

Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Von Rechtsreferendar Dr. **Ingo Bott**, Rechtsreferendar **Paul Krell**, Heidelberg

Der auch als Gesetzlichkeitsprinzip bezeichnete Grundsatz „nulla poena sine lege“ beinhaltet nicht weniger als vier verfassungsrechtlich abgesicherte Kernprinzipien des deutschen Strafrechts. Gleichwohl wird der fundamentalen Bedeutung des Grundsatzes in der Rechtspraxis nicht immer Rechnung getragen, was unlängst gleich mehrfach das Bundesverfassungsgericht und die Rechtslehre beschäftigt hat. Grund genug, den Grundsatz, seine Auslegung und Anwendung kritisch zu hinterfragen, sich mit den damit zusammenhängenden Entwicklungsperspektiven zu befassen sowie die Ausbildungsrelevanz aufzuzeigen.

I. Einführung

Der erstmals in Art. 8 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789 kodifizierte, naturrechtlich hergeleitete Grundsatz „nulla poena sine lege“ fand seinen Weg über das Bayerische StGB von 1813 in das Preußische StGB von 1851 und von dort in das Reichsstrafgesetzbuch von 1871.¹ Heute ist das Gesetzmäßigkeitsprinzip wortgleich in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB („Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“) sowie in Art. 7 EMRK² niedergelegt. Die lateinische Wendung „nulla poena sine lege“ ist dabei auf den deutschen Rechtsphilosophen *Paul Johann Anselm von Feuerbach* zurückzuführen,³ dessen Engagement auch der Durchbruch des Gesetzlichkeitsprinzips im deutschen Strafrecht zugeschrieben wird. Das Gesetzlichkeitsprinzip enthält vier zentrale Verbürgungen:

- (1) Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot („nulla poena sine lege certa“),
- (2) das Analogieverbot („nulla poena sine lege stricta“),
- (3) das Verbot von täterfeindlichem Gewohnheitsrecht („nulla poena sine lege scripta“) und
- (4) das Rückwirkungsverbot („nulla poena sine lege praevia“).

Zu berücksichtigen ist dabei stets, dass lediglich eine Schlechterstellung des Täters verboten ist, während täterbegünstigende Lösungen dagegen immer möglich sind.⁴ Insbesondere im Spannungsfeld zwischen gerade noch zulässiger Auslegung und unzulässiger Analogie können überaus diffi-

zile Abgrenzungsfragen entstehen.⁵ Zwei weiteren zentralen Gedanken des deutschen Strafrechts kommt in diesem Rahmen ebenfalls maßgebliche Bedeutung zu: Das Prinzip des „fragmentarischen Charakters des Strafrechts“⁶ besagt, dass nicht jedes sozialschädliche Verhalten strafwürdig oder gar strafbar ist. Die Grenzziehung obliegt dabei dem Gesetzgeber, der sich wiederum an die Schranken halten muss, die ihm der ultimatioratio-Grundsatz setzt: Nur für das menschliche Zusammenleben unerträgliche Verhaltensweisen sollen mit dem Strafrecht bekämpft werden.⁷ Nichtsdestotrotz – und vor diesem Hintergrund eigentlich erstaunlicherweise – ist in der Strafrechtspraxis mitunter eine Tendenz zur extensiven Auslegung von Straftatbeständen festzustellen.⁸ Die Grenze zieht hier Art. 103 Abs. 2 GG und damit letztlich das BVerfG. Dieses stellte etwa in jüngeren Entscheidungen die Auslegung der Merkmale „entschuldigtes Entfernen“ in § 142 Abs. 2 Nr. 1 StGB⁹, „Waffe“ in § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB¹⁰, „Nachteil“ in § 266 Abs. 1 StGB¹¹ sowie des Begriffs der „Pflanze“ im Betäubungsmittelstrafrecht¹² kritisch auf den Prüfstand. Auch eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil im „Fall Hoyzer“ mit seinem umstrittenen Konstrukt eines „Quotenschadens“ im Rahmen des § 263 Abs. 1 StGB wurde in Karlsruhe zur Entscheidung angenommen.¹³ Anlass genug, im Zuge der gegenwärtigen Diskussion in der Rechtslehre¹⁴ die Kontrolle gerichtlicher Auslegung von Straftatbeständen im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG durch das BVerfG einmal genauer zu beleuchten, um so einen zeitgemäßen Zugang zu dem althergebrachten Mysterium des Gesetzlichkeitsgrundsatzes zu finden.

¹ Vgl. zum geschichtlichen Hintergrund *Krey*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl., 2008, Rn. 47 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 12 ff.

² Vgl. hierzu *Demko*, HRRS 2004, 19.

³ *Von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 3. Aufl. 1805.

⁴ *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn 7; *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 1 Rn. 12.

⁵ *Eser* (Fn. 4), § 1 Rn. 55; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 1 Rn. 56; *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 9 Rn. 56.

⁶ Der Begriff geht zurück auf *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 20. Vgl. ferner *Maiwald*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum siebzigsten Geburtstag, 1972, S. 9.

⁷ Vgl. BVerfGE 88, 203 (258); 96, 11 (25); *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 5.

⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 92.

⁹ BVerfG NJW 2007, 1666.

¹⁰ BVerfG NJW 2008, 3627.

¹¹ BVerfG NJW 2009, 2370.

¹² BVerfG StraFo 2009, 526. S. dazu *Montiel/Ludeña*, ZIS, 2010, 618.

¹³ Dazu *Rönnau/Soyka*, NStZ 2009, 12.

¹⁴ *Paeffgen*, StraFo 2007, 442 (446); *Rönnau/Soyka*, NStZ 2009, 12 (13).

II. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Das Bestimmtheitsgebot richtet sich an den Gesetzgeber und gibt ihm auf, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände unbedingt zu erkennen sind.¹⁵ Bezweckt wird hiermit einerseits der Schutz vor richterlicher Willkür; andererseits soll es im Sinne eines generalpräventiv-educativen Ansatzes für jeden Bürger möglich sein, anhand der strafrechtlichen Normen die Grenzen des Erlaubten erkennen zu können.¹⁶ Knapp und deutlich dazu das BVerfG: „Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.“¹⁷ Ungeachtet dessen stellt das BVerfG jedoch keine allzu hohen Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot.¹⁸ Eine wesentliche Einschränkung erfährt es etwa dadurch, dass das BVerfG in ständiger Rechtsprechung auch bedenklich weit gefasste Vorschriften dadurch dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit entzieht, dass es jedenfalls eine Präzisierung durch Auslegung als zulässig erachtet.¹⁹ Unstreitig unzulässig sind immerhin zweifelsohne Straftatbestände in Form reiner Generalklauseln²⁰ (etwa in diesem Sinne: „Wer grob rücksichtslos gegenüber dem Allgemeinwohl handelt, [...]“).

Es darf freilich nicht verkannt werden, dass Straftatbestände geeignet sein müssen, der Komplexität und Mannigfaltigkeit verschiedenster Lebenssachverhalte Rechnung zu tragen, weshalb es unvermeidlich ist, dass die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens im Einzelfall zweifelhaft sein kann.²¹ Deutlich tritt an dieser Stelle das Spannungsverhältnis zu Tage, dem sich Gesetzgeber wie Gesetzesausleger stellen

müssen: Was kann, was darf, was muss in ein Gesetz aufgenommen werden, um einerseits ein Rechtsgut in all jenen Konstellationen zu schützen, in denen es in sanktionswürdiger Hinsicht auf dem Spiel steht? Wo dagegen befinden sich die Grenzen autoritärer – sei es gesetzgebender oder richterlicher – Bevormundung und Willkür? Kurz: Wie frei kann ein Gesetz gefasst sein, ohne die Freiheit des ihm Unterworfenen unverhältnismäßig zu begrenzen?²²

Besonderer Kritik ausgesetzt ist in diesem Zusammenhang fast schon klassisch das Merkmal der „Gewalt“ im Straftatbestand der Nötigung (§ 240 StGB).²³ In einer Grundsatzentscheidung erklärte das BVerfG die Vorschrift gleichwohl für mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar.²⁴ Auch die Verfassungswidrigkeit des Treubruchtatbestandes (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) wurde zwar behauptet,²⁵ schlussendlich aber ebenfalls vom BVerfG verneint.²⁶

Verschärft wird die Problematik noch durch die immer komplexer werdende Rechtswirklichkeit.²⁷ Stetiger technischer Fortschritt, die Erkenntnisse moderner Wissenschaft und die zunehmende Europäisierung des Strafrechts stellen den Gesetzgeber mitunter vor außerordentlich hohe Hürden. Dies führt in der Konsequenz zu Straftatbeständen, die sich schon ausgebildeten Juristen erst nach wiederholter Lektüre erschließen.

Insbesondere im Wirtschafts- und Umweltstrafrecht erfreuen sich so genannte Blankettnormen²⁸ und Verwaltungsrechtsakzessorietät²⁹ wachsender Beliebtheit. Beiden ist eigen, dass die Tatbestandsmäßigkeit sich nicht allein aus der Strafnorm ergibt, sondern erst durch Rekurs auf andere – zumeist verwaltungsrechtliche – Rechtsquellen begründet wird. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, diese moderne Gesetzgebungstechnik abschließend zu beurteilen.³⁰ Nur so viel sei gesagt: Sie lässt von der geforderten Transparenz für den Bürger kaum etwas übrig. Wenn sich die Strafbarkeit nur vor dem Hintergrund komplizierter Mehrfachverweisungen ergibt, kann nicht ernsthaft davon die Rede sein, dass jedermann vorhersehen könne, welches Verhalten

¹⁵ BVerfGE 25, 269 (285); 73, 206 (234); 75, 329 (341).

¹⁶ Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007; § 1 Rn. 8; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 1 Rn. 2; Hassemer/Kargl (Fn. 8), § 1 Rn. 3; Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 9. Aufl. 2009, § 1 Rn. 5; Kim, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 119 (S. 121).

¹⁷ BVerfG NJW 1989, 1663.

¹⁸ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 28; Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 44; vgl. ferner deutlich Schmidhäuser, in: Selmer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 231 (S. 241): „rechtsstaatliche Utopie“; Kuhlen, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 89 (S. 94): „schlechterdings unerfüllbar“.

¹⁹ Vgl. etwa BVerfGE 48, 48 (56 f.); zu Recht kritisch Rengier (Fn. 18), § 4 Rn. 28; Rotsch, ZJS 2008, 132 (134 f.); Tiedemann (Fn. 18), S. 41 f.

²⁰ Rengier (Fn. 18), § 4 Rn. 27; Roxin (Fn. 1) § 5 Rn. 12. Die Grenzen sind hier freilich – wie so oft – fließend, vgl. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, Rn. 30 sowie eingehend Dannecker (Fn. 16), § 1 Rn. 202 ff.

²¹ Vgl. zuletzt BVerfG wistra 2009, 269; ergänzend Hassemer, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 23 f.; Hassemer, ZRP 2007, 213 (214 f.); Kuhlen (Fn. 18), S. 94 f.

²² Vgl. auch Hassemer, vorgänge 159 (2002), 10; Hassemer, ZIS 2006, 266 (269 ff.).

²³ Vgl. v.a. Calliess, NJW 1985, 1506 (1509).

²⁴ BVerfGE 73, 206 (236 ff.). Zur verfassungswidrigen Auslegung des Gewaltbegriffs s. sogleich u. III.

²⁵ Labsch, Untreue (§ 266 StGB), 1983, S. 201.

²⁶ Vgl. zuletzt BVerfG NJW 2009, 2370.

²⁷ Vgl. Rotsch, ZJS 2008, 132 (133 f.) mit einem Beispiel aus dem Lebensmittelstrafrecht: „gesetzgeberische[s] Ungetüm“.

²⁸ Vgl. zu ihnen Hohmann, ZIS 2007, 38; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010, Rn. 99 ff.; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 6 Rn. 14 ff.

²⁹ Vgl. zu ihr Franzheim/Pfohl, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 10 ff.; Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 26 ff.; Ransiek, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 324 ff. Rn. 17 ff.

³⁰ Vgl. umfassend Hohmann, ZIS 2007, 38 (42 ff.); Volkmann, ZRP 1995, 220.

mit Strafe bedroht ist.³¹ Der düngende Landwirt muss nicht nur mannigfache Verordnungen, sondern gar ministerielle Merkblätter beachten, will er einer Strafbarkeit wegen umweltgefährdender Abfallbeseitigung (§ 326 StGB) sicher entgehen.³² Hierzu muss er sie aber erst kennen. Ob man ihm dies abverlangt, ist eine gesetzgeberische Grundsatzentscheidung. Ob man es ihm abverlangen darf, eine andere Frage. Art. 103 Abs. 2 GG spricht maßgeblich dagegen. Beispiele wie die vorgenannten zeigen die Neigung des Gesetzgebers auf, im Zweifelsfalle dem Rechtsgüterschutz den Vorrang zu geben. Das BVerfG nimmt daran keinen Anstoß.³³ Der Preis dafür ist freilich ein Stück Rechtssicherheit.

Abschließend und der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Bestimmtheitsgrundsatz sich nicht nur auf die Tatbestandsmäßigkeit, sondern auch auf die Rechtsfolgen der Tat bezieht.³⁴

III. Analogieverbot

Wie bereits festgestellt, müssen Normen der Vielschichtigkeit des wahren Lebens Rechnung tragen. Ihre Auslegung ist daher nicht nur möglich, sondern sogar dringend geboten; die abstrakt-generelle Norm muss im Wege der Subsumtion dahingehend überprüft werden, ob sie einen konkreten Sachverhalt erfasst.³⁵ Dabei stellt sich im Strafrecht wegen Art. 103 Abs. 2 GG die Herausforderung, dass mit der Grenze von der noch zulässigen Auslegung zur Analogie zugleich jene zur verfassungswidrigen Rechtsanwendung überschritten wird:³⁶ Diese Grenze sollte dabei nach traditioneller juristischer Methodenlehre zunächst der Wortlaut der Norm sein.³⁷ Das prima facie trennscharfe Dogma der Wortlautgrenze soll freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Hermeneutik als Wissenschaft von der Auslegung in den seltensten Fällen wirklich deterministische Ergebnisse zu produzieren vermag.³⁸ Gleichwohl bietet das Kriterium einen griffigen, noch dazu für jeden juristischen Laien überaus einsichtigen Ausgangspunkt, der auch für die Fallbearbeitung fruchtbar gemacht werden kann und sollte. Auch das BVerfG führt in seiner Sitzblockaden-Entscheidung aus: „Art. 103 Abs. 2 GG setzt [...] nicht nur der Tatbestandsergänzung, sondern auch der tatbestandsausweitenden Interpretation Grenzen. Die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber die pönalisierten Mittel bezeichnet hat, darf nicht dazu führen, dass

die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird.“³⁹ Daran wird ersichtlich, dass das Analogieverbot insoweit mit dem Bestimmtheitsgebot korrespondiert, als es den verfassungsrechtlichen Auftrag an den Gesetzgeber durch strenge richterliche Bindung flankiert und absichert.⁴⁰ Der Rekurs des BVerfG auf die Eingrenzung der Strafbarkeit lässt aber ferner auch erkennen, dass der Auslegung nicht nur durch den Wortlaut Grenzen gesetzt sind, sondern auch durch den Normzweck unter besonderer Berücksichtigung des ultima ratio-Grundsatzes. So macht das BVerfG in der Sitzblockade-Entscheidung deutlich, dass eine Subsumtion rein psychisch wirkenden Zwangs unter den Gewaltbegriff in § 240 Abs. 1 StGB weitgehend die Funktion aufhebt, „unter den notwendigen, unvermeidlichen oder alltäglichen Zwangseinwirkungen auf die Willensfreiheit Dritter die strafwürdigen zu bestimmen“.⁴¹

In jüngster Zeit hat das BVerfG in zwei Fällen eine Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG festgestellt, in welchen vor allem die Missachtung der Wortlautgrenze ausschlaggebend war.

Der ersten Entscheidung⁴² lag eine langjährige Praxis der Rechtsprechung zugrunde, wonach auch derjenige nach § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft wurde, der einen Unfall zunächst nicht bemerkte und trotz späterer Kenntniserlangung nicht nachträglich anzeigte. Eine solche Pflicht statuiert § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB freilich nur für denjenigen, der sich „berechtigt oder entschuldigt“ vom Unfallort entfernt hat. Die Rechtsprechung indessen störte sich hieran nicht und meinte, dies treffe auch im Falle des unvorsätzlichen Entfernens zu. Zu Unrecht, wie nunmehr auch das BVerfG entschied. Es rekurrierte in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Frage nach der Wortlautorientierung erstmals neben dem umgangssprachlichen Sinngehalt auch auf fachterminologische juristische Besonderheiten.⁴³ Ergänzt werden sollten diese durch systematische Erwägungen.⁴⁴ Die Begriffe „berechtigt“ bzw. „entschuldigt“ seien normativ geprägt, was einer Gleichsetzung mit der empirischen Tatsache der (Un-)Kenntnis entgegenstehe. Zudem unterscheidet das StGB, das auf dem überkommenen dreistufigen Deliktsaufbau basiert, terminologisch zwischen „berechtigt“, „entschuldigt“ und „unvorsätzlich“.

³¹ Vgl. *Hohmann*, ZIS 2007, 38 (44 f.) mit Beispielen.

³² Vgl. *Krell*, NuR 2009, 327 (332 f.).

³³ Vgl. BVerfGE 75, 329 (Verwaltungsrechtsakzessorietät); BVerfG NJW 1992, 2624 (Blankettgesetze).

³⁴ BVerfGE 25, 269 (285).

³⁵ Instrukтив *Weber* (Fn. 5), § 9 Rn. 57 f.

³⁶ Vgl. *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 36; *Dannecker* (Fn. 16), § 1 Rn. 248.

³⁷ *Fischer* (Fn. 16), § 1 Rn. 11; *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 28; *Kim* (Fn. 16), S. 127; *Roxin* (Fn. 1), § 5 Rn. 26.

³⁸ Vgl. *Hassemer/Kargl* (Fn. 8), § 1 Rn. 96; *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989, S. 4 ff.; ergänzend *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 2. Aufl. 2009, S. 31 ff.; krit. insoweit *Kim* (Fn. 16), S. 131 ff.

³⁹ BVerfGE 92, 1 (16).

⁴⁰ Vgl. *Dannecker* (Fn. 16), § 1 Rn. 241; *Hassemer* (Fn. 21), S. 19; *Hassemer/Kargl* (Fn. 8), § 1 Rn. 70; *Kim* (Fn. 16); S. 125; *Schmitz* (Fn. 5), § 1 Rn. 55; *Weber* (Fn. 5), § 9 Rn. 55; ferner *Rengier* (Fn. 18), § 5 Rn. 31.; krit. insoweit *Kuhlen* (Fn. 18), S. 98 ff.

⁴¹ BVerfGE 92, 1 (17); vgl. auch *Krey* (Fn. 1), Rn. 104.

⁴² BVerfG NJW 2007, 1666.

⁴³ Allein auf die Sicht des Bürgers abstellend zuvor BVerfGE 82, 236 (269); 87, 209 (224). Vgl. auch *Hassemer* (Fn. 21), S. 27; *Küper*, NStZ 2008, 597 (599); *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2004, S. 82 ff.; das Wortlautargument anzweifelnd *Brüning*, ZIS 2007, 317 (319 f.).

⁴⁴ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch *Beulke*, NJW 1979, 400 (403); *Wörmer*, ZJS 2009, 236 (237 f.).

Die zweite Entscheidung beschäftigte sich mit einer zuvor ebenso gefestigten Rechtsprechung, die in Sachverhalten, in denen der Täter mit seinem Pkw gewaltsam eine Polizeikontrolle durchbrach (so genannte Polizeifluchtfälle), das Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 Nr.1 StGB als einschlägig erachtete, indem der Pkw als „Waffe“ gewertet wurde.⁴⁵ Um die einschränkende Interpretation des BVerfG nachvollziehen zu können, ist wiederum ein Rückgriff auf den Wortlaut der Vorschrift angezeigt: Eine „Waffe“ kann etwa nicht nur durch ihre Zweckbestimmung als Angriffs- oder Verteidigungshandlungen charakterisiert werden, sondern auch die typische Gefährlichkeit eines Gegenstandes meinen. Die bloße Möglichkeit zum zweckentfremdeten Gebrauch kann dagegen nicht ausreichen.⁴⁶ Unerheblich ist insoweit, dass ein Durchbrechen von Polizeikontrollen mit einem Pkw sogar gefährlicher sein kann als manche Waffen. Der Rückgriff allein auf kriminalpolitische Gesichtspunkte und (vermeintliche) Normzwecke stützt jedenfalls für sich genommen noch keine Subsumtion.⁴⁷ Dazu deutlich das BVerfG: „Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus [...] einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken.“⁴⁸ Besonders hartnäckig missachtete eine ältere Entscheidung des BGH diese Erkenntnis, der zufolge eine Strafschärfung für Forstdiebstahl bei Verwendung eines „bespannten Fuhrwerks“ oder eines „Lasttiers“ auch bei Einsatz eines Kraftfahrzeugs anzunehmen sei, da der Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Gesetzlerlasses angesichts des damaligen Standes der Technik noch keinen Anlass für die ausdrückliche Erfassung von Kraftfahrzeugen gesehen habe.⁴⁹ Letzteres mag ja stimmen, nur spielt es keine Rolle. Es gehört zu den Kernaussagen von Art. 103 Abs. 2 GG, dass es der Rechtsprechung verwehrt ist, empfundene Versäumnisse des Gesetzgebers über den Wortlaut hinaus zu korrigieren. Es zeigt sich auch hier ein latentes Spannungsverhältnis: Einerseits kann eine funktionierende Strafverfolgung inklusive des Vertrauens der Bevölkerung in eine solche nur dann gewährleistet werden, wenn ein jeder das strafrechtliche Programm, nach dem er sich zu richten hat, dem StGB konkret entnehmen kann; andererseits ist – gegebenenfalls in Ausnahmefällen – dem zeitlichen Wandel im Rahmen der Wortlautauslegung Rechnung zu tragen.⁵⁰ In Zeiten nahezu permanenten technischen Fortschritts droht dem Recht hier freilich über kurz oder lang ein harscher Zielkonflikt. Der ehemalige Präsident des Bundesgerichtshofs, *Günther Hirsch*, hat sich bezüglich dieser Thematik einer Metapher bedient und damit

ein gespaltenes Echo hervorgerufen:⁵¹ Er vergleicht den Gesetzgeber mit einem Komponisten, den Richter mit einem Pianisten. Letzterer interpretiere die Vorgaben, habe Spielräume, dürfe das Stück aber nicht verfälschen. Aber was gewährleistet größere Rechtssicherheit? Ein rotierender Gesetzgeber, der der Technik dadurch nachjagt, dass er ebenso permanent neue einschränkende Gesetze erlässt, oder eine Rechtsprechung, die den Wortlaut von Strafbestimmungen derart überdehnt, dass neue Sachverhalte doch noch darunter passen? Wo beginnt, wo endet in diesem Zusammenhang eigentlich der Schutzauftrag des Strafrechts? Wie sieht es mit seinem fragmentarischen Charakter aus? Mit *Brecht* analog gilt hier: Wir stehen am Anfang und sehen betroffen; den Vorhang noch zu – und alle Fragen offen.

Ein besonders umstrittenes Problem aus dem Allgemeinen Teil, die Behandlung der *actio libera in causa*, wurzelt ebenfalls im Analogieverbot. Prinzipiell lässt § 20 StGB wenig Spielraum für Spekulationen; entscheidend ist, „bei“ Begehung der Tat schuldunfähig zu sein. Deshalb kann – auch in der Klausurbearbeitung – die Rechtsfigur mit guten Gründen insgesamt als verfassungswidrig abgelehnt werden.⁵² Die daraus resultierende Straflosigkeit wird freilich weitgehend als unerträglich empfunden. Von daher nimmt es denn auch nicht wunder, mit welchem Eifer versucht wurde, die Rechtsfigur zu begründen und zu legitimieren.⁵³ Bei aller hitzigen Diskussion sollte in diesem Zusammenhang allerdings auch nicht vergessen werden, dass es letztlich nicht darum gehen kann, wer das gewagteste Erklärungskonstrukt liefert. Allzu rasch droht aus den Augen verloren zu werden, was das Strafrecht und seine verfassungsmäßige Grenzverankerung eigentlich wollen, nämlich klare Leitlinien vorgeben und transparente Entscheidungen ermöglichen. Weder mittels ausufernden Meinungsspektrums, noch mittels richterlicher Spontaneingaben wird sich dies verwirklichen lassen. Auch wenn es sich bei der *actio libera in causa* um ein fast schon pathologisch gehegtes Lieblingskind der Strafrechtswissenschaft handeln mag, ist hier letztlich eindeutig der Gesetzgeber gefordert. Entscheidet sich dieser tatsächlich, weiterhin einfach nichts zu tun, kann er schlussendlich von der rechtsanwendenden Gewalt auch nichts anderes verlangen. Straffreiheit oder Auslegung bis an die Schmerzgrenze – und darüber hinaus; paradigmatisch tritt dieser Zielkonflikt bei der *actio libera in causa* zu Tage.

Ein weiteres Paradebeispiel liefert uns ein anderer Klassiker aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts, nämlich die Frage, wie sich der Irrtum des vermeintlichen mittelbaren Täters über die Gutgläubigkeit seines Werkzeugs auswirkt. Genauer: Kann dieser lediglich wegen versuchter mittelbarer

⁴⁵ BGHSt 26, 176 (179).

⁴⁶ BVerfG NJW 2008, 3627 (3629); zweifelnd *Hüpers*, HRRS 2009, 66 (67 ff.).

⁴⁷ *Arzt* (Fn. 29), S. 36; vgl. auch *Kim* (Fn. 16), S. 131.

⁴⁸ BVerfG NJW 2008, 3627 (3629).

⁴⁹ BGHSt 10, 375 (zivilrechtlicher Feriensenat!); vgl. hierzu auch *Freund* (Fn. 37), § 1 Rn. 29; *Simon* (Fn. 43), S. 105.

⁵⁰ BVerfG StraFo 2009, 526; vgl. ferner *Hassemer* (Fn. 21), S. 29 f.

⁵¹ *Hirsch*, ZRP 2006, 161; dazu *Hassemer*, ZRP 2007, 213.

⁵² So etwa *Ambos*, NJW 1997, 2296 (2297); *Paeffgen*, ZStW 97 (1985), 513 (524); *Salger/Mutzbauer*, NSTZ 1993, 561 (565); *Stühler*, Die *actio libera in causa* de lege lata und de lege ferenda, 1999, S. 111 f.

⁵³ Vgl. zum Meinungsstand etwa *Fischer* (Fn. 16), § 20 Rn. 52; *Heinrich* (Fn. 20), