

III. Überprüfung der Interpretation der Aufklärungszeit an ihren eigenen Anschauungen	123
§ 2. Das Problem einer Änderung der Auslegung des <i>nullum crimen sine lege</i> -Satzes infolge von Wertungsänderungen seit der Aufklärungszeit	125
I. Die Änderungen des Wortlauts der Parömie	125
II. Die Änderungen der Stellung der Parömie in der Gesamtrechtsordnung	127
§ 3. Die Notwendigkeit einer neuen Interpretation des Satzes <i>nullum crimen sine lege</i> infolge einer gegenüber der Aufklärungszeit verbesserten Kenntnis der Funktion des Strafgesetzes	131
I. Die Rolle des Strafgesetzes gegenüber den staatlichen Organen	132
1. Die Relativität der Bindung des Richters durch das Strafgesetz	132
2. Die Bindung des Richters durch die Rechtsinstitute	133
a) Das Faktum einer relativ gleichmäßigen Rechtsprechung	133
b) Die Existenz von Rechtsinstituten im allgemeinen Rechtsleben	134
c) Die Existenz von Rechtsinstituten im Strafrecht	135
aa) „Abkürzungen“ und Verweisungen	135
bb) Die Unbestimmtheit von Gesetzesauslegungen	136
cc) Gewohnheitsrecht im Strafrecht	137
a) Gewohnheitsrecht im Allgemeinen Teil	137
b) Gewohnheitsrecht im Besonderen Teil	137
dd) Richterrecht, Gerichtsgebrauch und ständige Rechtsprechung im Strafrecht	140
a) Das Problem der Rückwirkung von Änderungen einer festen Rechtsprechung	140
b) Das Problem der Bindung der Staatsanwaltschaft an eine feste höchstgerichtliche Rechtsprechung ..	142
ee) Zusammenfassung: Die Existenz faktisch verbindlicher Rechtssätze neben dem Strafgesetz	144
ff) Erklärung dieser Rechtssätze als Rechtsinstitute	145
d) Die Vereinbarkeit der Rechtsinstitute mit dem Grundgesetz	147
3. Rückwirkungen der Existenz der Rechtsinstitute auf das Verständnis des Strafgesetzes	148
II. Die Rolle des Strafgesetzes gegenüber dem Bürger	149
1. Die sozialpädagogische Funktion	149
a) Die Unbrauchbarkeit des Strafgesetzes als Informationsmittel für den Bürger	150
b) Die sozialpädagogische Funktion der Kulturnormen	151

2. Die Kontrollfunktion	154
III. Zusammenfassung	154
§ 4. Der moderne Sinn des Prinzips nullum crimen sine lege	156
I. Der Schutz des Bürgers vor willkürlicher Strafe als Grundgedanke der Parömie	156
II. Konkretisierungen des Grundgedankens	157
1. Art. 103 II GG als Kompetenzbegrenzung der staatlichen Organe	158
2. Art. 103 II GG als Garantie der Kontrollmöglichkeit der Strafrechtspflege	161
3. Art. 103 II GG als Garantie der sozialpädagogischen Funktion des Strafgesetzes	162
III. nullum crimen sine lege als selbständiges formales Prinzip ..	163
IV. Rechtsinstitute im Strafrecht und das Prinzip nullum crimen sine lege	165
1. Anerkennung der faktischen Existenz der Rechtsinstitute ..	166
2. Die Vereinbarkeit der Rechtsinstitute mit Art. 103 II GG ..	166
3. Das Rückwirkungsverbot im Strafrecht und die Rechtsinstitute	168
§ 5. Konsequenzen aus der erarbeiteten Auslegung des Art. 103 II GG für die Beschaffenheit der Straftatbestände	170
I. Kriminalpolitische Bedürfnisse und die Idee der Gerechtigkeit als Leitgedanken für die Strafgesetzgebung neben dem Satz nullum crimen sine lege	170
II. 1. Die Bildung „geschlossener Typen“ als Aufgabe des Gesetzgebers	171
2. Die Zulässigkeit einer Fachsprache im Strafrecht und ihre Grenzen	174
III. Zusammenfassung	179
§ 6. Kriterien für eine unzulässige Unbestimmtheit von Straftatbeständen	180
I. Fehlende oder unzureichende Rechtssetzung durch den Gesetzgeber als gemeinsamer Mangel aller unbestimmten Tatbestände	180
II. Fehlende Eigenwertung des Gesetzgebers	181
1. Offenes Fehlen der gesetzgeberischen Wertung durch Einräumung eines Tatbestandsermessens	181
2. Verstecktes Fehlen der Wertung des Gesetzgebers	181
a) Verwendung von „Blankettbegriffen“ oder „Regulativen“	181
b) Verweisungen auf nicht existierende außerstrafrechtliche Wertungen	183

