

Damir Böhm

Strafrechtliche Gesetzlichkeit als Prinzip?

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

Herausgegeben von
Regina Harzer

8

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Ziel der Arbeit	1
B. Gang der Untersuchung	5
Erstes Kapitel: Sprachlicher Untersuchungsansatz	9
A. Begriffselement: Gesetz	9
I. Etymologische Annäherungen	9
II. Der Begriff „Gesetz“ in unterschiedlichen Kontexten	12
III. Rechtliches Verständnis	13
IV. Zusammenfassung	15
B. Begriffselement: Prinzip	16
I. Etymologische Untersuchung	16
II. Der Begriff „Prinzip“ in unterschiedlichen Kontexten	16
III. Rechtliches Verständnis	17
IV. Zusammenfassung	18
C. Begriffselement: Strafrecht	18
D. „Das Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit“	20
I. Das sprachliche Verhältnis von Gesetzlichkeit und Prinzip	21
II. Einfluss der einzelnen Begriffselemente auf die Bedeutung des Begriffskomplexes	22
E. Zusammenfassung und weitere Überlegungen	22
Zweites Kapitel: Historischer Untersuchungsansatz – These	25
A. Begründung strafrechtlicher Gesetzlichkeit im deutschen Recht	25
I. Verfassungsrechtlicher Kontext	26
1. Art. 103 Abs. 2 GG	26
a) Demokratieprinzip	27
b) Gewaltenteilung	28
c) Rechtsstaatlichkeit	30
d) Menschenwürde, Art. 1 GG	31
e) „Ewigkeitsklausel“, Art. 79 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 GG	33
f) Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG	36
2. Zusammenfassung	36

II. Strafrechtlicher Kontext	37
1. Materielles Strafrecht.....	37
a) Straftheorien.....	39
aa) Relative Straftheorien	39
(1) Theorie der negativen Generalprävention	39
(1.1) Begründung durch Paul Johann Anselm von Feuerbach	40
(1.2) Staatstheoretischer Ansatz	40
(1.3) Straftheoretischer Ansatz	42
(1.4) Bedeutung für das Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit	45
(1.5) Kritik	48
(2) Theorie der positiven Generalprävention	50
(2.1) Funktion gegenüber dem Täter	50
(2.2) Funktion gegenüber der Gesellschaft	51
(2.3) Bedeutung für das Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit	52
(2.4) Kritik	53
(3) Theorie der Spezialprävention	54
(3.1) Begründung durch Franz von Liszt	54
(3.2) Bestimmung der Wahrheit als Grundlage staatlichen Strafens	55
(3.3) Bedeutung für das Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit	57
(3.4) Kritik	60
bb) Absolute Straftheorien – die Vergeltungstheorie	63
(1) Begründung	63
(2) Bedeutung für das Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit	65
(3) Kritik	65
cc) Vergeltende Vereinigungstheorie	67
(1) Begründung	67
(2) Bedeutung für das Prinzip strafrechtlicher Gesetzlichkeit	68
(3) Kritik	69
dd) Zusammenfassung	70
b) Schuldprinzip	71
c) Gerechtigkeitsgedanke	76
2. Prozessuales Strafrecht	77
III. Zusammenfassung	78

B. Internationale Begründung strafrechtlicher Gesetzlichkeit.....	78
I. Kontinentaler europäischer Raum	79
1. Frankreich	79
a) Historische Begründung	79
aa) Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu	80
bb) Jean-Jacques Rousseau	81
b) Weitere Entwicklung	83
c) Aktuelle positivrechtliche Regelungen	84
2. Italien	86
3. Österreich.....	88
4. Sowjetunion / Russland	90
II. Angelsächsischer Raum / Großbritannien	94
1. Magna Charta	94
2. Thomas Hobbes	99
3. John Locke	101
4. Begründung strafrechtlicher Gesetzlichkeit.....	103
5. Aktuelle Entwicklungen	104
III. Außereuropäischer Raum	105
1. Südamerika / Brasilien.....	105
2. Vereinigte Staaten von Amerika.....	106
a) 18. Jahrhundert	106
b) Aktuelle Entwicklungen	108
3. Volksrepublik China	110
IV. Staatenverbände	111
1. Vereinte Nationen – UN.....	111
2. Europa.....	112
V. Zusammenfassung	114
C. Folgerungen aus dem Gesetzlichkeitsprinzip für das nationale Recht....	115
I. Verfassungsrecht	115
1. Unterprinzipien	117
a) Bestimmtheitsgebot	118
b) Rückwirkungsverbot	120
c) Analogieverbot	121
d) Verbot von Gewohnheitsrecht	122
2. Abwehr- und Schutzfunktion	122
II. Strafrecht	123
1. Materielles Strafrecht.....	124
a) Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	124

