



Grundlagen
Gesamte
Strafrechtswissenschaft

Nikolaus Wrage

Grenzen der
staatlichen Straf Gewalt

Herausgegeben von
Regina Harzer

5



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einführung

I. Die Funktion des materiellen Verbrechensbegriffs

Dem modernen Strafrecht kann Konjunktur bescheinigt werden. Es hat die Tendenz, zunehmend in Bereiche vorzudringen, die jenseits seiner „klassischen“ Regelungsfelder liegen.¹ Der Ausbau des Systems abstrakter Gefährdungsdelikte, des Umwelt-, Betäubungsmittel- oder Wirtschaftsstrafrechts sind nur einige Beispiele hierfür.² Dabei trägt Strafrecht für den Einzelnen auch heute noch existenzbedrohende Züge in sich. Andererseits ist seine Wirksamkeit in Bezug auf Verhaltensbeeinflussung im weitesten Sinne nach wie vor ungeklärt. Vor diesem Hintergrund hat sich der Begriff der „Krise des Strafrechts“³ mittlerweile in der Diskussion etabliert.⁴ Ein grundlegendes Problem ist in diesem Zusammenhang, dass die Grenze der staatlichen Strafgewalt bis heute nicht eindeutig bestimmt ist.

In Ermangelung einer Legaldefinition gibt es – abgesehen von Art. 26 Abs. 1 GG (Pflicht zur Pönalisierung des Angriffskrieges⁵) – für den Strafgesetzgeber in Deutschland keine spezielle gesetzliche Grundlage, an der er sein Handeln materiell ausrichten kann. Inwieweit Vorgaben auf europäischer Ebene Einfluss auf die nationale Strafgesetzgebung haben, lässt sich gegenwärtig nur schwer abschätzen.⁶ Der materielle Verbrechensbegriff hat vor diesem Hintergrund die Funktion, der staatlichen Strafgewalt eine abstrakt-generelle Grenze zu ziehen.

Die Intensität der Diskussion um diese Grenze oszilliert seit den Anfängen des „modernen Strafrechts“ vor etwa 250 Jahren. Zu Beginn des

¹ Weigend, Kolloquium für Jescheck, S. 44 (57), spricht von „Expansion des Strafrechts“, die auch Weißer ZStW 121 (2009), S. 131, „im Hinblick auf terroristische Bedrohungslagen“ für „zunehmend salonfähig“ hält; ebenso Seher, Strafnormlegitimation, S. 39.

² Sternberg-Lieben, Freiheit des Strafgesetzgebers, S. 65 (70).

³ Statt Vieler: Gropp, § 1 (S. 34 ff.) mit zahl. weit. Nachw.

⁴ Weigend, Kolloquium für Jescheck, S. 44 (62): „Was mir zur Sorge Anlass gibt, ist einerseits eine zunehmende Instrumentalisierung, andererseits eine – damit einhergehende – Marginalisierung des Strafrechts.“ (mit zahlr. weit. Nachw.).

⁵ S. u. Teil I VI. A.

⁶ Zu den gegenwärtig noch nicht abschließend zu beurteilenden möglichen Auswirkungen der Richtlinie 2008/99/EG vom 19. November 2008, in der erstmals von Pönalisierungspflichten für die Mitgliedsstaaten die Rede ist, vgl. unten Teil 2 III. C. 8.

21. Jahrhunderts scheint das Thema in Deutschland wieder größere Beachtung zu finden. Die Tagungsbände zweier Symposien aus der jüngeren Vergangenheit spiegeln den derzeitigen Stand der lebhaften Diskussion auf knappem Raum wider.⁷ Zahlreiche Dissertationen und Habilitationen – etwa von *Lagodny*, *Hefendehl*, *Wohlers* oder *Hörnle* – runden das Bild einer nach den Grenzen der staatlichen Strafgewalt suchenden Strafrechtswissenschaft ab.

