

B. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte

Das Strafrecht findet als Eingriffsrecht, also als ein solches, das – durch Sanktionierung bestimmten Verhaltens – in die Grundrechte des Einzelnen eingreift, seine Grundlagen im Grundgesetz.³¹ Sowohl die Legislative als auch die Judikative haben den Rahmen des Grundgesetzes zu beachten (Art. 20 Abs. 3 GG). Dabei besteht stets ein Spannungsverhältnis zwischen der verfassungsrechtlichen Schutzaufgabe hinsichtlich bestimmter Rechtsgüter, die durch strafrechtliche Sanktionen beziehungsweise deren Androhung zu gewährleisten ist, und der möglichst weitgehenden Wahrung der grundgesetzlich garantierten Freiheiten des Einzelnen, in dem sich der Gesetzgeber und auch der Richter bewegen.³²

Dabei wirkt das Grundgesetz zum einen unmittelbar in das Strafrecht hinein. Von besonderer Bedeutung sind hier die Art. 103 (Abs. 2 und 3) und Art. 104 GG.³³

Zum anderen wirkt das Grundgesetz aber auch mittelbar in das Strafrecht hinein. Dies erfolgt mittels verfassungskonformer Auslegung der Strafgesetze durch den Rechtsanwender.³⁴ Dadurch wird das Strafrecht von Grundrechten und Verfassungsprinzipien beeinflusst. Der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung ist allgemein verbindlich.³⁵ Danach ist ein Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht, und wenn das Gesetz bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt.³⁶

³¹ Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, Vorbem. § 1 Rn. 30.

³² Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, Vorbem. § 1 Rn. 30.

³³ Weitere Beispiele unmittelbarer Einwirkung sind Art. 12 Abs. 3, 26 Abs. 1 Satz 2, 102 GG, vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, Vorbem. § 1 Rn. 31 m.w.N.

³⁴ Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, Vorbem. § 1 Rn. 32 ff.

³⁵ Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, Vorbem. § 1 Rn. 33.

³⁶ BVerfGE 2, 266 (282); BVerfG NJW 2013, 3151 (3154).

Der Richter hat also zwei Dinge zu beachten:

- Lässt eine Rechtsnorm mehrere Deutungen zu, so ist diejenige zu wählen, die mit der Verfassung vereinbar ist.³⁷
- Eine Rechtsnorm darf nicht als verfassungswidrig behandelt werden, wenn eine verfassungsgemäße Deutung möglich ist.³⁸

Eine „berichtigende“ verfassungskonforme Auslegung, die sich über den Gesetzeswortlaut hinwegsetzt, ist wegen Art. 103 Abs. 2 GG unzulässig. Dann bleibt nur die Vorlage zum Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG.³⁹

Aber auch diesseits „harter Verfassungswidrigkeit“ kann die Verfassung im Rahmen einer grundgesetzbezogenen systematischen Auslegung auf das Strafrecht ausstrahlen, wenn zum Beispiel im Falle einer von mehreren verfassungsgemäßen Deutungsmöglichkeiten die Geltung der betroffenen Grundrechte besonders weitgehend erhalten bleibt, was dann ein – wenn auch nicht zwingendes – Argument für diese Auslegung ist.⁴⁰

Friktionen zwischen der (strafrechtlichen) Relativität der Rechtsbegriffe und der Verfassung sind unter mehreren Gesichtspunkten denkbar. Im Einzelnen sind dies das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG⁴¹ im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot (I), das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung (II), der Schuldgrundsatz (III) und der allgemeine Gleichheitssatz (IV).

³⁷ BVerfGE 67, 70 (88 f.); BVerfG NJW 2013, 3151 (3154).

³⁸ BVerfGE 67, 70 (88 f.); BVerfG NJW 2013, 3151 (3154); vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, Vorbem. § 1 Rn. 33. Dies setzt natürlich jeweils voraus, dass die betreffende Norm überhaupt Auslegungsspielräume lässt.

³⁹ Dazu z.B. BVerfGE 8, 28 (34).

⁴⁰ Vgl. Kudlich, JZ 2003, 129 f.

⁴¹ Ggf. in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG.

I. Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG)

Art. 103 Abs. 2 GG (wortgleich § 1 StGB) enthält das sogenannte Gesetzlichkeitsprinzip,⁴² wonach eine Tat nur dann bestraft werden kann, „wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“.

Dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG ist der Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ (nulla poena sine lege) zu entnehmen.⁴³ Aus diesem Grundsatz werden neben dem Rückwirkungsverbot (nulla poena sine lege praevia)⁴⁴ und dem Grundsatz „Keine Strafe ohne **geschriebenes** Gesetz“⁴⁵ (nulla poena sine lege scripta) auch das Bestimmtheitsgebot („Keine Strafe ohne **hinreichend bestimmtes** Gesetz“⁴⁶, nulla poena sine lege certa), und das Analogieverbot (nulla poena sine lege stricta)⁴⁷ hergeleitet.⁴⁸ Die vier Grundsätze sind Ausfluss des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts.⁴⁹

⁴² Zur Entstehungsgeschichte vgl. BVerfGE 25, 269 (287 ff.); vgl. auch *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz. Das Gesetzlichkeitsprinzip findet sich mit ähnlichem Ansatz auch in Art. 49 Abs. 1 GRCh und Art. 7 Abs. 1 EMRK, vgl. dazu LK/*Dannecker*, Erster Band, 12. Aufl., § 1 Rn. 5 ff.

⁴³ Vgl. MünchKomm/*Schmitz*, § 1 Rn. 1. Soweit es um die Strafbarkeit als solche geht: nullum crimen sine lege, vgl. Schönke/Schröder/*Eser/Hecker*, § 1 Rn. 1. Die lateinischen Formeln gehen auf v. *Feuerbach* zurück, vgl. *ders.*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, § 20. Gleichwohl können die Grundsätze der Wurzeln des Gesetzlichkeitsprinzips noch über das römische Recht hinaus (bis ins zweite vorchristliche Jahrtausend) zurückverfolgt werden, sie sind also viel älter (vgl. *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 1 ff.). Vgl. dazu auch *Birkenstock*, Die Bestimmtheit, S. 75 ff.

⁴⁴ BVerfGE 7, 111 (119); 44, 297 (300); 75, 329 (340).

⁴⁵ BVerfGE 32, 346 (362); 33, 206 (219). Eine gewohnheitsrechtliche Begründung oder Verschärfung von Straftatbeständen ist damit unzulässig.

⁴⁶ Z.B. BVerfG NJW 2010, 3209 (3210); vgl. MünchKomm/*Schmitz*, § 1 Rn. 23, 39 ff.

⁴⁷ BVerfGE 41, 261 (263); 64, 389 (393); 71, 108 (115); 73, 206 (234); 75, 329 (340); BVerfG NJW 2010, 3209 (3210); 2011, 3020 (3020 f.); 2013, 365 (366).

⁴⁸ Vgl. auch Schönke/Schröder/*Eser/Hecker*, § 1 Rn. 6. Zum Gesetzlichkeitsprinzip und zu dessen historischer Entwicklung vgl. auch *Schreiber*, Gesetz und Richter sowie *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz.

⁴⁹ Vgl. *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, S. 1.

Während Adressat von Bestimmtheitsgebot und Rückwirkungsverbot primär der Gesetzgeber ist,⁵⁰ richten sich das Analogieverbot und das Verbot von Gewohnheitsrecht in erster Linie an den Richter.⁵¹ Dabei ist jedenfalls anerkannt, dass Art. 103 Abs. 2 GG für den (objektiven und subjektiven) Tatbestand gilt.⁵² Die im Einzelnen bestehenden Streitigkeiten zur Reichweite des Art. 103 Abs. 2 GG⁵³ sind daher im Rahmen der vorliegenden Untersuchung weitgehend ohne Relevanz. Soweit neben der unumstritten von der Wirkung des Art. 103 Abs. 2 GG erfassten Tatbestandsseite von Normen des StGB auch auf strafschärfende Vorschriften in Form von Regelbeispielen (Strafzumessungsregeln) eingegangen wird, hat das Bundesverfassungsgericht die diesbezügliche Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG ausdrücklich bejaht, da dieser auch die Strafandrohung und somit auch strafschärfende Vorschriften erfasse (*nullum crimen, nulla „poena“ sine lege*).⁵⁴

Bei den aus dem Gesetzlichkeitsprinzip hergeleiteten Grundsätzen handelt es sich um Schutzprinzipien zugunsten des Täters, so dass täterbegünstigende Durchbrechungen grundsätzlich möglich sind, beispielsweise in Form einer den Täter begünstigenden Analogie.⁵⁵

⁵⁰ BVerfGE 71, 108 (114 f.); 75, 329 (340); BVerfG NJW 2007, 1666 (1666); 2008, 3627 (3627); 2010, 3209 (3210); 2011, 3020 (3020 f.); vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 7.