b) Auswirkungen der Unterprinzipien auf das materielle Strafrecht.....	125
c) Zwischenergebnis	126
2. Prozessual strafrechtlicher Kontext	126
a) Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip	127
b) Geltung strafrechtlicher Gesetzlichkeit im Strafprozessrecht	129
c) Zwischenergebnis – Einheit des Strafrechts	132
3. Vollzug der Freiheitsstrafe.....	133
a) Geltung strafrechtlicher Gesetzlichkeit im Strafvollzug	133
b) Der Zweck des Strafvollzugs	137
4. Maßregeln der Besserung und Sicherung	138
III. Zusammenfassung	142
D. Folgerungen aus dem Gesetzlichkeitsprinzip für das internationale Recht	143
I. Kontinentale europäische Länder	143
1. Frankreich	143
2. Italien	146
3. Österreich.....	147
4. Sowjetunion / Russland	148
II. Angelsächsischer Raum / Großbritannien	149
III. Außereuropäischer Raum	151
1. Südamerika / Brasilien.....	151
2. Vereinigte Staaten von Amerika.....	153
3. Volksrepublik China	154
IV. Staatenverbände	155
1. Vereinte Nationen – UN	155
2. Europa.....	156
V. Zusammenfassung	161
E. Historische Positivierungen strafrechtlicher Gesetzlichkeit	162
I. Negation des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips.....	163
1. Deutsche Demokratische Republik.....	163
2. Deutscher Nationalsozialismus.....	165
3. Das 19. Jahrhundert	171
a) Karl Binding	171
b) Lehre vom natürlichen Verbrechen	173
c) Zusammenfassung	175
4. Hochmittelalter	176
a) Die Constitutio Criminalis Carolina	176
b) Martin Luther.....	179
c) Thomas von Aquin	181

d) Zusammenfassung	183
5. Frühes Mittelalter	184
6. Antike	185
a) Antikes Rom	185
b) Antikes Griechenland	188
c) Zusammenfassung	191
7. Urformen von Gesetzlichkeit	191
a) Kodex des Königs Hammurapi	191
b) Das Alte Testament	192
8. Zusammenfassung	193
II. Bedingte Geltung strafrechtlicher Gesetzlichkeit	193
1. Weimarer Republik	193
2. Das 19. Jahrhundert	196
a) Preußen	196
b) Die historische Schule	198
c) Zusammenfassung	200
III. Unbedingte Geltung strafrechtlicher Gesetzlichkeit	201
1. Recht der Besatzungsmächte nach dem Zweiten Weltkrieg	201
2. Das 19. Jahrhundert	203
F. Zusammenfassung	204
 Drittes Kapitel: Philosophischer Untersuchungsansatz – Antithese	207
A. Eine erkenntnistheoretische Untersuchung nach Immanuel Kant	207
I. Grundlagen	207
1. Bedingungen der Möglichkeit der Erfahrung	208
2. Bedingungen der Möglichkeit der Erfahrung über das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip	210
a) Begriffselement: Gesetzlichkeit	211
b) Begriffselement: Prinzip	213
c) Begriffselement: Strafrecht	213
d) Zusammenfassung	215
II. Konkrete Erkenntnisse über das strafrechtliche Gesetzlichkeits- prinzip	215
1. Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip ist ein kategorischer Imperativ	216
2. Rechtmäßiges Handeln im Sinne des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips	216
a) Strafrechtlicher Gesetzesvorbehalt	217
b) Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	217
aa) Rückwirkungsverbot	218

