

## Funktion und Wirkung der gesetzlichen Regelung von Straftatbeständen

*Jens Andreas Sickor\**

### I. Einleitung

Gegenstand des Beitrags ist die Frage, welche „Funktion“ und welche Wirkungen Strafgesetzen zukommen. Damit ist nicht gemeint, wozu Kriminalstrafe als solche dient bzw. ob ihr überhaupt ein Zweck zugeschrieben werden kann.<sup>1</sup> Vielmehr geht es um die Frage, warum staatliches Strafen nach allgemeingültigen Regeln abläuft bzw. ablaufen sollte und warum uns diese Regeln in Form von Recht – genauer gesagt: in Form von Gesetzen – begegnen.

### II. Der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt

Man könnte die Frage nach dem Nutzen einer gesetzlichen Formulierung von Strafbarkeitsvoraussetzungen in Bezug auf zahlreiche strafrechtliche Rechtsmaterien und Normkategorien aufwerfen.<sup>2</sup> Für den vorliegenden Beitrag werden die Ausführungen auf die Kategorie der Straftatbestände im Sinne des materiellen Strafrechts beschränkt. Ein solcher Straftatbestand ist vor allem durch seine konditionale Struktur gekennzeichnet: Auf der einen Seite stehen die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine bestimmte Rechtsfolge eintritt; auf der anderen Seite stehen die Rechtsfolgen, die dann, aber auch nur dann, eintreten, wenn die genannten Vor-

\* Universität Bremen, E-Mail: je\_si@uni-bremen.de.

<sup>1</sup> Diese Fragen werden seit Jahrhunderten in der Wissenschaft intensiv und in immer neuen Facetten diskutiert. Vgl. aus der unüberschaubaren Anzahl an Veröffentlichungen z.B. *Altenhain*, Die Begründung der Strafe durch Kant und Feuerbach, GedS Keller, 2003, 1 ff.; *Dölling*, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), 1 ff.; *Günther*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, FS Lüderssen, 2002, 205 ff.; *Hoerster*, Zur Generalprävention als Zweck staatlichen Strafs, GA 1970, 272 ff.; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, 108 ff.; *dies.*, Straftheorien, 2011, 15 ff.; *Hörnle/v. Hirsch*, Positive Generalprävention und Tadel, GA 1995, 261 ff.; *Kargl*, Friede durch Vergeltung. Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Straftatbegriff, GA 1998, 53 (62 ff.); *Kindhäuser*, Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtstheoretischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe, GA 1989, 493 (502 ff.); *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2. Auflage 1971, 24 ff., 53 ff.; *ders.*, Über Strafe und Generalprävention, FS Wolff, 1998, 443 ff.; *E. A. Wolff*, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786 ff.

<sup>2</sup> Zu denken wäre hier insbesondere an die Bedeutung einer gesetzlichen Regelung des Strafverfahrens.

aussetzungen erfüllt sind.<sup>3</sup> Auf der Voraussetzungsseite ist dabei die Beschreibung eines bestimmten Verhaltens<sup>4</sup> zu finden; auf der Rechtsfolgenseite dagegen die Anordnung eines mehr oder weniger konkreten Strafrahmens. Straftatbestände geben damit nicht nur vor, ob ein bestimmtes Verhalten überhaupt strafbar ist, sondern auch, mit welcher Strafe der Normbrecher zu rechnen hat.

Auf die Frage, warum uns diese Anordnungen in Form von Regeln – und darüber hinaus: in Form von formellen Gesetzen – begegnen, hat man versucht, aus verfassungsrechtlicher Sicht zu antworten: Weil unsere Verfassung dies so verlangt. Denn in Art. 103 Abs. 2 fordert das Grundgesetz, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens vor der Tat gesetzlich angeordnet sein muss, um zu einer Kriminalstrafe verurteilt zu dürfen. In § 1 StGB wird dieser Grundsatz wiederholt, um seine herausragende Bedeutung zu unterstreichen, und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG schreibt vor, dass Freiheitsstrafen nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässig sind. Das führt dazu, dass eine Freiheitsstrafe nur vom Gesetzgeber selbst angeordnet und die Normsetzung nicht delegiert werden darf.

Als Elemente des so umschriebenen strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes werden üblicherweise das Verbot von Gewohnheitsrecht, das Analogieverbot, das Bestimmtheitsgebot und das Rückwirkungsverbot genannt.<sup>5</sup> Das Prinzip des strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes ist allerdings deutlich älter als das Grundgesetz. So enthielt bereits Art. 116 der Weimarer Reichsverfassung eine Formulierung des Rückwirkungsverbot.<sup>6</sup> Auf einfachgesetzlicher Ebene war der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt als § 2 Abs. 1 sogar schon im RStGB von 1871 enthalten, und die berühmte lateinische Formulierung des Gesetzesvorbehaltes – *nulla poena sine lege* – lässt sich bis zu *Paul Johann Anselm von Feuerbach* in das Jahr 1801 zurückverfolgen.<sup>7</sup> Durch Art. 103 Abs. 2 GG wird der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt mithin nur unter den besonderen Schutz der Verfassung gestellt. Die zugrunde liegenden Prinzipien können dagegen bis in die Epoche der Aufklärung zurückgeführt werden.<sup>8</sup>

Der Forderung nach einer gesetzlichen Formulierung strafbaren Verhaltens im Zeitalter der Aufklärung wird überwiegend das Ziel zugeschrieben, die Bürger vor

<sup>3</sup> Zur Verdeutlichung sei auf die besonders einfach aufgebauten Straftatbestände des Totschlags und der Sachbeschädigung verwiesen (§§ 212 Abs. 1, 303 Abs. 1 StGB).

