

Negatives Strafrecht¹

I.

Der Ausdruck »negatives Strafrecht« ist einer Kant-Stelle in der »Kritik der reinen Vernunft« nachgebildet. Die Stelle² erörtert »die Disziplin«, die der Vernunftgebrauch nötig hat, um nicht in »Ausschweifung und Irrtum« zu verfallen. Kant verlangt zu diesem Ziel die Entwicklung inhaltlich bestimmter »negativer Urteile«. Vorausgesetzt ist, dass die Vernunft trotz beschränkter Erkenntnismöglichkeiten »unablässig« nach Erweiterung strebt, dadurch aber »Täuschungen und Blendwerken unterliegt und, jedes Unbegründete und Willkürliche« für wahr nimmt. Verhindern kann dies nur eine »warnende Negativlehre«, ein »System der Vorsicht«, eine Bändigung der Vernunft, eine »negative Gesetzgebung«. Diese Forderung nach Disziplinierung der Vernunft gilt für alle Arten des Vernunftgebrauchs.

Strafrecht (dazu gehört auch das Maßregelrecht) gilt als eine Ausprägung der Vernunft. Die strafende Vernunft, wie jeder Vernunftgebrauch, strebt »unablässig zur Erweiterung«, hat den »beständigen Hang, von gewissen Regeln abzuweichen«, treibt manchmal ein »leichtsinniges Spiel«, vermeidet nicht den »falschen vernünfteln den Schein«, auch nicht Irrtümer und Ausschweifungen. Um Disziplin im Denken und Handeln zu bewahren, ist »eine ganz eigene und zwar negative Gesetzgebung erforderlich«. Die strafende Vernunft, soll sie nicht ständig Irrtümern unterliegen, muss auf ein negatives Strafrecht treffen, einen »Zwang« zur Disziplin. Die strafende Vernunft wird das negative Strafrecht als »Demütigung« auffassen. Doch allein eine solche Demütigung kann die Vernünftigkeit der strafenden Vernunft sichern.

Dass diese Verbindung von negativen Vernunfturteilen bei Kant und negativem Strafrecht nicht künstlich ist, zeigt sich an Kants Kritik des positiven Rechts. Diese Kritik ist nicht gemeint als Kritik an der gerade aktuellen Zweckmäßigkeit des Rechts, des Strafrechts. Diese Kritik ist die Untersuchung der Reichweite der Vernunft bei der Suche nach der unbezweifelbaren Richtigkeit des Rechts. Die negativen Urteile sind ein Teilstück dieses Verfahrens. Angewandt auf das positive Recht kommt

1 Zuerst abgedruckt in: Wolfgang Naucke, *Negatives Strafrecht. 4 Ansätze*, Münster: 2015, S. 27–40.

2 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Hamburg: Verlag Meiner 1952, S. 654ff. Alle im Text folgenden Zitate sind dieser Stelle entnommen.

Kant zu dem Satz, die tatsächliche Gesetzgebung habe die Neigung, sich »durch ihre Majestät« der Prüfung durch das kritische negative Recht zu entziehen,³ müsse sich dann freilich vorhalten lassen, »ein bloß mechanisches Machwerk zu sein, was eigentlich [...] ein bloß subjektives (von der Willkür der oberen Macht ausgehendes), mithin an sich gar kein Recht sein würde«⁴ Das negative Strafrecht ist das Verfahren grundsätzlicher Skepsis am gerade geltenden Strafrecht, bis hin zum unbegrenzten Verwerfen dieses gerade geltenden Strafrechts.

II.

Es ist durchaus nicht ungewöhnlich, die Grenzen eines Fachs negativ zu bestimmen. Eine Nachfrage bei anderen Fächern zeigt traditionsreiche negative Vergewisserungen. Die negative Theologie hat eine weit zurückreichende breite Debattenkultur. Die negative Theologie beharrt darauf, dass die Eigenschaften eines Gottes nicht positiv bestimmt, nicht als gut oder böse wahrgenommen, sondern allein als unsichtbar, nicht in Analogie zu menschlichen Eigenschaften beschreibbar aufgefasst werden können.⁵ Die negative Pädagogik, ein verästeltes Feld, wendet sich gegen die angestammte Pädagogik mit der Forderung, die jeweils für selbstverständlich, leicht begründbar genommenen pädagogischen Ziele und Verfahren mit Distanz zu analysieren.⁶

Eine direkte Brücke von der negativen Theologie oder der negativen Pädagogik zum negativen Strafrecht gibt es nicht. Aber das Arbeitsklima dieser negativen Fachbestimmungen ist gleich. Es ist das Arbeitsklima, das die kantischen negativen Vernunfturteile erfüllt. Die negative Gesetzgebung eines selbstgewissen Faches soll der fachlichen Orthodoxie, die Täuschungen unterliegen kann, entgegentreten. Für das Strafrecht, ein Machtinstrument, ist das negative Strafrecht besonders wichtig. Es liegt daher nahe anzunehmen, dass das negative Strafrecht bereits zu finden ist, in unverbundenen Teilstücken, auf Systematisierung wartend.

