

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 313

**Der Gesetzlichkeitsgrundsatz
im Lichte einer verfassungskonformen
Straftatlehre**

Von

Janis-Titus Krahl



Duncker & Humblot · Berlin

JANIS-TITUS KRAHL

Der Gesetzlichkeitsgrundsatz im Lichte einer
verfassungskonformen Straftatlehre

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 313

Der Gesetzlichkeitsgrundsatz im Lichte einer verfassungskonformen Straftatlehre

Von

Janis-Titus Krahl



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund, Marburg

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-18947-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58947-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Mama

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen.

Ein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund, der nicht nur zum Gelingen der Arbeit maßgeblich beigetragen hat, sondern mich auch über meine komplette Studienzeit begleitet hat und mir mit Rat und Tat zur Seite stand. Einen besseren akademischen Lehrer kann man sich wohl kaum wünschen!

Frau Professorin Dr. Stefanie Bock danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachten sowie die schnelle Erstellung des Gutachtens.

Von ganzem Herzen bedanken möchte ich mich zudem bei meiner wundervollen Freundin Lisa. Nicht nur für die akribische Durchsicht der Arbeit, sondern darüber hinaus auch für die jederzeitige Unterstützung, Aufmunterung und Nähe.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen auch meine Mama sowie mein Bruder, die mich in jeder erdenklichen Lebenssituation uneingeschränkt unterstützt und mir meinen – wenn auch nicht gradlinigen – akademischen Werdegang erst ermöglicht haben!

Marburg, im März 2023

Janis Krahl

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in die Problematik und Gang der Arbeit	13
B. Rechtsstaatliches Strafen – Verfassungsrechtliche Anforderungen	15
I. Grund und Zweck von Schuldpruch und Strafe	16
1. Absolute Straftheorien	16
2. Präventive Straftheorien	17
a) Spezialprävention	18
b) Generalprävention	19
3. Restitutive Straftheorie	20
II. Die Ebene der Verhaltensnormen	25
1. Legitimation von Verhaltensnormen	25
a) Legitimer Zweck – Rechtsgutsbegriff	26
b) Geeignetheit	31
aa) Perspektivische Bestimmung der Verhaltensnormlegitimation	31
bb) Möglicher Adressat einer Verhaltensnorm	33
c) Erforderlichkeit und Angemessenheit	35
2. Konkretisierung von Verhaltensnormen	36
3. Zwischenfazit	40
III. Die Ebene der Sanktionsnormen	41
1. Rechtsnatur der Sanktionsnorm im Verhältnis zur Rechtsnatur des Strafgesetzes	41
2. Legitimation von Sanktionsnormen	46
a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die Sanktionsnorm	46
b) Angemessenheit	51
C. Der Gesetzlichkeitsgrundsatz	56
I. Sinn und Zweck des Gesetzlichkeitsgrundsatzes – Zur verfassungsrechtlichen Herleitung	58
II. Zu den Ausprägungen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes	63
1. Bestimmtheitsgrundsatz	63
a) Maßgeblicher Adressat	65
b) Inhaltliche Anforderungen an die Bestimmtheit – Zum genauen Gegenstand des gesetzlich Bestimmten	70
2. Das Rückwirkungsverbot	77
3. Das Analogieverbot	78
4. Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung	82

D. Vermeintliche und tatsächliche Verstöße gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz . . .	84
I. Fahrlässigkeitsdelikte	84
1. Verfassungskonformität	85
2. Verfassungswidrigkeit	86
3. Würdigung und Stellungnahme auf der Grundlage einer zutreffenden normtheoretischen Differenzierung	88
a) Fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung	91
b) Gefährdung des Straßenverkehrs und fahrlässige Brandstiftung	92
c) Unerlaubter Umgang mit Dopingmitteln, unerlaubte Anwendung von Dopingmethoden	94
aa) § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG a.F. i. V.m. § 6a Abs. 1 und Abs. 2 AMG a.F.	94
bb) Gesetz gegen Doping im Sport	99
II. Begehungsgleiche (sog. „unechte“) Unterlassungsdelikte	102
1. Verfassungskonformität	103
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	103
b) Die herrschende Lehre	104
2. Verfassungswidrigkeit	105
3. Stellungnahme und kritische Würdigung der vorgebrachten Argumente	106
III. Untreue	113
1. Bestimmtheit	113
2. Verschleifungsverbot	115
IV. Wahlfeststellung	117
1. Die unterschiedlichen Facetten der sog. „Wahlfeststellung“ und ähnliche „Rechtsfiguren“	118
2. Historischer Überblick	121
3. Die Rechtsprechung der obersten Gerichte	123
a) Die Auffassung des 2. Senats des Bundesgerichtshofs	123
b) Die Auffassung der übrigen Strafsenate sowie des Großen Senats für Strafsachen	126
c) Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	127
4. Stellungnahme	129
a) Zur Verfassungswidrigkeit der Wahlfeststellung	129
aa) Strafrechtliche Probleme	129
bb) Zur Relevanz der fehlenden Ermächtigungsgrundlage	134
b) Praktische Probleme?	136
aa) Konstellationen, in denen eine eindeutige Verurteilung möglich ist	137
bb) Konstellationen, in denen eine eindeutige Verurteilung nicht möglich ist	138
c) Rettungsversuche	139
d) Abhilfe durch eine an § 2b RStGB angelehnte Norm?	141
e) Fazit	143

V. Blankettstrafgesetze und gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit	143
1. Arten der Verweisungen	145
a) Einfache Blankettstrafgesetze mit statischer bzw. dynamischer Verweisung	146
b) Qualifizierte Blankettstrafgesetze	147
2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	148
a) BVerfGE 143, 38 – Rindfleischetikettierungsgesetz	148
b) BVerfGE 153, 310 – Knorpelfleisch	149
3. Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Blankettstrafgesetze sowie kri- tische Würdigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	151
a) Zur Verfassungsmäßigkeit der einfachen Blankettstrafgesetze	151
b) Zur Verfassungsmäßigkeit der qualifizierten Blankettstrafgesetze	155
c) Zur Rechtsprechung des Bundverfassungsgerichts	157
aa) BVerfGE 143, 38 – Rindfleischetikettierungsgesetz	158
bb) BVerfGE 153, 310 – Knorpelfleisch	160
d) Fazit zur Verfassungsmäßigkeit der Blankettstrafgesetze	164
E. Gesamtergebnis	165
F. Fazit und Ausblick	168
Literaturverzeichnis	169
Stichwortverzeichnis	186

A. Einführung in die Problematik und Gang der Arbeit

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ So beschreibt Art. 103 Abs. 2 GG einen der Grundpfeiler des deutschen Strafrechts. Aber auch über das nationale Strafrecht hinaus ist die besondere Bedeutung dieses Satzes anerkannt und unbestritten.¹ Etwa in Art. 25 Abs. 1 der spanischen Verfassung sowie Art. 25 Abs. 2 der italienischen Verfassung finden sich ähnliche Formulierungen. Weniger eindeutig als die Anerkennung der herausragenden Bedeutung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes ist allerdings der Umgang mit eben jenem. Als gefestigt lassen sich wohl allein vier seiner Ausprägungen ansehen. Namentlich handelt es sich um den Bestimmtheitsgrundsatz, das Rückwirkungsverbot, das Analogieverbot sowie das Verbot gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Die Grundlage zahlreicher Diskurse bildet hingegen die Frage, *an wen* sich die genannten Grundsätze richten und wie genau sie *inhaltlich* auszuformen sind. Dasselbe gilt für die Frage, wie sich der Gesetzlichkeitsgrundsatz verfassungsrechtlich – über die Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG hinausgehend – herleiten lässt. Auch dies ist bis heute nicht abschließend geklärt. Der Grund für den mannigfaltigen Meinungsaustausch dürfte dabei insbesondere auf die besondere Bedeutung des Grundsatzes zurückzuführen sein. Insoweit ist die wissenschaftliche Auseinandersetzung aus allen denkbaren Blickwinkeln natürlich zu begrüßen. Allerdings darf dies auch nicht dazu führen, dass die mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz tatsächlich einhergehenden formellen Bindungen entweder überdehnt oder aber in der entscheidenden Hinsicht aufgeweicht werden. Anders ausgedrückt sollte das Wesentliche nicht aus den Augen verloren werden. Leider sind solche (gegenläufigen) Tendenzen – vor allem im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz – in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, aber auch innerhalb der Literatur nicht selten zu erkennen. Insofern ist es trotz jahrzehntelanger wissenschaftlicher Aufarbeitungen zur Ausräumung von vorhandenen Missverständnissen angezeigt, die allein relevanten Aspekte klar herauszuarbeiten.