⁵¹ BVerfGE 71, 108 (115); 75, 329 (340); BVerfG NJW 2007, 1666 (1666); 2008, 3627 (3627); 2010, 3209 (3210); vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 7. Anders Schroeder, JuS 1995, 876, der Art. 103 Abs. 2 GG insgesamt als Justizgrundrecht an die Rechtsprechung gerichtet sieht, während der Gesetzgeber nur mittelbar betroffen sei.

⁵² Vgl. BVerfG wistra 2002, 175 (177).

⁵³ Vgl. dazu z.B. MünchKomm/Schmitz, § 1 Rn. 12 ff.

⁵⁴ BVerfG NJW 2008, 3627 (3628). Dazu im Grundsatz z.B. auch BVerfGE 45, 363 (370 ff.); BGHSt 18, 136 (140). Zur Frage der Bestimmtheit von Strafzumessungsregeln im Allgemeinen vgl. z.B. MünchKomm/Schmitz, § 1 Rn. 59. Nach BVerfGE 109, 133 (167) gilt Art. 103 Abs. 2 GG nicht für die Maßregeln zur Besserung und Sicherung, sondern nur für staatliche Maßnahmen, „die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient“; in diesem Sinne auch BVerfG NJW 2013, 3151 (3159).

⁵⁵ Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 7.

Für die Untersuchung der Zulässigkeit divergierender Verwendungen und Auslegungen wortlautidentischer Begriffe sind der Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot relevant.

Ersterer verpflichtet den Strafgesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit menschlichen Verhaltens (Tun oder Unterlassen) „so konkret zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen“.⁵⁶

Das Analogieverbot sichert das Bestimmtheitsgebot auf der Ebene der Judikative ab.⁵⁷ Es verbietet die Anwendung einer Norm des materiellen⁵⁸ Strafrechts auf einen Lebenssachverhalt, der von der Norm zwar nicht unmittelbar erfasst wird, den dort geregelten Fällen aber vergleichbar ist,⁵⁹ soweit die Analogie zulasten⁶⁰ des Täters, also in strafbegründender oder strafschärfender Weise erfolgen soll.⁶¹ Anders als im Zivilrecht darf der Richter also nicht beim Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und grundsätzlicher Vergleichbarkeit der Fälle im Wege der richterlichen

⁵⁶ BVerfGE 25, 269 (285); 41, 314 (319); 47, 109 (120); 73, 206 (234); 75, 329 (340 f.); 80, 244 (256 f.); BVerfG NJW 2010, 3209 (3210); BGH NJW 2014, 3459 (3460); mit ähnlicher Formulierung z.B. auch BVerfGE 55, 144 (152); BVerfG NJW 2005, 2140 (2141); 2014, 1431 (1432); BGH NJW 2007, 524 (525).

⁵⁷ Vgl. MünchKomm/Schmitz, § 1 Rn. 60.

⁵⁸ Im Prozessrecht ist die Zulässigkeit von Analogien umstritten.

⁵⁹ Anders ist es bei der Regelbeispielstechnik im Rahmen der Strafzumessung. Dort ist die Einbeziehung den Regelbeispielen vergleichbarer Fälle gerade Sinn der Sache. Vgl. LK/Dannecker, Erster Band, 12. Aufl., § 1 Rn. 270. Vgl. zur Regelbeispielstechnik und zu den „besonders schweren Fällen“ im Hinblick auf das Analogieverbot auch Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 29.

⁶⁰ Analogien zugunsten des Täters sind auch im Bereich des materiellen Strafrechts regelmäßig zulässig, soweit die allgemeinen Voraussetzungen für eine Analogie gegeben sind, vgl. MünchKomm/Schmitz, § 1 Rn. 60.

⁶¹ BVerfGE 92, 1 (12); BVerfG NJW 2005, 2140 (2141); 2007, 1666 (1666); 2008, 3205 (3206); 2008, 3627 (3627); 2011, 3020 (3020 f.); 2013, 365 (366); BGH NJW 2007, 524 (525); vgl. Fischer, § 1 Rn. 21; Lackner/Kühl, § 1 Rn. 5; MünchKomm/Schmitz, § 1 Rn. 60; Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 25; Roxin, Strafrecht AT I, § 5 Rn. 8.