3 Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, S. 7.

4 Die Stelle steht in Kants handschriftlichem Nachlass (Immanuel Kant, *Kants gesammelte Schriften*, hrsg. v. Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin: De Gruyter 1936, S. 178f., nachgewiesen und abgedruckt bei Hermann Klenner/Immanuel Kant, *Rechtslehre – Schriften zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Akademie Verlag 1988, S. 419.

5 Thomas Rentsch, »Theologie, negative«, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie Band 10*, Basel: Schwabe 1998, Spalte 1102; Alois Halbmayer (Hg.), *Negative Theologie heute?*, Freiburg i.Br.: Herder 2008.

6 Andreas Gruschka, *Negative Pädagogik*, Wetzlar: Büchse der Pandora 2004, bes. Kap. 2.

III.

Das Adjektiv »negativ« zur Kennzeichnung eines strafrechtlichen Instituts ist nicht ganz selten. Seit Feuerbachs Versuch von 1799, den Begriff der Strafe durch die Ermittlung des Sprachgebrauchs beim Reden und Schreiben über Strafe auf die Spur zu kommen,⁷ gilt das Verfahren, vom strafrechtlichen Sprachgebrauch auf den Inhalt des von der Sprache bezeichneten Begriffs zu schließen, nicht als chancenlos. Doch führt die Ermittlung des Sprachgebrauchs von »negativ« im Strafrecht nicht einmal zu den Umrissen einer Lehre vom negativen Strafrecht, zeigt eher die Lässigkeit eines strafrechtlichen Sprachgebrauchs.

»Negative Generalprävention« ist eine geläufige Formel für die sog. Individualabschreckung durch Bestrafung. Die Formel enthält aber eine Strafrechtsverstärkung, keine Strafrechtsbeschränkung. Ebenso ist die Redewendung »negative Spezialprävention« einzuordnen. Gemeint ist die Sicherung der Gesellschaft vor einem einzelnen Täter, nicht eine Sanktionsgrenze. Die zitierten Formeln haben mit negativem Strafrecht nichts zu tun. Nicht viel anders verhält es sich mit der gängigen Bezeichnung »negative Tatbestandsmerkmale«. Die Tatbestände als Voraussetzungen der Strafbarkeit werden zwar eingeschränkt, werden begrenzt durch rechtfertigende Sachverhalte. Dennoch ergibt die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen wenig für eine Lehre vom negativen Strafrecht. Der Umfang der Strafbarkeit wird durch negative Tatbestandsmerkmale objektiv nicht geschmälert. Die rechtfertigenden Sachverhalte stehen fest. Es geht nur um die technische Frage, auf welcher Stufe des Verbrechensaufbaus die rechtfertigenden Sachverhalte zu erörtern sind. Das Eigenschaftswort »negativ« vor »Tatbestandsmerkmale« ist ein wenig durchdachter Zufall. Noch klarer wird dies an dem Ausdruck »negativer (strafrechtlicher) Handlungsbegriff«. Gemeint ist, dass als Handlung jedes Verhalten aufzufassen ist, das einen tatbestandsmäßigen Schaden hätte verhindern können. »Negativ« wird für »vermeidbar« gesetzt, um einen Handlungsbegriff zu bekommen, der Tun und Unterlassen umfasst. Das ist ein künstliches Abschleifen der Bedeutung von »negativ«.

Die Ansätze für die Entwicklung des negativen Strafrechts sind nicht im strafrechtlichen Sprachgebrauch von »negativ« zu finden.

IV.

Eine ergiebigere Annäherung an den Inhalt eines negativen Strafrechts folgt aus dem Versuch, das Gegenteil, also den Begriff des affirmativen

7 Paul Johann Anselm Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*: 1, Erfurt: Henning 1799, S. 2ff., 12f.

Strafrechts zu bestimmen. Dieser Versuch gelingt, wenn man die beiden bekanntesten strafrechtlichen Schulen der Moderne, die klassische und die moderne Schule des Strafrechts, als profilierte Ausprägungen eines affirmativen zukunftsgläubigen Strafrechts begreift.