<sup>4</sup> Dieses kann auch in einem Unterlassen oder in der nicht näher konkretisierten Verursachung eines Erfolges bestehen.

<sup>5</sup> S. dazu z.B. *Hasegger/Kargl* in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 13; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 1.

<sup>6</sup> Für die Weimarer Reichsverfassung war allerdings umstritten, ob sich die verfassungsrechtliche Absicherung des Rückwirkungsverbot nur auf die Tatbestandsvoraussetzungen oder auch auf die Strafandrohung bezog; siehe dazu die Nachweise bei *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 62.

<sup>7</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, § 20; vgl. dazu *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 44; *Hasegger/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 7

<sup>8</sup> Dies ist zumindest herrschende Auffassung; s. dazu *Hasegger/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 10; *Krey/Esser*, AT, Rn. 41; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 13; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 15 II. 2. Nach *Hasegger/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 4, verliert sich die Herkunft des Prinzips „im Dunkel der Dogmengeschichte“. S. zur Geschichte des Gesetzlichkeitsprinzips auch *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 12 ff.

richterlicher Willkür zu schützen.<sup>9</sup> Der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt würde danach vor allem der Rechtssicherheit dienen.<sup>10</sup> Zugleich sichert der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt aber auch die Rechte des Gesetzgebers. Er ist daher auch eine Ausprägung des Grundsatzes der Gewaltenteilung.<sup>11</sup>

Daneben wird der Gesetzesvorbehalt vielfach aber auch auf das Demokratieprinzip zurückgeführt.<sup>12</sup> Dies mag insoweit zutreffen, als zu Zeiten der Verfassungsbewegung nicht nur der Gesetzesvorbehalt, sondern auch eine Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung eingefordert wurde.<sup>13</sup> Ausgehend von der Idee des Gesellschaftsvertrages sollten Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur unter dem Vorbehalt eines Gesetzes möglich sein – und Gesetze wiederum sollten nur unter der Mitwirkung des Volkes erlassen werden dürfen.<sup>14</sup> Von diesen historisch bedingten Verknüpfungen abgesehen, setzt der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt aber weder die Staatsform der Demokratie voraus,<sup>15</sup> noch ist Demokratie nur unter der Geltung des besonderen strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes denkbar.<sup>16</sup> Führt man z.B. das Demokratieprinzip auf seinen Kerngedanken – die Herrschaft des Volkes – zurück,<sup>17</sup> dann bedeutet das Demokratieprinzip auch und vor allem die Herrschaft einer Mehrheit über jene Minderheit, die im konkreten Fall anderer Auffassung ist.<sup>18</sup>

Politische Minderheiten vor den Inhabern der Staatsgewalt zu schützen, ist dagegen ein Kennzeichen des Rechtsstaatsprinzips. Der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt als Element dieses Prinzips stünde deshalb mit einigen seiner Ausprägungen einer

<sup>9</sup> Ausführlich *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, 30 f.; s. dazu, dass die Gesetzesbindung ursprünglich der Bändigung der Richterschaft im Interesse des absoluten Herrschers dienen sollte, *Roxin*, AT-1, § 5 Rn. 13.

<sup>10</sup> S. zu den möglichen Konflikten zwischen Rechtssicherheit und (materieller) Gerechtigkeit exemplarisch *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 169, 181, 347 ff. einerseits sowie *H.L.A. Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, 1971, 39 ff., andererseits. Selbst in der Judikatur des BVerfG wird je nach Anlass – bzw. gewünschtem Ergebnis – entweder die Rechtssicherheit (BVerfGE 3, 225 [233]; 23, 98 [106]; 54, 53 [67 ff.]) oder die materielle Gerechtigkeit (BVerfGE 6, 132 [138]; 389 [414 ff.]; 58, 119) betont. Weitere Einzelheiten zum Meinungsstand einschließlich der *systemtheoretischen* Sicht auf diesen Konflikt bei *Sickor*, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, 26 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Rechtssicherheit und Gewaltenteilung können ihrerseits als Elemente des allgemeinen Prinzips der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden; vgl. dazu BVerfGE 73, 206 (234); 87, 209 (224); 92, 1 (12).

<sup>12</sup> Vgl. *Satzger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 5; bezogen auf das Analogieverbot auch *Grünwald*, Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, ZStW 76 (1964), 1 (13 f.), der dieses über den Grundsatz der Gewaltenteilung auf das Demokratieprinzip zurückführt. Krit. dazu *Roxin*, AT-1, § 5 Rn. 21.

<sup>13</sup> Dazu *Krey/Esser*, AT, Rn. 45; *Roxin*, AT-1, § 5 Rn. 13 f., 18.

<sup>14</sup> S. dazu den Überblick bei *Roxin*, AT-1, § 5 Rn. 19 f. m.w.N.

<sup>15</sup> So auch *Starck* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 33 Rn. 4.

<sup>16</sup> Bezogen auf das völlige Fehlen „grundrechtlicher Freiheit“ verneint *Starck* in: Isensee/Kirchhof, Staatsrecht III, § 33 Rn. 4 f., dagegen die Möglichkeit einer isolierten Existenz von Demokratie.