Für die Bestimmung des Wesentlichen bedarf es dabei im Grunde nicht mehr als der Beachtung der relevanten normentheoretischen Grundlagen. Die Ratio des Gesetzlichkeitsgrundsatzes, die Adressatenfrage sowie die inhaltlichen Anforderungen lassen sich ohne weiteres sachgerecht herleiten, wenn man ihnen ein schlüssiges und verfassungskonformes Straftatkonzept zu Grunde legt. Dementsprechend werden im weiteren Gang der Arbeit zunächst die notwendigen Elemente dargestellt, deren es

¹ S. dazu etwa *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, § 1 Rn. 2; *Roxin*, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, S. 113, 114; *Roxin/Greco*, AT, § 5 Rn. 17; *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, S. 69 f.

für einen rechtsstaatlichen Strafeinsatz bedarf. In einem zweiten Schritt werden auf der Basis der herausgearbeiteten Grundlagen der Sinn und Zweck des Gesetzlichkeitsgrundsatzes näher beleuchtet sowie die Ausprägungen mit Inhalt gefüllt und die Adressatenfrage beantwortet. Im letzten Teil der Arbeit werden die daraus gewonnenen Erkenntnisse exemplarisch auf Strafgesetze und „Rechtsfiguren“ angewandt, die im Verdacht stehen, gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu verstoßen.

B. Rechtsstaatliches Strafen – Verfassungsrechtliche Anforderungen

Das Strafrecht ist ein Bestandteil des öffentlichen Rechts.² Dementsprechend bedarf jeglicher Einsatz von Strafe der Legitimation. Denn die Bestrafung stellt stets einen gewichtigen Eingriff in grundrechtlich verankerte Rechtspositionen dar. Insofern wird das Strafrecht auch als „schärfstes Schwert“ des Staates bezeichnet.³ Abgesehen von den speziellen formellen Anforderungen, die für das Strafrecht geschaffen wurden⁴, ist jeder Eingriff und damit auch der Einsatz von Strafe an den verfassungsrechtlichen Begrenzungen zu messen, die für hoheitliches Handeln gelten.⁵ Im Zentrum steht dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Strafe muss demnach ein legitimes Ziel – einen legitimen Zweck – verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels (Zwecks) geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁶ Dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für den Einsatz von Strafe gilt, konstatierte auch das Bundesverfassungsgericht in einer frühen Entscheidung⁷: „Aus den allgemeinen Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip, folgt für das Strafrecht, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß“.⁸ Bevor man allerdings Überlegungen anstellt, wie eine angemessene Reaktion im Einzelfall beschaffen sein muss, gilt es zunächst zu klären, welches legitime Ziel mit dem Einsatz von Schuldspruch und Strafe genau verfolgt wird.

² Das ist sachlich unbestritten. Die „Versetbstständigkeit“ erklärt sich nur historisch und aufgrund der besonderen Bedeutung des Strafrechts; vgl. *Roxin/Greco*, AT, § 1 Rn. 5; ferner *Joecks/Erb*, in: MüKoStGB, Einl. Rn. 7 f.; *Kaspar*, Präventionsstrafrecht, S. 27.

³ Der Begriff taucht etwa auf in BVerfGE 39, 1, 45; ähnlich BVerfG – 2 BvR 1985/19 = BVerfG NJW 2020, 2953; *Hassemer*, NJW 2008, 1137, 1142; *Kühl*, ZStW 116 (2004), 870, 876; *Kuhlen*, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, S. 429; *Kargl*, Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, S. 92; etwas zurückhaltender etwa *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 19 f.

⁴ Gemeint sind hier insbesondere Art. 103 GG sowie Art. 104 GG.

⁵ S. BVerfGE 45, 187, 253 f.; BVerfGE 117, 71, 89 f.; ferner etwa *Roxin/Greco*, § 1 Rn. 5; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Vor § 1 Rn. 30 ff.; *Rostalski*, Tatbegriff, S. 77 ff.

⁶ S. dazu etwa *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 2.

⁷ Vgl. *Mulch*, Strafe und andere Maßnahmen, S. 23.

⁸ BVerfGE 6, 389, 439.