

# 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

# 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
II. 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 Gesetzlichkeit.....	251
A. Ausgangspunkt .....	251
B. Begründungen von Ausnahmen der Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips .....	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 Gesetzlichkeitsprinzips.....	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. Vorteile einer absoluten Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips....	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