Auffällig ist jedoch, dass der Terminus „materieller Verbrechensbegriff“ kaum noch verwendet wird.⁸ Das mag zum einen daran liegen, dass er älteren Ursprungs ist. Seine Wurzeln werden in der Epoche des aufgeklärten Absolutismus verortet⁹ und die historisch wichtigste Phase wird der Zeit zwischen französischer Revolution und dem Ende der Restaurationsepoche zugeschrieben.¹⁰ Bedeutender dürfte jedoch der Umstand sein, dass mit dem materiellen Verbrechensbegriff traditionell nach einer abschließenden abstrakt-generellen Grenze für die staatliche Strafgewalt gesucht wird. Die neueren Begrenzungskonzepte ringen demgegenüber hinsichtlich mehrerer Aspekte um Antworten auf die Frage nach der legitim ausgeübten staatlichen Strafgewalt (z. B. Rechtsgut, Sozialschädlichkeit, ultima ratio).

Die Suche nach *einer* abstrakt-generellen Grenze für den Strafgesetzgeber, gleichsam der „großen Lösung“, mag für manchen der Komplexität einer modernen Gesellschaft nicht gerecht werden. Ob dieser Einwand trägt, ist die entscheidende Frage, die im Zuge der Untersuchung um die mögliche Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffes beantwortet werden soll.

⁷ Vgl. *Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch, Wolfgang Wohlers* (Hrsg.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, sowie *Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohler* (Hrsg.): *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006.

⁸ In den Tagungsbänden „Die Rechtsgutstheorie“ und „Mediating Principles“ (s. o. Fn 7) wird der materielle Verbrechensbegriff von keinem der Autoren in das Zentrum der Überlegungen gesetzt. Immerhin widmet *Roxin* dem materiellen Verbrechensbegriff in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts ein ganzes Kapitel (§ 2); allerdings wird unter der Überschrift eher eine umfassende Darstellung aller kriminalpolitischen Limitierungsbemühungen gegeben.

⁹ Hierzu auch *Stächelin*, S. 36 mit weit. Nachw.

¹⁰ *Maier-Weigt*, S. 2.

II. Begriffsvielfalt

Zum Gedanken des „materiellen Verbrechens“ hat sich eine gewisse terminologische Vielfalt entwickelt, vielleicht deshalb ist der Terminus „Verbrechensbegriff“ selbst auch schon als schillernd bezeichnet worden.¹¹ Es wird auch vom „materialen Verbrechensbegriff“,¹² dem „eigentlichen Unrecht“,¹³ den „sachlichen, dem Gesetz vorgegebenen Kriterien“ eines Verbrechens,¹⁴ dem „Wesen des Verbrechens“¹⁵ bzw. dem „Wesen der Straftat“¹⁶ gesprochen. Weitere Umschreibungen sind: die „besondere Natur des Verbrechens“¹⁷, das „allen Verbrechen Gemeinsame“¹⁸, der „sachliche Gehalt der Straftat“¹⁹, die „seelische und gesellschaftliche Herkunft“ des Verbrechens²⁰ oder das „Verbrechen im rechtsphilosophischen Sinne“.²¹ Schließlich wird der materielle Verbrechensbegriff umschrieben als „kriminalpolitischer Maßstab“ für den Gesetzgeber bei der Frage, „was er bestrafen darf und was er straflos lassen soll“²² bzw. „welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber mit Strafe bedrohen darf“²³ oder auch „was in unserer derzeitigen Rechts- und Sozialordnung bei Strafe verboten werden darf“²⁴. Noch andere Umschreibungen für den materiellen Verbrechensbegriff sind: die „für eine bestimmte Rechts- und Sozialordnung gültige Auffassung vom Verbrechen“²⁵, die „Grenze zwischen dem verfassungsrechtlich unbedenkli-

¹¹ Ob diese Einschätzung von *Matussek* (Kriminalistik 1977, S. 335) zutrifft, mag dahinstehen.