Beide Schulen bilden ein staatsnahes Strafrecht aus, wollen die staatliche Ordnung auch mithilfe des Strafrechts stützen. Die klassische Schule setzt das Strafrecht als Mittel zur Erhaltung wichtiger, die staatliche Ordnung erhaltender Normen ein. Die moderne Schule organisiert das Strafrecht als Mittel zur Erhöhung der Sicherheit im Staat durch zwangsweise Anpassung des Straftäters.⁸ Beide Schulen zielen auf ein für den Staat zweckmäßiges machtvollens Strafrecht. Beide Schulen haben das gleiche Problem: sie haben Schwierigkeiten, die Grenzen des affirmativen zweckmäßigen Strafrechts zu bestimmen.

Die beiden Strafrechtsschulen entstehen im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts. Diese Zeit kann sich ein Strafrecht nur noch in der Form des Gesetzes vorstellen. Das Problem der Grenze des affirmativen Strafrechts in der klassischen, wie in der modernen Schule muss als Stellungnahme zum Strafgesetz ausgedrückt werden. Damit taucht unausweichlich die Frage auf, ob die Gesetzlichkeit des Strafrechts zum affirmativen oder zum negativen Strafrecht gehört. Die Klassiker und die Modernen akzeptieren die Gesetzlichkeit des Strafrechts, setzen aber alles daran, die Gesetzlichkeit als Unterstützung des affirmativen Strafrechts zu stilisieren.

Die wissenschaftliche Hauptperson der Modernen sieht im Gesetz keine negative Strafrechtsgrenze, sondern einen paradoxen Schutz des die Sicherheit im Staat gefährdenden Straftäters,⁹ einen Schutz, der aber jederzeit durch Gesetze überwunden werden kann.¹⁰ Am sichersten ist dieser paradoxe Schutz nach der Meinung des Schulhaupts der Modernen überwindbar durch eine einzige gesetzliche Bestimmung mit der Formulierung: »Jeder gemeingefährliche Mensch ist im Interesse der Gesamtheit so lange als nötig unschädlich zu machen.«¹¹ Diese Formulierung ist eine Ausschweifung der affirmativen strafrechtlichen Vernunft, die auf eine feste negative Disziplinierung treffen müsste.

Der wissenschaftliche Gründer der klassischen Schule wendet sich offen gegen das Gesetz, verstanden als Kern negativen Strafrechts. Das Gesetz wird abgewertet. Die Gewaltenteilung, die durch Gesetze erst

8 Vgl. die Darstellung der beiden Schulen von Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin/Heidelberg: Springer 2011, S. 125ff., 138ff.

9 Franz von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze Band 2: 1892 bis 1904*, Berlin: De Gruyter 1905, S. 80.

10 Susanne Ehret, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, Lausanne: Peter Lang 1996.

11 Von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze Band 2: 1892 bis 1904*.

ermöglicht wird, hält er für einen »seltsamen Gedanken«, der die »ganze Gewalt« (des Strafrechts) zerreiße.¹² Folglich ist die Forderung nach präziser Gesetzlichkeit des Strafrechts »Tyrannei« über das Strafrecht.¹³ Die brutale Ausschweifung einer von dieser Tyrannei befreiten affirmativen strafrechtlichen Vernunft ist die dogmatische Konstruktion einer straflosen Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens.¹⁴ Diese Ausschweifung ist folgerichtiges Handeln des affirmativen Strafrechts. Das negative Strafrecht, das diese Ausschweifung disziplinieren könnte, ist nicht zu sehen.

Das affirmative Strafrecht in seiner klarsten Form ist ein gesetzliches Machtinstrument gegen Abweichung. Grenzen aus sich heraus hat es nicht. Aber es trifft bei seiner Organisation auf Grenzen – das negative Strafrecht –, sucht diesen Grenzen freilich zu entkommen. Durch den Blick auf das affirmative Strafrecht zeigt sich: das affirmative Strafrecht rechnet mit einem negativen Strafrecht. Offenbar muss das negative Strafrecht nur identifiziert und systematisiert werden.

V.

Bei dem Bemühen um diese Identifikation tritt das Grundproblem einer Abgrenzung und Gegenüberstellung von affirmativem und negativem Strafrecht hervor: nur jene Institute werden wahrgenommen und gelten für verbindlich, die in einem Gesetz stehen. Was nicht in ein Gesetz gelangt, wird nicht ernstgenommen. Diese Lage schwächt das negative Strafrecht prinzipiell. Das affirmative Strafrecht mit seinem Versprechen, Straftaten zu verhindern und zu bekämpfen, ist beim Zugang zur Gesetzesform stets im Vorteil.