<sup>17</sup> S. dazu statt Vieler *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof, Staatsrecht III, § 34 Rn. 1 ff.

<sup>18</sup> S. zum Mehrheitsprinzip in der Demokratie BVerfGE 1, 299 (315); 29, 154 (165); 44, 125 (141 f.); *Heun*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, passim; *Honoré*, Das Prinzip der Mehrheitsregel, 1978, 229 ff.; *Scheuner*, Der Mehrheitsentscheid im Rahmen der demokratischen Grundordnung, FS Kägi, 1979, 301 ff.; *Starck* in: Isensee/Kirchhof, Staatsrecht III, § 33 Rn. 34.

radikal-demokratischen Herrschaftsausübung sogar entgegen. Dies gilt etwa für das Rückwirkungsverbot, aber auch für das Bestimmtheitsgebot: So kann nach unserem Verständnis von einem „demokratischen Rechtsstaat“ die Mehrheit auch auf demokratische Weise keine offenkundig rückwirkenden oder unbestimmten Strafgesetze beschließen, da einem solchen Vorhaben Art. 103 Abs. 2 GG entgegenstehen würde.<sup>19</sup> Selbst eine demokratisch beschlossene Verfassungsänderung des Art. 103 Abs. 2 GG müsste – obwohl aus demokratischer Sicht legitim – als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip angesehen werden und wäre verfassungsrechtlich unzulässig.<sup>20</sup> Der Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ lässt sich folglich allenfalls historisch, nicht aber dogmatisch aus dem Demokratieprinzip ableiten. In dogmatischer Hinsicht ist der Gesetzesvorbehalt daher primär auf den Gedanken der Rechtstaatlichkeit zurückzuführen.

### III. Funktionen und Wirkungen gesetzten Rechts jenseits des Rechtsstaatsprinzips

Die Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips, welches nach heutiger Anschauung die Grundlage des strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes bildet, wird meist der Epoche der Aufklärung zugeschrieben.<sup>21</sup> Die Straftatbestände selbst sind jedoch älter als die Gedanken der Aufklärung. So kannte bereits die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls des V. aus dem Jahre 1532 die Androhung bestimmter Strafen für bestimmte Taten. In der *Carolina* ist z.B. angeordnet, dass ein Mörder oder Totschläger mit dem Tode zu bestrafen ist; im Einzelnen sieht die *Carolina* für unterschiedliche Arten von Tötungen unterschiedlich grausame und ehrenrührige Todesstrafen vor.<sup>22</sup> Auch germanische Stammesrechte aus dem 5. bis 9. Jahrhundert kannten Regeln, nach denen für bestimmte Vergehen bestimmte Bußen angedroht waren. Obwohl das Strafrecht der germanischen Stämme auf grundlegend anderen Prinzipien<sup>23</sup> aufbaute als das inquisitorische Strafrecht des Mittelalters und der Neuzeit, findet sich auch hier die konditionale Verknüpfung zwischen der Beschreibung eines bestimmten

---

<sup>19</sup> Randunschärfen schließt dies freilich auch im demokratischen Rechtsstaat nicht aus. S. etwa zur Diskussion um den erforderlichen bzw. unvermeidbaren Grad der Bestimmtheit von Strafgesetzen *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 16 ff.; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, 67. Ergänzungslieferung 2013, Art. 103 Rn. 185.

<sup>20</sup> S. zur Teilhabe des Art. 103 Abs. 2 GG an der Garantie des Art. 79 Abs. 3 GG *Schmidt-Aßmann* in: Maunz-Dürig, Art. 103 Rn. 192.

<sup>21</sup> S. dazu die Nachw. in Fn. 8.

<sup>22</sup> Vgl. z.B. Art. CXXXVII der *Constitutio Criminalis Carolina*: „Straff der mörder vnd todtchleger die keyn gnugsam entschuldigung haben mögen: Item eyn jeder mörder oder todtchläger wo er deßhalb nit rechtmessig entschuldigung außfüren kan / hat das leben verwürckt. ... ein fürsetzlicher muotwilliger mörder mit dem rade ... vom leben zuom todt gestrafft werden sollen.“

<sup>23</sup> S. dazu den Überblick in *Sickor*, Das Geständnis, 2014, S. 70 ff.; ferner v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht. Erster Band. Allgemeine Grundlagen, 1925, 103 f.; *Plöger*, Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, 1982, 7 f.; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, 38.

Verhaltens und der dafür verwirkten Sanktion.<sup>24</sup> Selbst im Codex Hammurapi aus dem 18. Jahrhundert v. Chr. finden sich Straftatbestände in fast schon idealtypischer Ausprägung.<sup>25</sup>

Diese Beispiele für historische strafrechtliche Regelungen mögen vielfach allgemeiner gehalten sein als heutige Straftatbestände. Gleichwohl können auch sie Wirkungen hervorbringen, die wir heute dem verfassungsrechtlich verankerten, strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt entnehmen und ideengeschichtlich auf die Epoche der Aufklärung zurückführen.<sup>26</sup> Zum Beispiel enthalten die zitierten historischen Regeln eine vorherige Ankündigung strafbaren Verhaltens, obwohl die Rechtssysteme, denen sie entstammen, keine Aufklärung, kein Rechtsstaatsprinzip und auch keine Demokratie im heutigen Sinne kannten.<sup>27</sup> Dies führt zu der Frage, welche Funktionen bzw. Wirkungen einem Straftatbestand – abseits aktueller Vorstellungen über den „demokratischen Rechtsstaat“ – bereits aufgrund seiner Ausformulierung als Straftatbestand zukommen.