¹² Vgl. die Dissertation von *Maier-Weigt*; *Schönke/Schröder (Eser)*, § 12 Rn 18.

¹³ *Hegel*, Rph, § 90, Zusatz: „Das eigentliche Unrecht ist das Verbrechen.“ *Hegel* verwendet zwar nicht den Terminus „materieller Verbrechensbegriff“, meint aber dasselbe, wenn er im Folgenden das „eigentliche Unrecht“ bestimmt.

¹⁴ *Lackner/Kühl*, Vor § 13 Rn 2.

¹⁵ *Schönke/Schröder (Lenckner)*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn 8; *Mittermaier ZStW 44* (1924), S. 2 (4); *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 106: „Im materiellen Verbrechensbegriff schlägt sich die Auffassung über das Wesen des Verbrechens nieder.“; auch *Gallas* (Gründe und Grenzen, S. 1) verwendet den Terminus „Wesen des Verbrechens“.

¹⁶ *Frisch*, Straftat, S. 135; *Naucke*, Grundlinien, S. 7.

¹⁷ *H. Mayer*, AT, S. 51.

¹⁸ *Langer*, S. 77.

¹⁹ *Otto*, AT § 1 Rn 21, S 5.

²⁰ *Mittermaier ZStW 44* (1924), S. 2 (4).

²¹ *Feuerbach/Mittermaier*, § 21, Note des Herausgebers (*Mittermaier*).

²² *Roxin*, AT/1, § 2 Rn 1.

²³ *Jescheck/Weigend*, § 7 I. 1. (S. 50.).

²⁴ *Maurach/Zipf*, § 13 Rn 6.

²⁵ *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 106.

chen und dem verfassungswidrigen Pönalisieren“²⁶ die „verfassungsrechtliche Grenze des strafrechtlichen Unrechts“,²⁷ die „Leitlinie für das legislative Ermessen“²⁸, das „Gewissen der positiven Strafrechtsordnung“²⁹ oder schlicht „der gesamte Spielraum menschlichen Fehlverhaltens“³⁰.

III. Begriffliche Abgrenzung

Die folgende Untersuchung stellt den Terminus „materieller Verbrechensbegriff“ in den Mittelpunkt, denn dies ist die wohl älteste Kennzeichnung für das Problem und bildet auch sprachlich in geeignet erscheinender Weise die vorstrafrechtliche Ebene ab. Der Untersuchungsbereich liegt also an der materiellen Schwelle zwischen dem strafbaren und dem straflosen Verhalten innerhalb eines Rechtssystems.

Dem materiellen Verbrechensbegriff steht der formelle Verbrechensbegriff gegenüber; letzterer kann in zweierlei Weise aufgefasst werden. Zum einen werden damit die Straftaten bezeichnet, für die als Mindeststrafe eine Freiheitsstrafe von einem Jahr vorgesehen ist (§ 12 StGB); dies soll der formelle Verbrechensbegriff *im engeren Sinne* sein. Weiterhin kann das formelle Verbrechen sprachlich den Unrechtsbereich umfassen, der positiv-rechtlich überhaupt unter Strafe gestellt ist (also alle Vergehen und Verbrechen); dies ist das formelle Verbrechen *im weiteren Sinne*. In der vorliegenden Untersuchung wird der materielle Verbrechensbegriff gegenüber dem formellen Verbrechensbegriff *im weiteren Sinn* abgegrenzt. Die inhaltliche Untersuchung der Unterscheidung nach Vergehen und Verbrechen steht hier nicht im Fokus, denn diese Frage folgt der Entscheidung, welches Verhalten überhaupt legitimerweise mit Strafe bedroht werden darf.

²⁶ Gallwas MDR 1969, S. 892 (893). Gallwas nennt diese Umschreibung zwar nicht „materieller Verbrechensbegriff“ (von dem er seine Ausführungen sogar abgrenzt), sondern „Kriterien“; er stellt in diesem Zusammenhang aber fest, dass der materielle Verbrechensbegriff dem Strafrechtsgesetzgeber die Richtung weist (a. a. O., S. 895).