c) Verstecktes Fehlen der gesetzgeberischen Wertung innerhalb einer umfassenderen Strafvorschrift	189
3. Unbehebbarke Unklarheiten und Widersprüche	191
III. Mangelhafte Typenbildung	193
1. Unterscheidung von mangelhafter Typenbildung und fehlender Wertung	193
2. Zu weite Tatbestände	194
3. Erfolgs- statt Verhaltensbeschreibung	197
IV. Pönalisierung strafrechtlich nicht erfaßbaren Verhaltens	200
§ 7. Ergebnis der Untersuchung	201
Schrifttumsverzeichnis	203

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Annalen	Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
A.T.	Allgemeiner Teil
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren
BayGVBl.	Bayrisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayObLG St	Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
bayrStGB	bayrisches Strafgesetzbuch von 1813
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshofs
BB	Der Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BierStG	Biersteuergesetz
BOKraft	Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr
B.T.	Besonderer Teil
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
DDR	Deutsche Demokratische Republik

DJ	Deutsche Justiz
D.J.T.	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitung
DStR	Deutsches Strafrecht (vormals: Goldammers Archiv)
E 1925	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1925
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), 1962
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Goldammers Archiv
GaststG	Gaststättengesetz
GG	Grundgesetz
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
Grdr.	Grundriß
GS	Der Gerichtssaal
GÜKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Hdb.	Handbuch
h.L.	herrschende Lehre
i.d.F.	in der Fassung
I.K.V.	Internationale Kriminalistische Vereinigung
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
K./M./R.	Kleinknecht/Müller/Reitberger: Kommentar zur Strafprozeßordnung

Komm.	Kommentar
KP	Kundmachungspatent (Österreich)
KRG	Kontrollratsgesetz
Lb.	Lehrbuch
LG	Landgericht
L.K.	Leipziger Kommentar
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MenschRKonv	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Mitt.	Mitteilungen
MSchrKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiterem Nachweis
n.cr.s.l.	nullum crimen sine lege
Nds.ÄBl.	Niedersächsisches Ärzteblatt
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
NJ	Neue Justiz (DDR)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.p.s.l.	nulla poena sine lege
öStG	österreichisches Strafgesetz
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
o.J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PragerJZ	Wissenschaftliche Vierteljahresschrift zur Prager Juristischen Zeitschrift
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. 2. 1794
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
RAO	Reichsabgabenordnung

Rdnr.	Randnummer
RepSchG	Republikenschutzgesetz
RepSchVO	Republikenschutzverordnung
Revue de Science criminelle	Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé
RGBL	Reichsgesetzblatt
RG St	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
ROW	Recht in Ost und West
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SprG	Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
1. StrRG	Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969
2. StrRG	Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. 7. 1969
Stud.Gen.	Studium Generale
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil
Verh.	Verhandlungen
VerhG	Gesetz, betreffend das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege (Hamburg)
VorE 1909	Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909
VRS	Verkehrsrechtliche Sammlung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WStG	Wehrstrafgesetz
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAusIPR	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Erster Teil:

Der Gegenstand der Untersuchung

§ 1. Einleitung

I. Anlaß der Untersuchung

In jüngster Zeit ist in verschiedenen Veröffentlichungen die Gültigkeit einzelner Strafgesetze angezweifelt worden, weil sie „unbestimmt“ seien. Besonders die §§ 360 Nr. 11 und 226a¹ sind ins Kreuzfeuer der Kritik geraten. So hat Schröder den § 360 Nr. 11 „mangels jeglicher präziser Umschreibung“ für nichtig erklärt². Ihm hat sich Schultz angeschlossen³. Kurz zuvor hatte schon Woesner diese Vorschrift als „leere Generalklausel“ bezeichnet⁴. Und zu § 226a sagte Woesner, es sei unklar, was mit ihm gemeint sei; die Bestimmung sei deshalb schlechterdings nicht zu halten⁵. Auch andere Autoren vertreten diese Ansicht⁶. Bis jetzt hat die Kritik zwar in beiden Fällen die Rechtsprechung nicht ändern können⁷. Doch haben das KG und das OLG Hamm die vorgetragenen Argumente für so wesentlich gehalten, daß sie sich mit ihnen (für den Fall des groben Unfugs) ausdrücklich auseinandergesetzt haben⁸. Bereits aus diesen Beispielen wird deutlich, daß die Unbestimmtheit von Strafgesetzen für die heutige Strafrechtswissenschaft und -rechtsprechung ein außerordentlich aktuelles Problem darstellt.

