.

Das zweite Kapitel stellt insgesamt die verschiedenen Erscheinungen möglicher Positivierung strafrechtlicher Gesetzlichkeit dar. Dieses Kapitel wird in der Untersuchung „These“ genannt, da es eine Aussage über die positiv geregelte strafrechtliche Gesetzlichkeit trifft, die im Gegensatz zu der Aussage des dritten Kapitels steht. Die These (griechisch: *thésis*; *Platz, Stelle, Lage*, hier mehr im Sinne von *Satz, Vorschlag, Behauptung*) bezeichnet eine wissenschaftlich zu beweisende Behauptung. Der Verfasser einer These behauptet die Wahrheit, die bewiesen werden muss. Die hier aufzustellende These soll die historische und positivgesetzliche Wahrheit über die Handhabung und das Bestehen der strafrechtlichen Gesetzlichkeit darstellen.

Das dritte Kapitel befasst sich mit der erkenntnistheoretischen Herleitung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips und bildet die „Antithese“. Dieser Ansatz bestimmt den Gehalt strafrechtlicher Gesetzlichkeit als Prinzip a priori. Grundlage der Untersuchung ist die Erkenntnistheorie *Kants*. Dabei werden zwei wesentliche Fragen aufgeworfen: Erstens, ist strafrechtliche Gesetzlichkeit überhaupt a priori denkbar? Zweitens, welchen Bedeutungsgehalt muss sie haben, damit sie als unbedingtes Prinzip denkbar ist?

Im vierten Kapitel werden die Folgerungen aus der These und der Antithese in einer Synthese zusammengeführt. Im Mittelpunkt stehen die Problemfelder, die durch das generell vorhandene Spannungsverhältnis zwischen positiver und überpositiver Begründung entstehen sowie die Beantwortung der Frage der Bedingungen der Möglichkeit einer praktischen Umsetzung eines Prinzips strafrechtlicher Gesetzlichkeit.

Durch diese Synthese werden die Grenzen des Prinzips strafrechtlicher Gesetzlichkeit in der aktuellen praktischen Handhabung aufgezeigt. Dabei ist es nicht überraschend, wenn vorweggenommen wird, dass es die Anforderungen der praktischen strafrechtlichen Lebenswirklichkeit und die eines ökonomisch und politisch orientierten Strafrechts sind, die mit einem festen und wenig flexiblen Grundsatz – einem Rechtsprinzip – in Einklang zu bringen sind. Daher

kann anhand eines Vergleichs durch die Synthese der „kleinstmögliche gemeinsame Nenner“ der beiden Herleitungen strafrechtlicher Gesetzlichkeit erarbeitet werden.

Das fünfte Kapitel dient der Untersuchungen der Gründe für aktuelle Ausnahmen des Gesetzlichkeitsprinzips und wirft einen Blick auf die Möglichkeiten einer theoretischen Handhabung des Prinzips strafrechtlicher Gesetzlichkeit *de lege ferenda*.

Dabei stehen u.a. folgende Fragen im Mittelpunkt: Ist der Status quo des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips ein Idealzustand? Oder aber ist das Prinzip aufgrund der hohen politischen Einflussnahme entbehrlich, wenn eine flexible Kriminalpolitik aufgrund der Bedingungen der Strafrechtspraxis die strafrechtliche Lebenswirklichkeit darstellt?

Wie muss ein Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit beschaffen sein, damit die Möglichkeit einer konsequenten und prinzipienorientierten Um- und Durchsetzung besteht? Bedarf die Erscheinung strafrechtlicher Gesetzlichkeit dafür weiterer Ergänzungen (materiell-rechtlicher Art)?

Somit soll dieses letzte Kapitel eigene Vorschläge zur zukünftigen Handhabung strafrechtlicher Gesetzlichkeit anbieten, welche *Voltaires* Satz unbedingte Geltung verschaffen sollen.