Als Aufgabe des materiellen Strafrechts – und damit auch der Straftatbestände – wird in der Strafrechtswissenschaft zumeist die Steuerung menschlichen Verhaltens genannt.<sup>28</sup> Straftatbestände sollen danach den Einzelnen zu einem bestimmten Verhalten veranlassen oder von bestimmten Verhaltensweisen abhalten. In sprachlicher Hinsicht fällt allerdings auf, dass die Straftatbestände des StGB keine ausdrückliche Verhaltensanweisung an den potentiellen Normbrecher enthalten. Denn in § 212 Abs. 1 steht nicht: „Du sollst nicht töten“ – eine Formulierung, die in dieser Form z.B. im Alten Testament zu finden ist.<sup>29</sup> Die Normen des Strafgesetzbuches scheinen sich damit nicht an potentielle Straftäter zu richten.<sup>30</sup>

Hier ist eine Unterscheidung zwischen Verhaltensnormen und Sanktionsnormen hilfreich.<sup>31</sup> Verhaltensnormen sind Regeln, die unmittelbar ein Verhaltensgebot aufstellen und sich damit ebenso unmittelbar an den potentiellen Normbrecher wen-

<sup>24</sup> So hängt etwa nach dem 36. Abschnitt der *lex ribuaria* die Höhe einer Geldbuße im Falle eines Totschlags davon ab, welchem Stamm oder welchem Stand das Opfer angehörte: „§ 8 Wenn jemand einen freigeborenen Priester tötet, werde er mit dreimal 200 Schillingen bestraft. § 9 Wenn jemand einen Bischof tötet, werde er mit dreimal 300 Schillingen bestraft.“ (zit. nach *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 13. Aufl. 2008, 47 f.).

<sup>25</sup> Vgl. § 22: „Gesetzt, ein Mann hat geraubt und ist dabei gefasst worden, so wird dieser Mann getötet. § 196 Gesetz, ein Mann hat das Auge eines Freigeborenen zerstört, so wird man sein Auge zerstören.“ (zit. nach *Altorientalische Texte zum Alten Testament*, Edition Alpha et Omega: Deutsche Übersetzung nach *Hugo Gressmann*, 1926, 380 ff.).

<sup>26</sup> Entsprechend vertritt *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, 17 ff., dass die Elemente des Gesetzlichkeitsprinzips älter seien als die Aufklärung.

<sup>27</sup> Dagegen setzt das Gesetzlichkeitsprinzip moderner Prägung nach *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 10, eine bestimmte Auffassung vom Wesen des Staates voraus und ist deshalb erst seit der Aufklärung anzutreffen.

<sup>28</sup> S. statt vieler *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, 142; *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 44; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 4; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, 14; vgl. zum Ganzen auch *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, Rn. 33 ff.

<sup>29</sup> Exodus 20,14 und Deuteronomium 5,17.

<sup>30</sup> Entsprechend hatte z.B. *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, passim, vertreten, Strafnormen wendeten sich ausschließlich an die Strafverfolgungsorgane.

<sup>31</sup> Bei *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Erster Band, 1916, 36 ff., bezeichnet als „Normen“, welche die primären Verhaltensgebote beinhalten, sowie als „Strafgesetze“, welche die Sanktionierung eines Normbruchs anordnen.

den. Bei Sanktionsnormen handelt es sich dagegen um Vorschriften, die sich an den Rechtsstab – insbesondere also an die Gerichte – wenden. Sie treffen nur für jene Fälle eine Anordnung, in denen zuvor eine Verhaltensnorm verletzt wurde. Bei den Straftatbeständen scheint es sich auf den ersten Blick nicht um Verhaltensnormen zu handeln.<sup>32</sup> In ihnen können aber jedenfalls Sanktionsnormen erblickt werden.<sup>33</sup>

Allerdings mangelt es auch bei einer Unterscheidung in Verhaltens- und Sanktionsnormen in sprachlicher Hinsicht an einem klar zum Ausdruck gebrachten Imperativ. Denn § 212 Abs. 1 StGB ordnet nicht an, dass bestraft werden *soll* oder zu bestrafen *ist*, wer einen Menschen getötet hat. Stattdessen formuliert das Gesetz die auf den Normbruch folgende Bestrafung wie eine naturgesetzlich eintretende Folge. Sprachlich gleichen die Straftatbestände damit eher beschreibenden Erfahrungssätzen über eine Ursache und deren Wirkung.<sup>34</sup>

Man darf dem Gesetzgeber unterstellen, dass er diese Formulierung mit Bedacht gewählt hat. Denn dadurch wendet sich das Gesetz, obwohl es sich strukturell betrachtet um eine Sanktionsnorm handelt, letztlich auch an den Adressaten der Verhaltensnorm und damit in unserem Beispiel an den potentiellen Totschläger.<sup>35</sup> „Wer tötet, wird bestraft“ lässt sich deshalb auch als Drohung verstehen: Der Gesetzgeber bringt mit dieser Formulierung seine Gewissheit zum Ausdruck, dass der Normbefehl zur Bestrafung eines Totschlägers von den Gerichten in jedem Falle eingehalten werden wird.<sup>36</sup>