bb) Verbot von Gewohnheitsrecht	218
cc) Analogieverbot	218
dd) Bestimmtheitsgebot	218
c) Zusammenfassung	219
3. Forderungen des Sollens an das Sein – die Form entscheidet	220
III. Zusammenfassung	221
B. Kritik	221
C. Zusammenfassung	223
 Viertes Kapitel: Zusammenführung von These und Antithese -Synthese ..	225
A. Ziel der Zusammenführung.....	225
B. Unterschiede, Kollisionen und Problemfelder	225
I. Unterschiede	226
1. Unterschiedliche Verfahrensstadien	226
2. Unterschiedliche Ziele	226
II. Kollisionen und Problemfelder.....	227
1. Grundsätzliche Probleme der Umsetzung strafrechtlicher Gesetzlichkeit.....	227
a) Auslegungsproblematik	227
b) Flexibilitätsbedürfnis	228
c) Problematik der Erscheinung des Art. 103 Abs. 2 GG.....	229
2. Problemfelder strafrechtlicher Gesetzlichkeit in der rechtlichen Lebenswirklichkeit.....	229
a) Nationales Recht.....	229
aa) Gesetzgebung	229
bb) Rechtsprechung	233
cc) Prozessrecht	236
dd) Vollzugsrecht	242
ee) Maßregelrecht	242
b) Europa.....	244
III. Zusammenfassung	246
C. Die Synthese	247
I. Möglichkeit einer Synthese	248
II. Der kleinste gemeinsame Nenner	248
1. Geschichtliche Erfahrungen und daraus gewonnene Erkenntnisse	248
2. Sicherung von Grundrechten	248
3. Positivrechtliche Anerkennung von überpositivem Recht	249
D. Zusammenfassung	250

Fünftes Kapitel: Zwingende Folgerungen aus dem Prinzip strafrechtlicher Gesetzmäßigkeit.....	251
A. Ausgangspunkt	251
B. Begründungen von Ausnahmen der Geltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips	251
I. Strafrechtlicher Ansatz	252
1. Konfliktbewältigung	252
2. Verständnis von Menschenwürde	253
3. Notwendigkeit eines Rechtsrealismus	255
II. Politischer Ansatz	256
1. Kriminalpolitische Legitimation	256
2. Sicherheit	258
3. Vermeidung von Kritik	259
4. Ökonomische Aspekte	260
III. Außerrechtliche Relativierung	261
1. Sprache und Symbolik	261
2. Neurologische Erkenntnisse	262
IV. Zusammenfassung	263
V. Kritik	264
C. Begründung der unbedingten Geltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips.....	264
I. Möglichkeiten eines eigenen Ansatzes	265
1. Rechtssystemwandel als gegenwärtige Situation	265
2. Grenzen möglicher Handhabungsvorschläge	265
II. Folgerungen aus den Bedingungen praktischer Vernunft	266
1. Achtung der Menschenwürde als absoluter Ausgangspunkt	266
2. Praktische Vernunft als Leitsatz	267
a) Umgehung der menschlichen Beschränktheit	267
b) Prinzipien als Ausgangspunkte	268
c) Richtiges Recht statt moralischer Zwecke	268
d) Diskursnotwendigkeit	269
e) Vergleich mit dem angelsächsischen Rechtssystem	270
3. Vorzüge einer absoluten Geltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips....	271
a) Garantiefunktion	271
b) Keine Steuerungsaufgaben des Strafrechts	272
c) Integrität des Staates	273
d) Gerechtigkeit.....	274
e) Re-Sozialisierungsmöglichkeiten außerhalb des Strafrechts..	274
III. Konkrete Veränderungen als Handhabungsvorschläge	275
1. Veränderung der Erscheinung des Art. 103 Abs. 2 GG.....	276
2. Verfassungsrechtliche Änderung	278

XVIII

3. Strafrechtliche Änderungen	280
4. Praktische Umsetzung	281
5. Zusammenfassung	281
Schlussbetrachtung und weitere Überlegungen	283
Literaturverzeichnis	287