

Der Schutz demokratischer Entscheidungsfindung durch den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG)

Simon Pschorr, Konstanz¹

Die Abgeordnete *Lühmann* eröffnete die zweite Lesung des Strafrechtsänderungsgesetzes – Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr² mit den folgenden Worten:

„[W]ir [haben] Ihnen einen Vorschlag gemacht, der zwei Begriffe beinhaltet, die schon im Strafgesetzbuch etabliert sind: die ‚nicht angepasste Geschwindigkeit‘ und dass man das Ganze ‚grob verkehrswidrig und rücksichtslos‘ macht. Der Vorschlag umfasst einen dritten Begriff, der noch nicht definiert ist, nämlich: zur Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten. Nun hat uns der Staatsanwalt bei der Anhörung gesagt: Ja, das ist nicht definiert, aber das waren die ersten beiden Begriffe, als der Deutsche Bundestag es damals beschlossen hat, auch nicht. – Das Richterrecht hat Definitionen gefunden, und heute ist es eine Selbstverständlichkeit, liebe Kollegen und Kolleginnen. Das wird auch bei der Frage, was die Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten bedeutet, der Fall sein.“³

Sehr geehrte Damen und Herren,⁴ der folgende Vortrag soll zeigen, warum diese Behauptung der demokratischen Entscheidungsfindung schadet und einem Grundgedanken unserer Strafrechtsordnung zuwiderläuft: Strafrecht setzt allein die Legislative. Dazu wird zunächst aufgezeigt, dass der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, verankert in Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (GG), nicht nur zum Schutze des Einzelnen Normenklarheit gewährleistet, sondern auch eine eindeutige Aufgabenzuweisungsentscheidung trifft. Die Legislative und ihr im Rechtssetzungsprozess bedeutendster

1 Der Autor dankt Prof. Dr. Aust und Prof. Dr. Hilbert für den fruchtbaren Austausch. Ein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Wörner, die wesentlich zur Schärfung des Vortrags beitrug, der diesem Beitrag zugrunde liegt.

2 BGBl. I 2017, S. 3532.

3 Plen-Prot. 18/243, S. 24903 (Lühmann).

4 Der Beitrag gründet auf dem Vortrag beim 9. Symposium des Jungen Strafrechts. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

Teil, das Parlament,⁵ sind verantwortlich für die Setzung von Strafrecht. Aus dieser verfassungsrechtlich verankerten Verantwortung⁶ resultieren prozedurale Pflichten im Gesetzgebungsprozess; nur so kann gewährleistet werden, dass die Legislative ihrer Verantwortung selbst nachkommt und sie nicht auf andere Gewalten auslagert. Zugleich wird so die demokratische Entscheidungsfindung über die Grenzen des Strafrechts vor dem Zugriff der Gerichte geschützt. Im Folgenden wird dargelegt, dass diese verfassungsrechtliche Verantwortung der Legislative Spiegelbild des sog. Verschleifungsverbots⁷ für die Gerichte ist. Nur wenn beide Gewalten ihren jeweiligen Aufgaben nachkommen und sich nicht gegenseitig sabotieren, kann Art. 103 Abs. 2 GG eine demokratisch legitimierte Strafrechtssetzung sicherstellen.

I. Komponenten des Bestimmtheitsgrundsatzes

Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Bedeutung dieser Verfassungsnorm erschöpft sich nicht im Ver-

5 Hilbert, Die Informationsfunktion von Parlamenten, 2022, S. 44 (zitiert als: Hilbert).

6 Gärditz, Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen, 2022, S. 28 (zitiert als: Gärditz, in: Bäcker/Burchard [Hrsg.]).

7 Grundlegend BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211, Rn. 79; BVerfG, NJW 2022, 1160, 1162, Rn. 99; ausführlich Kuhlen, Zum Verschleifungsverbot, in: Saliger/Kim/Liu/Mylonopoulos/Yamanaka/Zheng/Isfen (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., Heidelberg 2017, S. 943 ff. (zitiert als: Kuhlen, in: FS Neumann); Saliger, Zum Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen, in: Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 1. Aufl., München, 2018, S. 523 ff. (zitiert als: Saliger, in: FS Fischer); bereits angelegt in Saliger, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, ZStW 2000, 563; Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht, 2022, 944 (zitiert als: Tsoumanis); Wapler, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen, 2022, S. 190 (zitiert als: Wapler, in: Bäcker/Burchard [Hrsg.]); Jahn, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitstheorie im Strafverfassungsrecht: „It’s the interpretation, stupid“, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen, 2022, S. 209 (zitiert als: Jahn, in: Bäcker/Burchard [Hrsg.]).

bot der gewohnheitsrechtlichen⁸ oder rückwirkenden⁹ Strafbegründung.¹⁰ Art. 103 Abs. 2 GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot (*nullum crimen sine lege certa*¹¹) sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie.¹²

Der Bestimmtheitsgrundsatz verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind oder sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.¹³ Dieses sog. Normenklarheitsgebot¹⁴ dient dem Schutz der bürgerlichen Freiheitssphäre: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.¹⁵ Nur an

8 BVerfG, NJW 2012, 907, 915, Rn. 165; BVerfG, NJW 1995, 1141; hierzu näher *Radtke*, in: BeckOK GG, Art. 103 Rn. 44 ff.; *Satzger*, in: SSW-StGB, § 1 Rn. 35.

9 Hierzu näher BVerfG, BeckRS 1957, 30700627; BVerfG, NJW 1990, 1103; BVerfG, NJW 2004, 739, 745; BVerfG, NJW 2004, 750, 752; BVerfG, BeckRS 2009, 37889, Rn. 21; ausführlich dazu *Jäger*, in: SK-StGB, § 1 Rn. 14 ff.

10 BVerfG, NJW 2010, 3209, Rn. 69; BVerfG, NJW 2012, 907, 915, Rn. 164; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30.

11 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, 24 S. 20 (zitiert als: *Feuerbach*); *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 181.

12 BVerfG, NJW 2022, 1160, Rn. 88; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 69; BVerfG, NJW 2012, 907, 915, Rn. 164; BVerfG, NJW 1995, 1141; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30.

13 BVerfG, NJW 1969, 1059, 1061; BGH, NStZ 1993, 540; BVerfG, NJW 2002, 1779; BVerfG, NJW 2003, 1030; BVerfG, NJW 1978, 933, 934; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 72.

14 Zum Begriff näher BVerfG, BeckRS 2020, 40592, 202; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; *Towfigh*, „Nur erst, wenn dir die Form ganz klar ist, wird dir der Geist klar werden.“ – Zum grundgesetzlichen Gebot der Normenklarheit, JA 2015, 81.

15 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1161, Rn. 89; BVerfG, NJW 1987, 3175; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 74; BVerfG, NJW 2012, 907, 915, Rn. 165; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; *Radtke*, in: BeckOK GG, Art. 103 Rn. 26; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 66; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 101; *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 191; *Jahn*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 211.

hinreichend¹⁶ klaren Normen kann die Bürgerin¹⁷ ihr Verhalten orientieren¹⁸ und muss kein willkürliches staatliches Strafen fürchten.¹⁹ Insoweit hat der Bestimmtheitsgrundsatz den Normadressaten im Blick – aus dessen Sicht ist der Normsinn einer womöglich unbestimmten Norm zu ermitteln²⁰ – und stellt individuelle Freiheit²¹ sicher.

Zugleich muss der Gesetzgeber dem ständigen Wandel der Lebensverhältnisse Rechnung tragen (können). Müsste er stets jeden Straftatbestand bis ins Letzte ausführen, anstatt sich auf die wesentlichen für die Dauer gedachten Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe zu beschränken, bestünde die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch

-
- 16 Zum sog. "Graubereich" *Krüger*, Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und § 266 StGB - Bespr. von BVerfG, Beschl. vom 23. 6. 2010 – 2 BvR 2559/08, NSTZ 2010, 626, NSTZ 2011, 369, 371; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 67.
- 17 Um alle Geschlechter gleichermaßen zu repräsentieren, ohne der Leserlichkeit und sprachlichen Präzision zu schaden, werden im vorliegenden Beitrag die Geschlechter abgewechselt. Dementsprechend soll die maskuline wie die feminine Form andere Geschlechter vollumfänglich mitumfassen.
- 18 *Jäger*, in: SK-StGB, § 1 Rn. 26 spricht insoweit von „verhaltensdeterminierender Wirkung“; vgl. auch *Tsoumanis*, S. 183 ff.
- 19 BVerfG, NJW 2003, 1030; BVerfG, NJW 2002, 1779; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; *Satzger*, in: SSW-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 14; *Satzger*, in: SSW-StGB, § 1 Rn. 19; *Jäger*, in: SK-StGB, § 1 Rn. 26; *Dannecker/Schuhr*, in: LK-StGB, § 1 Rn. 110; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 88; *Tsoumanis*, S. 178.
- 20 BVerfG, NJW 1978, 933, 934; BVerfG, NJW 1987, 3175; BVerfG, NJW 1991, 91, 94; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 69; *Dannecker/Schuhr*, in: LK-StGB, § 1 Rn. 182; *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, § 1 Rn. 12; *Krüger*, NSTZ 2011, 369, 372; *Dearing*, Sitzblockade und Gewaltbegriff – ein Vergleich der deutschen und der österreichischen Judikatur zur Nötigung, StV 1986, 125, 127; *Bülte*, Gesetzlichkeitsprinzip und Gesetzgebungsverantwortung im Verkehrsordnungswidrigkeitenrecht, NZV 2020, 12, 15; *Satzger*, Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, JuS 2004, 943; *Paeffgen*, Art. 103 II GG, namentlich das Bestimmtheitsgebot und komplementäre Rechtssätze in der Entwicklung, StraFo 2007, 442; *Pschorr*, § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB als Anfangtatbestand für den straflosen Versuch der Teilnahme an einem Kraftfahrzeugrennen, JurisPR-StrafR 2/2022, Anm. 4; *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 194; *Jahn*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 211; a.A. *Towfigh*, JA 2015, 81, 85 f.
- 21 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1161, Rn. 89; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 71; BVerfG, NJW 1987, 1423, 934; BVerfG, NJW 1987, 3175; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 58; *Dannecker/Schuhr*, in: LK-StGB, § 1 Rn. 179; *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 30; *Satzger*, JuS 2004, 943; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 2 (zitiert als: *Schünemann*); *Tsoumanis*, S. 176; *Wapler*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), S. 193.

würden.²² Deshalb schließt der Bestimmtheitsgrundsatz wertausfüllungsbedürftige Begriffe bis hin zu Generalklauseln im Strafrecht nicht aus.²³ Die Abwägung²⁴ zwischen hinreichender Bestimmtheit und praxisnotwendiger Flexibilität weist Art. 103 Abs. 2 GG der unmittelbar vom Volk gewählten Legislative zu (sog. Gesetzlichkeitsprinzip²⁵).²⁶ Ausschließlich sie ist hinreichend demokratisch legitimiert,²⁷ ein Verhalten mit der *ultima ratio*²⁸ Strafe zu belegen. Art. 103 Abs. 2 GG stellt sicher, dass gerade diese demokratisch legitimierte Gewalt im Voraus über die Strafbarkeit von Verhalten entscheidet und diese Entscheidung nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt gefällt wird.²⁹ Nur der Gesetzgeber ist berechtigt, und im Einzelfall sogar verpflichtet,³⁰ bestimmtes Handeln un-

22 BVerfG, NJW 2022, 1160, 1161, Rn. 92; BVerfG, NJW 1978, 933, 934; BVerfG, NStZ 1993, 75; BVerfG, NJW 2003, 1030; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 73; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 67.

23 BVerfG, NJW 2010, 3209, 3211 Rn. 74; *Jahn*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 212.

24 *Rogall*, in: KK-OWiG, § 3 Rn. 32.

25 *Wolff*, in: Hömig/Wolff, Art. 103 Rn. 15; *Bohn/Krause*, Der objektive Sorgfaltspflichtverstoß und die ungeschriebenen Sorgfaltnormen im Lichte des Art. 103 II GG, JuS 2019, 753, 755; in der europäischen Menschenrechtskonvention verankert in Art. 7 *Satzger*, in: SSW-StPO, Art. 7 EMRK Rn. 1; BVerfG, NJW 2022, 1160, 1163, Rn. 103 ff.; *Saliger*, in: FS Fischer, S. 530 verwendet den Terminus als Überbegriff der Elemente des *nulla poena sine lege*-Grundsatzes; ähnlich *Wapler*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 188.

26 *Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 16; *Gärditz*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 29; *Nettesheim*, Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und grenzen, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 110; Teils wird diese Komponente dem Grundsatz *nulla poena sine lege scripta* zugewiesen *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 58; *Wapler*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 201 leitet diese Aufgabenzuweisungsentscheidung dementsgegen aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz ab.

27 BVerfG, NJW 2022, 1160, Rn. 89; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210, Rn. 70; BVerfG, NJW 1987, 3175; *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu, Art. 103 Rn. 58; *Jäger*, in: SK-StGB, § 1 Rn. 26; *Brodowski*, Grundfälle zu den Justizgrundrechten, JuS 2012, 892; *Calliess*, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1506, 1512; *Schünemann*, S. 11.

28 BVerfG, NJW 2008, 1137, 1138; *Brodowski*, JuS 2012, 892, 893; zur Operationalisierung erhellend *Jahn/Brodowski*, Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, ZStW 2017, 363, 377 ff.; *Gärditz*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 27.

29 BVerfG, NJW 2022, 1160, Rn. 89; BVerfG, NJW 1987, 3175; BVerfG, NJW 1995, 1141; *Wapler*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 191.

30 BVerfG, NJW 2002, 1779, 1780; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; *Gärditz*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 33 f.; *Ungern-Sternberg*, S. 90; *Nettesheim*, in: Bächer/Burchard (Hrsg.), S. 109 ff.