Rechtsfortbildung⁶² den Anwendungsbereich des Tatbestandes zulasten des Täters ausdehnen, mag er dessen Verhalten auch für noch so strafwürdig halten.⁶³

In jüngerer Zeit setzt sich darüber hinaus zunehmend die Auffassung durch, dass die Rechtsanwendung durch die Gerichte nicht nur am Maßstab des Analogieverbotes, sondern auch an demjenigen des Bestimmtheitsgebotes zu messen ist.⁶⁴

Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot bezwecken zum einen, dass über die Strafbarkeit eines Verhaltens grundsätzlich der Gesetzgeber und nicht etwa die Exekutive oder der Richter entscheidet (Primat der Legislative; strenger Gesetzesvorbehalt).⁶⁵ Angeführt wird zum anderen der rechtsstaatliche Schutz des Normadressaten,⁶⁶ dem vor Augen geführt werden soll, welches Verhalten erlaubt ist und welches nicht, damit er die Strafbarkeit seines Verhaltens und dessen Sanktionsfolgen voraussehen und sich danach richten kann.⁶⁷

⁶² Unterschieden wird zwischen Gesetzesanalogie (Einzelanalogie) und Rechtsanalogie (Gesamtanalogie); bei ersterer stammt der analog angewendete Rechtsgedanke aus einer einzelnen Norm, bei letzterer aus einem einer Mehrzahl von Tatbeständen entnommenen „allgemeinen Rechtsgedanken“; vgl. z.B. Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 25 m.w.N. Kritisch zu einer solchen Unterscheidung Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, S. 102.

⁶³ Durch § 339 StGB wird dies strafrechtlich sanktioniert.

⁶⁴ Dazu unter E III 2.

⁶⁵ BVerfGE 45, 346 (351); 47, 109 (120); 48, 48 (56); 64, 389 (393 f.); 71, 108 (114); 73, 206 (234 f.); 75, 329 (341); 78, 374 (382); 92, 1 (12); BVerfG NSTz 1990, 394 (394); BVerfG NJW 2007, 1666 (1666); 2008, 3627 (3627); 2010, 3209 (3210); 2014, 1431 (1432); vgl. auch Calliess, NJW 1985, 1512; Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 16.

⁶⁶ BVerfGE 14, 245 (252); 25, 269 (285); 26, 41 (42); 28, 175 (183); BVerfG NJW 2010, 3209 (3210) NJW 2014, 1431 (1432).

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 7, 111 (119); 25, 269 (285); 26, 41 (42); 28, 175 (183); 32, 346 (362); 33, 206 (219); 37, 201 (207); 41, 314 (319); 45, 346 (351); 45, 363, (370); 47, 109 (120); 48, 48 (56); 51, 60 (73); 57, 250 (262); 64, 389 (393 f.); 71, 108 (114); 73, 206 (234 f.); 75, 329 (341); 76, 374 (382); BVerfG wistra 2002, 175 (177); BVerfG NJW 1993, 1457 (1458); 2010, 3209 (3210); 2011, 3020 (3020 f.); 2014, 1431 (1432). Wie bereits erwähnt, ist die Frage, inwieweit die Perspektive des Bürgers in diesem Zusammenhang tatsächlich als ein maßgebendes Kriterium im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG angesehen werden kann, umstritten und differenziert zu beantworten; dazu unter E I 2 c, E II 2 sowie E III 1 a bb (6) (b).

Sowohl das Bestimmtheitsgebot als auch das Analogieverbot vertragen sich auf den ersten Blick nicht mit der Vorstellung, zeichenkettenidentischen Begriffen könnten je nach Tatbestand unterschiedliche Bedeutungen zukommen. Es drängen sich Einwendungen gegen die Zulässigkeit solcher unterschiedlichen Verwendungen beziehungsweise Auslegungen auf, die den verschiedenen denkbaren Funktionen von Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot zugeordnet werden können.

1. Die Erkennbarkeit des Strafbaren für den betroffenen Bürger

Einerseits ist zweifelhaft, ob für den Normadressaten die erforderliche Erkennbarkeit des Strafbaren noch gegeben ist, wenn er sich nicht darauf verlassen kann, dass ein äußerlich gleichlautender Begriff in verschiedenen Tatbeständen auch jeweils in gleicher Weise zu interpretieren ist. Es wird ihm schwerer fallen, sein Verhalten auf die Strafgesetze einzustellen. Misst man daher der Sicht des Bürgers im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG eine gewisse Bedeutung zu, kommt es an dieser Stelle zu Friktionen.