Bei der Kategorisierung in Verhaltens- und Sanktionsnormen bleibt allerdings zu beachten, dass eine Sanktionsnorm aus der Perspektive des Richters eine Verhaltensnorm darstellt.<sup>37</sup> Denn der Straftatbestand wendet sich unmittelbar mit dem Gebot an das Gericht, den Täter zu bestrafen. Dieses Gebot ist seinerseits – insbesondere durch den Tatbestand der Rechtsbeugung nach § 339 StGB – mit einer weiteren Sanktionsnorm abgesichert. Für das Gericht, das über einen rechtsbeugenden Richter zu urteilen hat, wäre der Tatbestand der Rechtsbeugung dagegen wiederum eine Verhaltensnorm, die ihrerseits durch § 339 StGB als Sanktionsnorm abgesichert ist. Die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnormen verdeutlicht damit im hier interessierenden Zusammenhang lediglich, dass Straftatbestände je nach Adressatenkreis unterschiedliche Verhaltensgebote aufstellen können.

<sup>32</sup> S. zu verschiedenen Möglichkeiten, einen Straftatbestand als Verhaltensnorm zu deuten *Binding*, Normen I, 36 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Hassemmer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 44.

<sup>34</sup> S. zum Unterschied zwischen beschreibenden und normativen Sätzen z.B. *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, 78; *Schulte*, Grundzüge einer soziologischen Theorie des Rechts, 2011, 41; zum Ursprung dieser Unterscheidung *Hume*, Ein Traktat über die menschliche Natur, Nachdruck der 1. Auflage von 1906, Hamburg 1973, 211 f.

<sup>35</sup> Für eine „zweigleisige Adressatentheorie“ z.B. auch *Hoerster*, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ 1989, 10, und *Hörnle*, Straftheorien, 2011, 7 f.

<sup>36</sup> Hiervon abweichend vermutet *Binding*, Normen I, 41, hinter dieser Normstruktur eher eine bedauernde Warnung des Gesetzgebers an den Bürger, dass ein Normbruch bestraft werden *müsse*.

<sup>37</sup> Hierzu und zum Folgenden *Nawiascky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, 13; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 192 f.; *Sickor*, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, 65.

Eine Steuerung des Verhaltens des jeweiligen Normadressaten ist allerdings nur möglich, wenn diesem die Verhaltensanweisung zuvor bekannt gegeben wird.<sup>38</sup> Denn ein Verbot, von dem niemand Kenntnis hat, kann nicht bewusst eingehalten werden. Ein normgetreues Verhalten wäre dann nur auf Zufall zurückzuführen. Damit ergibt sich bereits aus dem Ziel, Verhalten zu steuern, die Notwendigkeit einer vorherigen und möglichst konkreten Beschreibung des strafbaren Verhaltens, aber auch der für einen Verstoß angedrohten Sanktion.<sup>39</sup> Was wir heute als Rückwirkungsverbot und als Bestimmtheitsgebot der Verfassung entnehmen, ist im Ansatz mithin bereits in der dem Strafrecht allgemein zugeschriebenen Funktion bzw. in der konditionalen Struktur der Straftatbestände angelegt.<sup>40</sup>

Ob Straftatbestände wirklich ausschließlich dazu dienen, menschliches Verhalten zu steuern, wird vielfach bestritten.<sup>41</sup> Das dürfte zum einen daran liegen, dass manche Verhaltensgebote nur bedingt in der Lage zu sein scheinen, Verhalten so zu steuern, wie es der Gesetzgeber beabsichtigt hat. Für diese Erkenntnis muss man nicht erst an das Recht der Ordnungswidrigkeiten<sup>42</sup> und dort an die Anordnung von Geschwindigkeitsbegrenzungen oder Parkverboten denken.<sup>43</sup> Auch im Strafrecht finden sich Regelungen, die allem Anschein nach nicht allzu ernst genommen werden: Dies dürfte etwa für Delikte wie die Steuerhinterziehung, den Besitz unerlaubter Betäubungsmittel, aber auch für Tatbestände aus dem Bereich der Korruptionsdelikte gelten.

Im Gegensatz dazu dürften andere strafrechtliche Verbote bereits deshalb eingehalten werden, weil ihr Inhalt den moralischen oder ethischen Überzeugungen der Normadressaten entspricht.<sup>44</sup> So wird es für Viele unter normalen Umständen undenkbar sein, einen Menschen gegen dessen Willen<sup>45</sup> töten zu wollen.<sup>46</sup> Der Tatbestand des

<sup>38</sup>Vgl. BVerfGE 75, 329 (341); 87, 209 (223 f.); *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 44; *Satzger* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 1 Rn. 6, 18.

<sup>39</sup>Bereits *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, §§ 12 ff., weist auf diesen Umstand hin. In älteren Gesetzeswerken war man noch versucht, entlastende Umstände, gelegentlich aber auch die Einzelheiten der Bestrafung insgesamt, gesetzlich unregelt zu lassen, um dem einfachen Volk nicht die Möglichkeit zu geben, Schlupfwinkel für eine straflos bleibende Verbrechenbegehung zu eruiere; s. dazu z.B. *Schwennicke*, Die Allgemeinen Strafrechtslehren im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten und ihre Entwicklung in der Rechtsprechung bis zum preußischen Strafgesetzbuch von 1851, in: *Dölemeyer/Mohnhaupt* (Hrsg.), 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1995, 79 (87 f.). Relativiert wird das Ziel einer Verhaltenssteuerung durch umfassende Verbotskenntnis in gewissem Sinne auch durch § 17 StGB. Nach dieser Vorschrift genügt für eine Bestrafung bereits die Möglichkeit, von der Strafbarkeit Kenntnis zu nehmen; eine tatsächliche Kenntnisnahme ist dagegen nicht erforderlich.