²⁷ Sax, Grundsätze, S. 929.

²⁸ Zipf, Kriminalpolitik, S. 106.

²⁹ Zipf, Kriminalpolitik, S. 106.

³⁰ Matussek, Kriminalistik 1977, S. 335 (338).

IV. Gang und methodischer Ansatz der Untersuchung

Teil 1

Im ersten Teil der Arbeit erfolgt eine kritische Bestandsaufnahme der materiellen Begrenzungskonzepte im Strafrecht.

Zunächst werden die absoluten Theorien untersucht (I.); diese lassen sich in die schon ältere formal-absolute Theorie vom Ungehorsam einerseits (I. A.) und in verschiedene Spielarten der materiell-absoluten naturrechtlichen Ansätze (I. B.) andererseits unterteilen.

Daran schließt sich die Darstellung der heute mehrheitlich vertretenen relativen Theorien an (II.). Nach einer Einführung zum Prinzip der Sozialschädlichkeit als zentralem Begriff (II. A.), erfolgt im nächsten Schritt eine kritische Analyse der Rechtsgüterschutzlehre, mit welcher der allgemeine Sozialschädlichkeitsgedanke weiter typisiert wird; hierbei wird der Schwerpunkt auf die dem Rechtsgut zugeschriebene strafrechtslimitierende Funktion gelegt (II. B.). Dabei wird der Blick auch auf modifizierende Ansätze erweitert (II. C.).

Weitere Theorien zur Typisierung des Sozialschädlichkeitsgedankens werden untersucht (III.) – von „Strafwürdigkeit“ (III. A.) über die „Nicht-Straftat-an-sich“ (III. B.), „Kulturnormen“ (III. C.), „Gesellschaftsanschauung“ (III. D.), „Aktwerte“ (III. E.), „Lebenswerte“ (I-II. F.), „Gerechtigkeitssinn“ und „Fairness“ (III. G., H.), „Risiko“ (III. I.) und der „Soziologischen Theorie“ (III. J.) bis hin zur „Zwei-Legitimationen“- , „Drei-Staatswerte“- und „Zwei-Strafrechte“-Theorie (III. K., L., M.).

Im Anschluss daran wird erörtert, ob die neueren Ansätze aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis zum „Harm Principle“ bzw. den „Mediating Principles“ für die hiesige Diskussion fruchtbar gemacht werden können (IV. A. und B.). In diesem Zusammenhang wird auch der neuere Deliktstypendiskurs thematisiert (IV. D.).

Es folgt eine Untersuchung neuerer hegelianisch inspirierter Begrenzungskonzepte (V.), wobei zunächst *Hegels* eigener Standpunkt dargestellt wird (V. A.). Zusammen mit den neuhegelianischen Modellen „Suspendierung konstitutiver Grundannahmen“ (V. B.), „Formaler Sollenswiderspruch“ (V. C.), „Basisvertrauensverletzung“ (V. D.) sowie „Verletzung der rechtlichen Selbständigkeit“ (V. E.) wird damit der Bogen über eine knapp 200jährige Traditionslinie geschlagen.

Im vorletzten Schritt der kritischen Bestandsaufnahme werden die verfassungsrechtlichen Implikationen des materiellen Verbrechensbegriffes beleuchtet (VI.). Nach einer kurzen Darstellung von Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG als Ausnahmenvorschrift (VI. A.) werden zunächst die Grundlagen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den materiellen Grenzen des Strafrechts vorgestellt (VI. B.); hierbei werden sechs Urteile einer eingehenderen Betrachtung unterzogen (VI. B. 4.). Es folgt die kritische Analyse der verfassungsrechtlich orientierten Ansätze in der Literatur (VI. C.), bevor sich die Untersuchung der Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als möglicher materieller Grenze für die staatliche Strafgewalt zuwendet (VI. D. und E.).