2. Demokratieprinzip und Gewaltenteilung

Andererseits erhöht sich auch die Gefahr, dass über die Strafbarkeit eines Verhaltens in beträchtlichem Umfang der Richter anstatt des Gesetzgebers entscheidet. Die Möglichkeit, buchstäblich gleiche Begriffe je nach Tatbestand unterschiedlich auszulegen, bereitet dem Richter größere Spielräume bei der Rechtsfindung, inklusive der damit einhergehenden Gefahr der Bildung unzulässiger Analogien.

II. Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung

Sowohl Gesetzgebung als auch Rechtsanwendung haben sich am Leitbild widerspruchsfreier Aussagen zu orientierten, um die Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit des Rechts gewährleisten zu können und staatliches Handeln nicht jeglicher Berechenbarkeit zu berauben.⁶⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht fordert grundsätzlich die Widerspruchsfreiheit als

⁶⁸ Vgl. z.B. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 774 ff. m.w.N.

Bestandteil der gesetzlichen Klarheit.⁶⁹ Die Gesamtrechtsordnung sollte also auf möglichst weitgehende innere Widerspruchsfreiheit und Einheit angelegt sein.

Es liegt nahe, dies auch auf eine einheitliche Verwendung und Auslegung äußerlich identischer Begriffe zu beziehen. Denn Spaltungen in der Begrifflichkeit sind geeignet, Widersprüche zumindest zu suggerieren und die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns zu erschweren. Mithin könnte das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung divergierenden Verwendungen und Auslegungen zeichenkettenidentischer Begriffe entgegenstehen.

III. Der Schuldgrundsatz

Die rechtsstaatliche Forderung nach materieller Gerechtigkeit bedeutet nach höchstrichterlicher Rechtsprechung den Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld“ (*nulla poena sine culpa*), dessen Wurzeln in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG geschützten Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen verortet werden.⁷⁰ Daraus folgt das Gebot schuldangemessenen Strafens im Einzelfall.⁷¹ Voraussetzung für Schuld aber ist die Erkennbarkeit des Strafrechtsverstoßes für den Täter.⁷² Schuld setzt demnach (potentielles) (strafrechtsbezogenes)⁷³ Unrechtsbewusstsein auf Seiten des Täters voraus. Aus einem solchen Verständnis des Schuldgrundsatzes könnte zu folgern sein: Ist die Strafbarkeit einer Tat nicht (hinreichend) gesetzlich normiert und für den Täter somit zumindest erkennbar, kann von diesem (potentiellen) Unrechtsbewusstsein nicht ausgegangen werden.⁷⁴ Wird also durch semantische Mehrdeutigkeiten die Verständlichkeit der Straf-

⁶⁹ Z.B. BVerfG NJW 2011, 2113 (2119) m.w.N.

⁷⁰ BVerfGE 25, 269 (285); 95, 96 (130 f.).

⁷¹ BVerfGE 95, 96 (140).

⁷² BVerfGE 95, 96 (142).

⁷³ Der maßgebliche Bezugspunkt des Unrechtsbewusstseins ist freilich umstritten, vgl. dazu z.B. MünchKomm/Joeks, § 17 Rn. 9 ff.

⁷⁴ Vgl. auch Schönke/Schröder/Eser/Hecker, § 1 Rn. 2.

gesetze gemindert, wäre demnach im Ergebnis auch der Schuldgrundsatz tangiert.

IV. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet unter Vorbehalt einer möglichen Rechtfertigung, Ungleiches gleich oder Gleiches ungleich zu behandeln.

Wenn Begriffe identischer Zeichenkette in unterschiedlicher Sinngebungsabsicht verwendet beziehungsweise unterschiedlich ausgelegt werden, kann das dazu führen, dass ein bestimmtes Verhalten in einer Vorschrift unter einen äußerlich gleichlautenden Begriff subsumiert wird, in einer anderen Vorschrift aber nicht. Dies könnte eine unzulässige Ungleichbehandlung bedeuten.

Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz
Strafrechtliche Bedeutungsdivergenzen auf dem
verfassungsrechtlichen Prüfstand

Hermann, J.B.

2015, XIX, 302 S., Softcover

ISBN: 978-3-658-10655-3