Diese Lage erklärt, warum die vielfältigen Anstrengungen, das affirmative Strafrecht streng zu kontrollieren, im Bereich der Wissenschaft bleiben. Abolitionismus,¹⁵ Abschaffen des Strafens,¹⁶ grundsätzliche Liberalisierung,¹⁷ Strafrecht als fragmentarische und subsidiäre ultima

12 Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig: Duncker & Humblot 1885, S. 21ff.

13 Ebd., S. 17.

14 Karl Binding/Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form* (1920), Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2006.

15 Sebastian Scheerer, »Die abolitionistische Perspektive«, *Kriminologisches Journal* (1984/2), S. 90ff.

16 Klaus Lüderssen, *Abschaffen des Strafens?*, Berlin: Suhrkamp 1995.

17 Peter-Alexis Albrecht, *Die vergessene Freiheit*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2011.

ratio,¹⁸ Begrenzung des Strafrechts durch negatives Naturrecht¹⁹ oder eine negative Jurisprudenz²⁰, diese Forderungen dringen nicht in die Gesetzgebung vor, es sei denn, die eine oder andere Form dieser negativen Kriminalpolitik kann sich als Förderung des affirmativen Strafrechts bewähren. Die Betonung der Notwendigkeit der Strafe als Legitimation für eine gesetzliche strafrechtliche Regel ist das Hauptbeispiel für diesen Vorgang. In neuer Zeit hat die moderne Schule die Grenze des affirmativen Strafrechts in der Grenze der notwendigen Zweckmäßigkeit gesehen.²¹ Aus der Sicht des negativen Urteilens über das Strafrecht ist es freilich erschreckend zu bemerken, wieweit die Notwendigkeit zweckmäßigen Strafens reicht: bis zur Einschließung auf unbestimmte Zeit, bis zur Prügelstrafe und bis zum Dunkelarrest und strengstem Fasten.²²

VI.

Dennoch ist der Versuch, im gesetzlichen Strafrecht die Ansätze eines Systems des negativen Strafrechts²³ zu finden, aussichtsreich. Diese Zuversicht

- 18 Cornelius Prittwitz, »Subsidiär, fragmentarisch, ultima ratio? – Gedanken zu Grund und Grenzen von Strafbeschränkungspostulaten«, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt: Peter Lang 1995, S. 387ff.; Thomas Vormbaum, »Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik«, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft* (2011/4), S. 660ff.
- 19 Vasco Reuss, *Eine Kritik der juristischen Vernunft*, Lausanne: Peter Lang 2007, bes. S. 261ff. unter Hinweis auf Mathias Becker, *Natur, Herrschaft, Recht. Das Recht der ersten Natur in der zweiten: Zum Begriff eines negativen Naturrechts bei Theodor Wiesengrund Adorno*, Berlin: Duncker & Humblot 1997.
- 20 S. die Überlegungen von Jochen Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2009, S. 25.
- 21 Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bad Hersfeld: De Gruyter 1905, S. 79.
- 22 Franz von Liszt im »Marburger Programm«, Franz von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze Band 1 1875 bis 1891*, Berlin: De Gruyter 1905, S. 170.
- 23 Fundstellen für eine aktuelle einheitliche Nutzung dieses Ausdrucks: Wolfgang Naucke, »Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts«, *Kritische Viertelsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (2010/2), S. 129–136 (136) und Felix Herzog/Winfried Hassemer, *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg/München: Müller 2010, S. 565; Peter-Alexis Albrecht, »Ein Rückblick auf 26 Jahre: Vor der Erweiterung zu einer europäischen KritV«, *Kritische Viertelsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2011, S. 297–298 (298); Anabelle Voßberg, »Negatives Strafrecht: Eine Kritik des Sicherheitsstrafrechts – Strafrecht in der KritV von 1986 bis

ruht auf der unschwer zu machenden Beobachtung, dass das affirmative Strafrecht eine staatliche Machtform ist und dass eine solche Machtform die Neigung hat auszuschweifen. Die Sorge vor solcher Ausschweifung muss zu positiviertem negativem Strafrecht führen.

Allerdings sind Unterscheidungen nötig, um das negative Strafrecht deutlich bestimmen zu können.

Die Gesetzlichkeit des Strafrechts, häufig als Begrenzung des Strafrechts aufgefasst, gehört zum affirmativen machtnahen Strafrecht. Die Gesetzlichkeit unterstützt das affirmative Strafrecht, macht es gut erkennbar und stark. Die Gesetzlichkeit des Strafrechts ist leicht herzustellen durch einen Diktator, durch Ermächtigungsgesetze,²⁴ die die Geschichte der parlamentarischen Gesetzgebung begleiten, oder durch klug organisierte Mehrheiten. Zeigt sich ein festes Strafbedürfnis, findet sich auch ein Gesetzgeber, der dieses Strafbedürfnis ins Gesetzblatt bringt. Das negative Strafrecht ist zu suchen als nicht leicht zu positivierender, seltener Gegenspieler des gesetzlichen affirmativen Strafrechts.

Eine große zunehmende Vorschriftengruppe, vor allem im StGB und in der StPO, ist aus dem negativen Strafrecht herauszuhalten, um nicht einem unbegründeten strafrechtlichen Optimismus zu verfallen. Es ist die Vorschriftengruppe, die erst breit Strafbarkeit regelt und dann die Strafbarkeit wieder einschränkt. Ein unübersehbares Beispiel ist die Vorschrift über die Strafbarkeit der Geldwäsche (§ 261 StGB): In fünf Absätzen wird ein umfangreiches Handlungsfeld unter Strafe gestellt (affirmatives gesetzliches Strafrecht). In Absatz 9 wird Straffreiheit versprochen, wenn der Täter mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeitet. Zu diesem Muster gehört die Konstruktion der Strafbarkeit der Luftverunreinigung und des Erzeugens von Lärm in §§ 325, 325a StGB. Zunächst wird breit Strafbarkeit bis zur Fahrlässigkeit geschaffen (§§ 325 I-III, 325a I-III StGB). Sodann wird eine unerklärliche Strafbefreiung für Kraftfahrzeuge, Schienen-, Luft- und Wasserfahrzeuge angefügt (§§ 325 V, 325a IV StGB).

In diesen Bereich gehört weiter das Institut der Strafflosigkeit bei Selbstanzeige nach § 370 AO. Das Absehen von Strafe (§§ 60, 46a StGB), das Absehen von der Verfolgung (§ 153 StPO) und die Einstellung gegen Auflagen (§ 153a StPO) bilden ein eigenständiges riesiges Strafrechtsgebiet, das bei gegebener Strafbarkeit Strafflosigkeit ermöglicht.²⁵ Um

2011«, *Kritische Viertelschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2011, S. 365–407.

24 Übersicht über die Ermächtigungsgesetzgebung in der 1. Hälfte des 20. Jahrhunderts. Michael Frehse, *Ermächtigungsgesetzgebung im Deutschen Reich 1914–1933*, Pfaffenweiler: Centaurus 1985.

25 Wolfgang Naucke, »Der Kleinbetrug«, in: Wilfried Küper/Ingeborg Puppe/Jörg Tenckhoff (Hg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin: De Gruyter 1987, S. 695; Wolfgang Naucke,

einige Vorschriften dieses Typs nachzuschieben: §§ 83a, 314a, 320, 330b StGB: Reduktion der Strafhöhe bis zur Straffreiheit bei »tätiger Reue«. Mit allen diesen aufgeführten Bestimmungen kann zwar Strafflosigkeit erreicht werden. Mit negativem Strafrecht haben diese Regeln nichts zu tun. Vielmehr sind diese Regeln eine Sonderform des affirmativen Strafrechts. Am aussagekräftigsten sind sie unter der Bezeichnung »opportunes affirmatives Strafrecht« zusammenzufassen. Das opportune affirmative Strafrecht unterstützt das affirmative Strafrecht durch das Eröffnen zweckmäßiger Einzelfallentscheidungen. Das affirmative Strafrecht übt sichtbar Macht aus. Das opportune affirmative Strafrecht vergrößert diese Macht durch die Unberechenbarkeit möglicher Entscheidungen. Die modernste Ausprägung dieses Denkens ist die Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (§ 257c StPO). Affirmatives Strafrecht und opportunes affirmatives Strafrecht gehören zusammen. Gegen beide Arten von Strafrecht steht das negative Strafrecht. Die Identifizierung der Machtsumme aus affirmativem und opportunem affirmativem Strafrecht macht die Versuche, das negative Strafrecht zu finden und zu systematisieren, noch dringlicher.

VII.

Die Suche konzentriert sich auf deutsche Vorschriften, allerdings in der Überzeugung, dass diese Vorschriften weltweit in vielen Strafrechten zu finden sind (oder zu finden sein müssten). Im GG, in der EMRK, im StGB, im VStGB, in der StPO und im GVG findet man nicht wenige Regeln, die ausschließlich zum machtsverneinenden negativen Strafrecht gehören, die in der Form geltenden Rechts die Freiheit des Einzelnen gegen die Macht des affirmativen Strafrechts schützen.²⁶ Einteilen kann man das Gebiet des negativen Strafrechts in einen Allgemeinen, einen Besonderen und einen Prozessualen Teil.

Im Allgemeinen Teil des negativen Strafrechts sind alle positivierten Regeln zu sammeln, die für den gesamten Bereich des Strafrechts eine Bestrafung ausschließen, ohne ein Äquivalent zu konstruieren:

Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1999, S. 119ff. und »Das System der prozessualen Entkriminalisierung«, in: *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos 1999, S. 403ff.

- 26 Die Strafvollzugsgesetze des Bundes und der Länder sind in der Aufzählung des Textes weggelassen, weil man in diesen Gesetzen kein negatives Strafrecht findet, allenfalls Regeln entdeckt, die dem opportunen affirmativen Strafrecht zuzurechnen sind (z.B. §§ 3 II StVollzG, 4 NJVollzG).

- Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG)
- Rückwirkungsverbot (§ 1 StGB, Art. 7 EMRK)
- Analogieverbot (§ 1 StGB)
- Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 III GG)
- Handeln ohne Schuld (§§ 17, 19, 20 StGB, 3 VStGB)
- Verjährung (§§ 78, 79 StGB).

In den Besonderen Teil des negativen Strafrechts gehören alle Regeln, die eine einzelne Vorschrift oder einzelne Vorschriftengruppen des affirmativen Strafrechts klar begrenzen. Freilich findet man wenige Regeln. Das System des opportunen affirmativen Strafrechts hat im Besonderen Teil das negative Strafrecht verhindert. Es gibt bisher nur eine Vorschrift, die sich eindeutig dem negativen Strafrecht zuordnen lässt:

- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den Maßregeln (§ 62 StGB).
- Als ein verklausuliertes Stück negativen Strafrechts im Besonderen Teil lässt sich § 1 13 IV 2 1. Halbsatz StGB verstehen.
- Im Prozessualen Teil des negativen Strafrechts sind zusammenzufassen alle gesetzlichen Vorschriften, die eine machtvormehrende prozessuale Vorgehensweise oder eine solche Gerichtsorganisation verhindern wollen:
- Garantie der Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK)
- Trennung von Anklagebehörde und Gericht (§§ 151, 152 StPO)
- keine Entscheidung durch einen befangenen Richter (§ 22 StPO)
- keine Untersuchungshaft wegen Verdunkelungsgefahr bei Bagatellden (§ 113 StPO)
- keine Überschreitung der Fristen für Freiheitsentziehungen im Prozess (Art. 104 GG, Art. 5 EMRK)
- keine Verpflichtung, sich selbst zu belasten (§ 136 I 2 StPO)
- Folterverbot (§ 136a StPO, Art. 3 EMRK)
- Verteidigungsmöglichkeit in jeder Lage des Verfahrens (§ 137 StPO)
- keine Hauptverhandlung bei Ausbleiben des Beschuldigten (§ 230 StPO)
- keine Urteilsvollstreckung ohne Rechtskraft (§ 449 StPO)
- Garantie der Unabhängigkeit der Richter (§ 1 GVG)
- keine Ausnahmegerichte (§ 16 GVG).

Die Liste ist nicht vollständig. Vor allem das Nebenstrafrecht müsste auf Regeln negativen Strafrechts durchsucht werden. Ausdrücklich müsste auch neben das negative Strafrecht ein negatives Maßregelrecht gestellt werden. Aber die Liste ist umfangreich genug, um zu fragen, welcher rechtliche Gedanke die Eintragungen auf der Liste zusammenhält. Die Antwort ist eindeutig. Das affirmative Strafrecht gruppiert sich um den Gedanken des Rechtsgüterschutzes im Interesse der allgemeinen

Sicherheit und um die Verbesserung der sozialen Kontrolle. Das negative Strafrecht fasst diese Grundlage des affirmativen Strafrechts als freiheitsgefährdende Macht auf und bemüht sich, diese Macht zu negieren, d.h. zu schwächen. Diese Auffassung deckt einen harten Unterschied zwischen affirmativem und negativem Strafrecht auf. Das affirmative Strafrecht lässt sich zu einem starken, erweiterbaren System des Rechtsgüterschutzes, zu einer Sicherheitsarchitektur und zu einem engmaschigen Netz sozialer Kontrolle ausbauen. Das negative Strafrecht als Gegengewicht besteht nicht aus einem System, ist nur in wenigen, bisher unverbundenen Instituten zu sehen, ist ständig in Gefahr, von einem affirmativen Strafrecht beengt zu werden, von einem affirmativen Strafrecht daran gehindert zu werden, sich zu einem zusammenhängenden Gebiet zu entwickeln. Das negative Strafrecht hat ständig mit der Einschränkung durch das affirmative Strafrecht zu rechnen. Nur Beispiele:

Das Bestimmtheitsgebot wird zu einem Gebot lediglich der Bestimmbarkeit geändert.²⁷ Das Rückwirkungsverbot wird durch rückwirkende verschärfende Auslegung unterlaufen. Das Analogieverbot lässt sich leicht als unrealistisch abtun. Die Gründe für den strafbefreienden Schulausschluss werden durch scharfsinnige dogmatische Figuren (strafbarer Vollrausch § 323a StGB; *actio libera in causa*) oder durch Maßregeln der Besserung und Sicherung geschwächt. Die Verjährung wird durch Einordnung in das Prozessrecht dem Schutz des Rückwirkungsverbots entzogen. Das Selbstbelastungsverbot muss gegen den Vorwurf der Behinderung einer affirmativen Strafrechtspflege verteidigt werden.²⁸ Die Unabhängigkeit der Gerichte wird durch Effektivitätsforderungen, die das affirmative Strafrecht stärken sollen, in seiner Bedeutung für das negative Strafrecht gemindert.²⁹ Die zunehmende Menge strafrechtlicher Spezialgerichte (§§ 74ff., 78, 78a GVG) gerät zur Umgehung des Verbots der Ausnahmegerichte.

Das systematisch entwickelte affirmative Strafrecht, verstärkt durch das sich ausbreitende Gebiet des opportunen affirmativen Strafrechts und durch das Maßregelrecht lässt dem nur punktuell geregelten negativen Strafrecht wenig Widerstandsmöglichkeiten, freilich nur, solange das negative Strafrecht nicht seinerseits systematisch gepflegt und zu einem

27 BVerfG, NJW 2010, S. 3210 Nr. 73ff. (*Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand*).

28 Zusammenfassende Schilderung der gegenwärtigen schwierigen Lage des Rechts, sich im Strafprozess nicht selbst belasten zu müssen: Lutz Eidam, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main/Berlin: Peter Lang 2007; Urte Eisenhardt, *Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten*, Frankfurt am Main/Berlin: Peter Lang 2007.

29 Peter-Alexis Albrecht, *Kriminologie*, München: C.H. Beck 2010, S. 278ff., 285f.

eigenständigen Strafrechtsgebiet entwickelt, d.h. für Lehre und Praxis übersichtlich abrufbar dargestellt wird. Das kann gelingen, wenn der Gedanke der Machtverneinung durch negatives Strafrecht als Grundlage der Verbindung der bisher unverbundenen Institute des negativen Strafrechts aufgefasst wird. Dann ist eine Antwort auf die Frage möglich, wie jene bisher unverbundenen Institute zu einem Gebäude zusammengefügt, wie also die Lücken zwischen den Instituten des negativen Strafrechts geschlossen werden können. Eine solche Arbeitsweise kann dazu führen, die ständige Schwächung des negativen Strafrechts aufzuhalten, die Ausstrahlung des negativen Strafrechts auf den gesamten machtvollen Bereich des affirmativen Strafrechts zu intensivieren und – vor allem – den Besonderen Teil des negativen Strafrechts mit starken begrifflichen Formen zu versehen. Sichtbar würde ein fester strafrechtlicher Widerspruch gegen das ständig sich erweiternde System des Rechtsgüterschutzes, des unbegrenzten Sicherheitsstrafrechts und der schrankenlosen sozialen Kontrolle. Auch ein negatives Maßregelrecht müsste sich dann entwickeln.

Zwei strafrechtliche Denkformen in Praxis und Wissenschaft müssen sich gegenüberstehen: das affirmative machtvolle Strafrecht mit seinen Ergänzungen und Verstärkungen, dem opportunen affirmativen Strafrecht und dem Maßregelrecht, und das machtsverneinende negative Strafrecht. Eine solche Zweiteilung der bisherigen kompakten, affirmativ orientierten, das negative Strafrecht skeptisch duldenden Denkungsart, eine solche Zweiteilung ermöglichte einen klareren Blick auf die Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung. Jedes strafrechtliche Institut bekäme einen inhaltlich bestimmten Platz im affirmativen, opportunen affirmativen oder im negativen Strafrecht.

Vielleicht gewönne man einen aussichtsreichen neuen Blick auf gewohnte dogmatische Anschauungen. In den angestammten strafrechtlichen Diskussionen steckt wahrscheinlich mehr negatives Strafrecht als bisher vermutet wurde. Die Debatte um Kausalität und objektive Zurechnung lässt sich als Auseinandersetzung zwischen affirmativem und negativem Strafrecht auffassen, ebenso die Überlegungen zur Reichweite der Rechtfertigungsgründe und die Grenzbestimmungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, von Fahrlässigkeit und Unfall. Die Neutralisierung des klar zum negativen Strafrecht gehörenden Begriffs der Schuld durch die Suche nach einem affirmativen Schuldbegriff und nach immer neuen Maßregeln ließe die Kraft des affirmativen Strafrechts sehen und nötigte das negative Strafrecht zum Widerstand. Es ist nicht ausgeschlossen, das gesamte positiviert Strafrecht als negatives Strafrecht aufzufassen, das dem affirmativen, auch ohne Gesetze ständig vorhandenen Strafen und Maßregeln entgegentritt, aber zu schwach ist, die Verstärkung des tatsächlichen affirmativen Strafens zu einem affirmativen Strafrecht zu verhindern. Strafrecht wäre dann stets negatives Strafrecht, gerichtet gegen

jede Art von Macht, gegen die Macht eines Einzelnen über einen anderen Einzelnen, gegen die Strafmacht des Staates über einen Einzelnen, gegen die nicht zu rechtfertigende Macht des Staates oder anderer Mächte, z.B. wirtschaftlicher oder technischer Mächte, über den Einzelnen. Strafrecht wäre die negative Gesetzgebung zur Disziplinierung des ausschweifenden Strafens und Maßregels.

Das negativ aufgefasste Strafrecht ist »Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht«³⁰, muss »staatskritische Absolutheitsregeln« entwickeln.³¹ Die negativ aufgefasste Strafrechtsdogmatik ist »Begrenzungsdogmatik«³². In der Tendenz gleichlaufende, in den Begründungen und in vielen Einzelheiten freilich eigenständige Überlegungen findet man in zahlreichen strafrechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen. Auf die Überlegungen zu einem negativen Naturrecht³³ und zu einer negativen Jurisprudenz³⁴ ist schon hingewiesen worden. Die Auffassung, Strafrechtswissenschaft könne als »Strafbegrenzungsrechtswissenschaft«³⁵

30 Wolfgang Naucke, »Die Kriminalpolitik des Marburger Programms«, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft* (1982/3), S. 564; Wolfgang Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden: Nomos 2000, S. 263. S. zu diesem Begriff: Klaus Lüderssen (Hg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Baden-Baden: Nomos 1998, S. 97; Lisa Kathrin Sander, *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*, Frankfurt am Main/Berlin: Peter Lang 2007, bes. 307ff.; Winfried Hassemer, *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2008, S. 15; Peter-Alexis Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2010, S. 1036; Marc Fornau, *Die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts*, Frankfurt am Main/Berlin: Peter Lang 2010, S. 53; Björn Kruse, *Compliance und Rechtsstaat*, Bad Hersfeld: Peter Lang 2014, S. 15ff.

31 Wolfgang Naucke, »Rechtstheorie und Staatsverbrechen«, Einführung zu: Karl Binding/Alfred Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form* (1920), Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag 2006, S. LII; Albrecht, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, S. 927ff.; Albrecht, *Kriminologie*, S. 396ff.; ähnlich Stefan Braum, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2003, bes. 605ff.

32 Wolfgang Naucke, »Die Grenzen des Strafrechts«, *Archivum Iuridicum Cracoviense* (1994/1995), S. 65. Vgl. zu diesem Begriff als Beitrag zur Interpretation des Satzes in dubio pro reo: Antonio Martins, *Versuch über die Vorsatzzurechnung am Beispiel der aberratio ictus*, Frankfurt am Main/Berlin: Peter Lang 2008, S. 95.

33 Reuss, *Eine Kritik der juristischen Vernunft*.

34 Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht*.

35 Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, S. 282; s. auch Vormbaum, »Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik«, S. 667.

verstanden werden, nimmt diese Überlegungen auf. Der Begriff eines negativen Strafrechts dringt in straftheoretische und strafrechtsdogmatische Einzeluntersuchungen vor.³⁶ Die Summe dieser Texte ergäbe ein selbstständiges Kapitel mit der Überschrift »Das negative Strafrecht« in jedem strafrechtlichen Lehrbuch weltweit.

- 36 S. Antonio Martins, »Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutslehre«, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft* (2013/3), S. 257f.; Antonio Martins, »Ein nachmetaphysisches Strafrecht?«, *Zeitschrift für Internationale Strafdogmatik* (2014/10), S. 519; Dirk Fabricius, *Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen II*, Münster: LIT 2012, S. 60ff.; Charlotte Schultz, *Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft. Eine systemtheoretische Kritik der Sicherungsverwahrung*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2014, S. 479ff.