<sup>40</sup>*Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 44, sprechen in diesem Zusammenhang von einer „zwingende[n] Vernünftigkeit“ des Rückwirkungsverbotes. Entsprechend wurde das Rückwirkungsverbot auch in solchen historischen Rechtsordnungen in Ehren gehalten, in denen man dem Gesetzlichkeitsprinzip im Allgemeinen skeptisch gegenüber stand; s. dazu *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, Rn. 6; *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, 17 ff.

<sup>41</sup>Vgl. *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, 36 ff.

<sup>42</sup>Die dort zu findenden Tatbestände weisen dieselbe Struktur wie Straftatbestände auf.

<sup>43</sup>Eine Verhaltenssteuerung bewirkt eine Geschwindigkeitsbegrenzung allerdings auch dann, wenn die zulässige Geschwindigkeit von den meisten Verkehrsteilnehmern aufgrund der gestuften Sanktionen nur in geringem Ausmaß überschritten wird.

<sup>44</sup>S. zur – nur beschränkten – verhaltenssteuernden Wirkung von Strafgesetzen auch *Hörnle*, Strafrecht, 2011, 9 f.; *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, 9 f.

<sup>45</sup>Bei einer Tötung auf Verlangen mag dies anders sein; vgl. dazu nur die derzeitige rechtspolitische Diskussion um die Zulässigkeit der „Sterbehilfe“.

Totschlag könnte in diesen Fällen keine Verhaltenssteuerung mehr bewirken, weil das Verhalten bereits durch eigene Überzeugungen oder durch nichtrechtliche Normensysteme gesteuert wird.<sup>47</sup> Dagegen scheint in jenen Fällen, in denen keine normalen Umstände anzunehmen sind – wie etwa bei einem Totschlag im Affekt – die Verhaltenssteuerung des Gesetzes ebenfalls zu versagen. Denn der Täter wird in einer solchen Ausnahmesituation als Letztes an § 212 StGB und die dort angedrohte Strafe denken.

Die in den Straftatbeständen normierten Verhaltensgebote dürften mithin zum Großteil entweder ohnehin schon befolgt werden, oder es wird trotz der bestehenden Strafbewehrung gegen sie verstoßen. Eine Verhaltensteuerung durch Straftatbestände scheint daher in vielen Fällen nur als Anweisung an die Gerichte zur Bestrafung des Normbrechers wirksam zu sein. Auf diese Wirkung der Straftatbestände als Sanktionsnormen scheint sich der Gesetzgeber aber durchaus verlassen zu können.<sup>48</sup>

Eine solche Sanktionsnorm könnte theoretisch aber auch in Form einer schlichten Dienstanweisung an die Gerichte übermittelt werden. Einer gesetzlichen Ausgestaltung bedürfte es zur Verhaltenssteuerung der Gerichte daher nicht. Ebenso wäre die formlose, aber öffentliche Androhung einer Bestrafung in der Lage, dem Bürger eine Ausrichtung seines Verhaltens an einem Verhaltensgebot zu ermöglichen. Auch die Vorhersehbarkeit der Normanwendung und die annähernd gleiche Behandlung gleichartiger Fälle ergeben sich bereits aus der abstrakt-generellen Formulierung der Tatbestandsvoraussetzungen. Selbst ein Tyrann müsste föglicherweise ein Stück Rechtssicherheit und damit ein Stück Rechtsstaatlichkeit in Kauf nehmen, wenn er seinen Richtern abstrakt-generelle Regeln mit auf den Weg gibt und ihnen nicht das Recht zu einer eigenen willkürlichen Entscheidung einräumt.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Umfassend zur Annahme einer „Tötungshemmung“ und deren Berücksichtigung im Strafrecht *Lederer*, Hemmschwellen im Strafrecht, 2011.

<sup>47</sup> Die Annahme eines bereits durch eigene Überzeugungen bzw. außerrechtlichen Normensysteme von entsprechenden Tateingungen abgehaltenen Täters bildet dann quasi den umgekehrten Fall eines „omnimodo facturus“; s. zu dieser Kategorie hier nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 26 Rn. 65 m.w.N.

<sup>48</sup> Die Verurteilungszahlen des Tatbestandes der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) sind hierfür zwar kein besonders aussagekräftiger Indikator, weil die niedrige Verurteilungszahl auch auf die „Selbstbetroffenheit“ der Justiz zurückzuführen sein könnte (s. zu den Problemen dieses Tatbestandes in der „Rechtswirklichkeit“ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 339 Rn. 3 f.; zu der – bei anderen Tatbeständen eher selten anzutreffenden – restriktiven Rechtsprechung des BGH BGHSt 47, 105 [109]; weitere Nachweise *ibid.*, Rn. 14). Gleichwohl können Richter aus einer Nichtbefolgung der Aufforderung, Normbrecher zu bestrafen, üblicherweise keinen Gewinn ziehen. Eine Ausnahme gilt lediglich für den Arbeitsaufwand, der aus einer Befolgung der Sanktionsnormen erwächst. Diesbezüglich weichen Gerichte aber üblicherweise auf eine großzügige Auslegung prozessualer Regeln aus (vgl. zur schon seit Jahrzehnten andauernden Auseinandersetzung um verfahrensvereinfachende Absprachen und die dort immer aufs Neue anzutreffende Umgehung gesetzlicher Vorgaben *Sickor*, Das Geständnis, 2014, S. 376 ff. sowie zuletzt BVerfG NJW 2013, 1058). Ironischerweise mag ausgerechnet die Missachtung prozessualer Normen als Indiz dafür gewertet werden, dass es der Richterschaft – wenn auch gelegentlich in naiver Selbstüberschätzung – auf die Vereinbarkeit eines erträglichen Arbeitsaufwandes mit der Durchsetzung des materiellen Rechts (und damit: der Straftatbestände) ankommt.