Der erste Teil der Analyse schließt mit zwei knappen historischen Exkursen zum materiellen Verbrechensbegriff (VII.) im Nationalsozialismus (VII. A.) und in der DDR (VII. B.) ab.

Zuletzt wird das Ergebnis der kritischen Bestandsaufnahme vorgestellt; gemessen an der langen Dauer der Diskussion um materielle Begrenzungskonzepte im Strafrecht fällt das Fazit ernüchternd aus (VIII.).

Die methodische Darstellung der bisherigen Ansätze im ersten Teil der Arbeit orientiert sich – bis auf die Exkurse zum materiellen Verbrechensbegriff im Nationalsozialismus und in der DDR – an den Inhalten und nicht an der historischen Entwicklung. Der historischen Perspektive sollte hier kein gesonderter Raum gegeben werden, weil *Maier-Weigt*³¹ für Deutschland und *Moos*³² für Österreich auf diesem Feld bereits weitgehend erschöpfend gewirkt haben. Wichtig ist lediglich herauszustellen, dass der materielle Verbrechensbegriff in vorkonstitutioneller Zeit als Limitierungsbegriff eingeführt wurde, um der Machtfülle des absolutistischen Herrschers Einhalt gebieten zu können. Dies mag zusammengefasst aus geschichtlicher Sicht genügen.

Da es auch nicht um die ethymologische Entwicklung des materiellen Verbrechensbegriffs geht, ist der Blick auf alle materiellen Begrenzungskonzepte erweitert, die als mögliche Bestandteile eines später neu zu formulierenden materiellen Verbrechensbegriffs in Betracht kommen können.

³¹ *Bernhard Maier-Weigt*, Der materiale Rechts- und Verbrechensbegriff von der französischen Aufklärung bis zur Restauration.

³² *Reinhard Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert.

Der skizzierte inhaltliche Umfang des ersten Teils ist damit erheblich, denn es wird im Wesentlichen der Versuch unternommen, die Entwicklung des materiellen Verbrechensbegriffs seit den Anfängen des modernen Strafrechts geordnet zu präsentieren. Setzt man – wenn auch vereinfachend – *Beccaria* an den Anfang der Moderne im Strafrecht, so liegen etwa 250 Jahre Diskussion schon hinter uns. Eine absolut lückenlose Darstellung der bisherigen Theorien kann vor diesem Hintergrund nicht gelingen. Bei dem Versuch einer Annäherung an die Kernfrage des Strafrechts auf begrenztem Raum war also von vornherein klar, dass Kompromisse in Kauf genommen werden mussten. Auch die Verarbeitung der Literatur kann Ansprüche, die an eine Bibliographie gerichtet würden, schlechterdings nicht erfüllen. In der Darstellung einzelner Ansätze mögen zudem Vereinfachungen vorkommen; die Interpretationen von *Kant*, *Hegel* und *Fichte* (I. A.) werden den anspruchsvollen Anforderungen der jeweiligen spezialisierten Forschungszweige möglicherweise nicht genügen können. Es bleibt an dieser Stelle nur die Hoffnung, dass für den kritischen Leser im Zuge der Ordnung der Stofffülle ein gangbarer Mittelweg in der Darstellung gefunden wurde.

Teil 2

Im zweiten Teil der Arbeit wird die eigene Auffassung zum materiellen Verbrechensbegriff entwickelt. Dafür werden im ersten Schritt Vorüberlegungen angestellt, die als Prämissen für das Verständnis des zu entwickelnden Ansatzes notwendig sind (I.). Dies beginnt mit der Erörterung, warum die Frage nach dem materiellen Verbrechensbegriff auch in der Demokratie geboten ist (I. A.). Es folgt die Darlegung der möglichen Funktion des materiellen Verbrechensbegriffs als rechtsstaatliches Korrektiv zur Praxis der Strafgesetzgebung (I. B.). Daran schließt sich das Bekenntnis an, dass Recht und Moral stets getrennt werden müssen (I. C.). Es folgen zwei Aspekte, auf denen der Lösungsansatz maßgeblich basiert: zum einen die Abkehr vom intuitiv-offenen Sozialschadlichkeitsverständnis (I. D.), zum anderen die Dekonstruktion des rechtsgutsbasierten Präventionsgedankens (I. E.). Die Vorüberlegungen schließen mit Erörterungen zum Umgang mit dem Kumulationsgedanken bei Kriminalisierungsprozessen (I. F.).