Doch nicht nur *de lege lata*, sondern auch *de lege ferenda* ist der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit von großem Interesse. Welche

¹ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB in der am 1. 1. 1970 geltenden Fassung.

² JR 1964, 392; ferner JZ 1966, 649 ff.

³ MDR 1965, 18.

⁴ NJW 1963, 275.

⁵ NJW 1963, 275; ferner NJW 1964, 3.

⁶ z. B. *Baumann*, A.T., § 11 II 1 (S. 103 f.); *Roxin* JuS 1964, 380 f. und Nds. Äbl. 1965, 169; *Reinhardt* JR 1964, 374 — weitere Stellungnahmen unten S. 36 und 39.

⁷ Vgl. aber den Vorlagebeschluß des AG Bremerhaven (NJW 1966, 1680) zu § 360 Nr. 11.

⁸ KG in JR 1965, 392 f.; zustimmend *Heinitz*, Hirsch-Festschrift, S. 60; OLG Hamm in JZ 1966, 648 f.; für Gültigkeit des § 360 Nr. 11 jetzt auch BVerfG, Beschl. v. 14. 5. 1969, NJW 1969, 1759.

Schwierigkeiten die Formulierung eines neuen Gesetzes gerade im Hinblick auf dieses Prinzip macht, hat sich jetzt wieder bei den Arbeiten am Entwurf für ein neues Strafgesetzbuch gezeigt. Schon heute werden einige der neuen Tatbestände bekämpft, weil sie nicht scharf genug gefaßt seien⁹. Und Bockelmann, ein Mitglied der Großen Strafrechtskommission, stellte bereits während der Beratungen über den Entwurf resigniert die rhetorische Frage: „Was haben nicht auch wir schon gegen diesen Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafe gesündigt, einfach weil wir es *mußten*!“¹⁰“

II. Fragestellung

Unter dem Prinzip der Gesetzesbestimmtheit (im folgenden auch kurz „Bestimmtheitssatz“ genannt) versteht die h. L. die Notwendigkeit, daß der Gesetzgeber das strafbare Verhalten durch bestimmte und eindeutige Tatbestandsmerkmale genau umschreibt¹¹, oder etwas vorsichtiger formuliert, daß die Strafgesetze einen solchen Grad an Bestimmtheit erreichen, „daß das Gesetz eine zuverlässige und feste Grundlage für die Rechtsprechung bietet“¹². Es dürften keine „unerträglichen Zweifel übrigbleiben, was erlaubt und was verboten ist“¹³. Beliebte ist die Wendung, ein Strafgesetz müsse „hinreichend bestimmt“ sein¹⁴.

Es stellt sich aber nun die Frage, wann denn ein Strafgesetz „hinreichend bestimmt“ ist, welche Anforderungen an ein Strafgesetz zu stellen sind, damit es nicht als „unbestimmt“ betrachtet werden muß. Oder man kann mit Blick auf das unbestimmte Strafgesetz auch sagen: Es ist zu klären, was ein unbestimmtes Gesetz ist, wie man es beschreiben kann und wodurch es sich vom bestimmten Gesetz unterscheidet. Diesem Fragenkomplex soll in der vorliegenden Arbeit nachgegangen werden.

Die Bedeutung der Fragestellung erweist sich, wenn man die Folgen der Unbestimmtheit ins Auge faßt: Der Grundsatz der Bestimm-

⁹ Vgl. unten S. 43, ferner schon *Jeschek* und *Dünnebier* in *Niederschriften IX*, S. 268.

¹⁰ *Niederschriften XII*, S. 88.

¹¹ *Baumann*, A.T., § 11 II 1 (S. 103); ähnlich *Hellmuth Mayer*, *Mat. I.*, S. 261, 271; *Maunz/Dürig*, Art. 103 Rdnr. 107.

¹² *Grünwald ZStW 76* (1964), 6; ähnlich die Begründung des E 1962 (S. 106); ferner *Schönke/Schröder*, § 2 Rdnr. 64; *Schwarz/Dreher*, § 2 Anm. 1 B b; vgl. auch *Jagusch* in *L.K.*, Bd. I., § 2 Anm. I 1 d.

¹³ *Hellmuth Mayer*, A.T. (1953), S. 86; vgl. auch *Welzel*, *Lb.*, § 5 II 3 (S. 22).

¹⁴ z. B. *Stree*: *Deliktsfolgen*, S. 4; *Grünwald ZStW 76* (1964), 7; *BVerfGE 4*, 358; *BGH St 18*, 362; ähnliche Formulierungen: *Hamann*: *Grundgesetz*, Art. 103 Anm. B 4 (S. 423): „hinreichend umschrieben“; *Woesner NJW 1963*, 273: „in hinreichend klarer und bestimmter Form unter Strafe gestellt“.

heit der Straftatbestände wird nach allgemeiner Ansicht aus dem Prinzip *nullum crimen, nulla poena sine lege* in Art. 103 II GG abgeleitet¹⁵. Daraus folgt, daß jedes Strafgesetz, das gegen den Bestimmtheitssatz verstößt, auch mit der Parömie *nullum crimen, nulla poena sine lege* unvereinbar, also verfassungswidrig und damit nichtig ist¹⁶. Die Frage nach der Bestimmtheit ist also für das praktische Rechtsleben ungemein wichtig.

Es wird zu zeigen sein, daß eine befriedigende Grenzziehung zwischen bestimmten und unbestimmten Gesetzen nur möglich ist, wenn der Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* selbst erneut kritisch durchdacht und in Einklang mit unseren heutigen dogmatischen und methodologischen Erkenntnissen gebracht wird. Insofern hat die Fragestellung auch theoretisch-dogmatische Bedeutung.

Wenn bis jetzt von „unbestimmt“ und „bestimmt“ die Rede war, so geschah dies in einem doppelten Sinn. Gemeint war einmal die Bestimmtheit i. S. d. Art. 103 II GG, also in einem technischen Sinne. Dagegen war der Begriff in der Wendung „hinreichend bestimmt“ untechnisch zu verstehen. Während es bei der ersten Bedeutung nur die kontradiktorischen Aussagen „bestimmt“ und „unbestimmt“ geben kann, lassen sich für die zweite mehrere Grade der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit unterscheiden; hier gehen Bestimmtheit und Unbestimmtheit nahtlos ineinander über. Für die vorliegende Untersuchung ist nur die Bestimmtheit (bzw. Unbestimmtheit) i. S. d. Art. 103 II GG, wie sie z. B. auch im „Bestimmtheitsgrundsatz“ enthalten ist, von Interesse. Doch ist zu beachten, daß im Schrifttum in aller Regel zwischen beiden Bedeutungen nicht ausdrücklich unterschieden wird. Sogar bei der Behandlung des Bestimmtheitssatzes werden die Bezeichnungen „bestimmt“ und „unbestimmt“ mitunter im untechnischen Sinn gebraucht, so z. B. wenn Jescheck vom Staatsgeheimnis als von einem „vom Verfassungsrecht gebilligten *unbestimmten Rechtsbegriff*“ spricht¹⁷. Es wird sich deshalb nicht vermeiden lassen, das Wort „bestimmt“ auch in diesem zweiten Sinne zu verwenden.

Die Frage, wann ein Strafgesetz gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG verstößt, bedarf jedoch noch der Einschränkung. In dieser Form gestellt, würde sie auch eine Überprüfung der angedrohten *Rechtsfolgen* einer Straftat, also die Bestimmtheit der Strafdrohungen (und eventuell sogar der Maßregeln der Sicherung und Besserung¹⁸) erfordern. In der Tat existiert das Problem der gesetz-

¹⁵ Vgl. Schönke/Schröder, § 2 Rdnr. 63 ff.; Baumann, A.T., § 11 II (S. 103).

¹⁶ H.L.; vgl. BayVGH 4 (1951) II, 194 ff.; Baumann, aaO; Lencker JuS 1968, 252 m.w.N. (Anm. 27).

¹⁷ Pressefreiheit, S. 16; ähnlich OGH St 1, 85.

¹⁸ Dazu Maunz/Dürig, Art. 103 Rdnr. 117 m.w.N.; vgl. auch § 2 VI StGB in der Fassung des 2.StrRG.