<sup>49</sup> Letzteres liefe allerdings dem Allmachtsanspruch des idealtypischen Tyrannen evident zuwider.

#### IV. Sinn und Zweck der formell-gesetzlichen Formulierung von Straftatbeständen

Für eine Verhaltensteuerung der Normadressaten, die Vorhersehbarkeit der Normanwendung und die gleiche Behandlung gleichartiger Fälle bedarf es – wie gezeigt – einer gesetzlichen Formulierung der Straftatbestände an sich *nicht*. Dass für Straftatbestände heute gleichwohl formelle Gesetze gefordert werden und diese Forderung sogar verfassungsrechtlich abgesichert ist, muss daher noch einen anderen Grund haben. Um diesen Grund aufzuspüren, ist es erforderlich, sich zu vergegenwärtigen, aus welcher Perspektive der Straftatbestand betrachtet wird: So entspringt die Annahme, Recht im Allgemeinen und Straftatbestände im Besonderen dienen der Verhaltenssteuerung der Bürger, einer ausgesprochen paternalistischen Sichtweise. Die Idee vom „staatlichen Strafanspruch“<sup>50</sup> ist mithin aus der Perspektive des Staates gedacht. Der Straftatbestand wird dabei als Mittel zur Verhaltenssteuerung – oder weniger euphemistisch formuliert: als Instrument zur Disziplinierung des Volkes – betrachtet. Diese Auffassung wird interessanterweise auch von Vertretern aus der Zeit der Aufklärung geteilt, die auf der Grundlage der Idee des Gesellschaftsvertrages vor allem das Sicherheitsinteresse der Mitbürger betont haben.<sup>51</sup> Was aus heutiger Sicht als liberaler und humanistischer Fortschritt gepriesen wird, ist im Ansatz daher eigentlich wenig beschuldigtenfreundlich.

Im Gegensatz dazu belegen Beispiele aus der Zeit vor der Epoche der Aufklärung, dass es immer wieder historische Machkonstellationen gegeben hat, in denen der Inhaber der Strafgewalt nicht mächtig genug war, eigene Rechtsakte gegen den Willen der Normadressaten durchsetzen:

Als z. B. im Rahmen der Landfriedensbewegung in Mitteleuropa erstmals in größerem Umfang Strafen an Leib und Leben auch für Freie und sogar für hochgestellte Persönlichkeiten angedroht wurden, mussten diese Landfrieden von den Beteiligten vorab beschworen werden.<sup>52</sup> Es handelte sich dabei um den Eid, auf Gewalt zu verzichten. Für den Fall eines Verstoßes gegen diesen Friedenseid unterwarf man sich unter Sanktionen, die bis dahin für diesen Personenkreis undenkbar waren.<sup>53</sup>

Während die Landfriedensbewegung die peinliche Gerichtsbarkeit oftmals überhaupt erst auf die mitwirkenden hochgestellten Personengruppen erstreckt hat, finden sich in der Historie auch immer wieder Beispiele, in denen der Inhaber der Strafgewalt den Normadressaten bestimmte Rechte und Privilegien garantieren musste.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Vgl. zur weitgehend unreflektierten Verwendung dieses Begriffes z.B. RGSt 4, 355 (357) und BGHSt 16, 374 (378 f.); zur Kritik an diesem Begriff *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, Strafklage-recht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, 1968, 98 f.; *Murmann*, Über den Zweck des Strafprozesses, GA 2004, 65 (66); *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, 192 (mit Fn. 65); sowie zum verfassungsgerichtlichen Verständnis des staatlichen Strafanspruchs BVerfGE 51, 324 (343 f.); 57, 250 (275); 74, 358 (370 f.).

<sup>51</sup> S. dazu z.B. die Nachweise bei *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 32 ff.

<sup>52</sup> Dazu *Sickor*, Das Geständnis, 2014, S. 102 ff.; sowie *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte I, 197, 211 f., und *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 50.

<sup>53</sup> *Sickor*, Das Geständnis, 2014, S. 103 f.; vgl. dazu auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 64; *Moos*, Das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung, 1983, 16.

<sup>54</sup> Dazu *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 9.

Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die „Magna Charta Libertatum“ aus dem Jahre 1215.<sup>55</sup> In dieser wurde die Strafgewalt des Königs nicht nur rechtlich geregelt, sondern in weiten Teilen sogar ausgeschlossen.<sup>56</sup>

Ein solcherart freiheitlich verstandenes Straf-„Recht“ betont nicht in erster Linie den Strafanspruch des Herrschers bzw. des Staates, sondern die Grenzen dieses Rechts. Hieraus entsteht als Kehrseite das Recht der Normadressaten, nicht willkürlich oder über diese Grenzen hinaus in Verantwortung genommen zu werden. Die Strafgesetze – und damit auch die Straftatbestände – lassen sich daher, in Anlehnung an *Franz von Liszt*, als „Magna Charta des Verbrechens“ begreifen.<sup>57</sup>

Es wäre zu wünschen, dass diese Perspektive dem Strafrecht nicht nur unter der Herrschaft von Kaisern und Königen in feudalen Staatswesen, sondern auch in einer Demokratie ausnahmslos zu Grunde gelegt würde. Mit einer solchen Sichtweise wäre es dann allerdings kaum zu vereinbaren, strafrechtliche Normen zulasten des Beschuldigten und gegen den Willen des Gesetzgebers auszulegen, um vermeintliche „Strafbarkeitslücken“ zu schließen.<sup>58</sup> Ebenso wenig wäre die Berufung auf die angeblich gefährdete Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege<sup>59</sup> ein Grund, gesetzliche Vorgaben auf dem Gebiet des Prozessrechts zu Lasten des Beschuldigten zu umgehen.

## V. Zusammenfassung

Einige Elemente des strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes, die wir heute der Verfassung entnehmen und auf die Epoche der Aufklärung zurückführen, ergeben sich im Grundsatz bereits aus der dem Strafrecht zugeschriebenen Funktion sowie aus der Struktur der Straftatbestände. Im Hinblick auf die Verhaltenssteuerung als vermeintlichem Ziel des Strafrechts betrifft dies etwa die Grundgedanken des Rückwirkungsverbot und des Bestimmtheitsgebotes. Hinsichtlich der Struktur der Straftatbestände führt ferner bereits die abstrakt-generelle Formulierung strafbaren Verhaltens zu einer gewissen Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte sowie zu einer Vorhersehbarkeit staatlicher Sanktionen.<sup>60</sup> Der Straftatbestand enthält damit bereits aus sich heraus ein willkürbegrenzendes Element.<sup>61</sup> Dies gilt selbst dann, wenn er nur als Be-

---

<sup>55</sup> Auch die Verfassungen der nordamerikanischen Staaten oder die *Allgemeine Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte aus dem Jahre 1789 werden oft als Beispiele für erkämpfte Rechte genannt*; s. dazu *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 40, 54, 56, 75; *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, 52, 65.

<sup>56</sup> Vgl. insbesondere die §§ 22, 26, 29 und 46 der Magna Charta Libertatum vom 15. Juli 1215.

<sup>57</sup> *V. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1905, 80.

<sup>58</sup> Vgl. zu Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung Vorschriften unter Hinweis auf andernfalls entstehende „Strafbarkeitslücken“ weit ausgelegt hat, BGHSt 57, 229 ff. (insbes. Rn. 17); BGH, NStZ 2012, 89 (91), 511 (513).

<sup>59</sup> S. dazu z.B. BVerfG, NStZ 1987, 419; BGHSt 50, 40 (53 f.); BGH, NJW 2004, 2536 (2537); 2005, 2466 (2468 f.).

<sup>60</sup> S. *Hassemer/Kargl* in: NK-StGB, § 1 Rn. 13; *Satzger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 1 Rn. 18.

<sup>61</sup> So würde etwa eine Norm, die nach Kriterien differenziert, die als gleichheitswidrig im Sinne von Art. 3 GG anzusehen wären, – nur, aber immerhin – Gleichheit innerhalb der inkludierten Fälle schaffen, während die exkludierten Fälle – wenngleich in verfassungswidriger Weise – für sich

fehl des Herrschers an seine Richterschaft oder als Androhung einer Sanktion zum Zwecke der Verhaltenssteuerung der Normadressaten gedacht war. Dass in manchen Rechtsordnungen versucht wurde – z.B. durch eine gesetzliche Ermächtigungen zur analogen Rechtsanwendung – die hier beschriebenen, gleichsam automatisch eintretenden Wirkungen der gesetzlichen Normierung von Straftatbeständen zu neutralisieren,<sup>62</sup> spricht nicht gegen diese Wirkungen, sondern setzt sie vielmehr voraus. Rechtssätze, die uns als abstrakt-generelle Formulierung einer sanktionierten kontrafaktischen Verhaltenserwartung<sup>63</sup> begegnen, tragen daher den Keim der Rechtssicherheit und damit eine Grundlage der Rechtsstaatlichkeit bereits in sich.

Notwendigkeit und Nutzen einer darüber hinausgehenden, verfassungsrechtlichen Verankerung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehaltes werden dagegen erst dann in vollem Umfang verständlich, wenn Straf-, „Recht“ nicht als Mittel zur Disziplinierung, sondern als ein (Abwehr-)Recht der Normadressaten aufgefasst wird. Die rechtliche – und im Falle unserer Rechtsordnung sogar formell-gesetzliche – Ausgestaltung von Straftatbeständen dient daher vor allem dem Schutz der Normadressaten.

---

genommen ebenso „gleich“ behandelt würden. Rechtssicherheit kann mithin auch trotz materieller Gleichheitswidrigkeit gewährleistet werden.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. die Art. 104 und 105 der Constitutio Criminalis Carolina; s. zu diesen beiden Artikeln auch *Roxin*, AT-1, § 5 Rn. 12.

<sup>63</sup> So die systemtheoretische Deutung der Rechtsnormen; s. dazu *Schulte*, Grundzüge einer soziologischen Theorie des Rechts, 2011, 41 ff.; *Sickor*, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, 65.