Auf dieser Basis erfolgt die konkrete Herleitung des materiellen Verbrechensbegriffes (II.). Ausgehend von der Überlegung, dass der Ultima-Ratio-Gedanke und der materielle Verbrechensbegriff ineinan-

der greifen (II. A.), wird das Konzept eines idealtypisch-geschlossenen Sozialschädlichkeitsverständnisses am Maßstab der Kernwertentscheidung des Grundgesetzes vorgestellt (II. B.). Im Weiteren wird die Kernwertfunktion von Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 GG und Art. 20 GG nachgezeichnet; im Ergebnis steht die rechtliche Autonomie des Individuums im Zentrum der Rechtsordnung – dies ist der äußere (rechtliche) Bestandteil der Menschenwürde (II. C.). Im Folgenden wird der Grundsatz der rechtlichen Autonomie mit den Zielen der Staatstätigkeit, der Funktion des Strafrechts und der Aufgabe des Ultima-Ratio-Prinzips ins Verhältnis gesetzt (II. D., E., F.). Schließlich wird die rechtliche Autonomie des Individuums im Zusammenhang mit dem materiellen Verbrechensbegriff auf eine dreistufige Täter-Opfer-Nähestruktur bezogen – den Vertragsbereich, den Nichtvertragsbereich mit Individualisierungsmöglichkeit und den Nichtvertragsbereich ohne Individualisierungsmöglichkeit (II. G. und H.); hierbei wird aus Darstellungsgründen mit Beispielen gearbeitet. Die Ausführungen münden schließlich in einen Vorschlag zur Neuformulierung von Art. 103 Abs. 3 GG (II. I.).

Die Vorstellung der eigenen Auffassung schließt mit einem Blick auf die Konsequenzen dieses Ansatzes (III.) und damit zunächst einmal mit allgemeinen Überlegungen zum materiellen Mehrwert eines in die Verfassung aufgenommenen materiellen Verbrechensbegriffes (III. A.). Daran anknüpfend erfolgt ein Wirkungsvergleich zwischen dem hier erarbeiteten materiellen Verbrechensbegriff und *Roxins* neun Punkte umfassender Aufzählung von gängigen Limitierungshypothesen aus seinem aktuellen Lehrbuch zum Strafrecht AT/1; im Ergebnis setzt sich der hier entwickelte Ansatz durch (III. B.). Weiterhin werden die Auswirkungen auf „Vorsatz und Fahrlässigkeit“, „Versuch“ sowie die Aspekte „Unterlassung“ und „Gefährdung“ dargestellt (III. C. 1. bis 4.). Danach werden die Auswirkungen der eigenen Auffassung auf Handlungen nachgezeichnet, die nach heutiger Lesart „gegen die Allgemeinheit“ gerichtet sind (III. C. 5.). Schließlich werden die Konsequenzen für die neue Rolle des Ordnungswidrigkeitenrechts sowie den Umgang mit sog. „Bagatellen“ erörtert und die Frage nach einer etwaigen Pönalisierungspflicht beantwortet (III. C. 6. und 7.). Die Passage schließt mit einem Blick auf die Relevanz der Diskussion für die Ebene des transnationalen Strafrechts (III. C. 8.).

In den Abschlussbetrachtungen werden zunächst die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit thesenartig zusammengefasst (I.); schließlich wird im Rahmen des zusammenfassenden Punktes „Schlussbewertung und Ausblick“ ein Fazit der Untersuchung gezogen (II.).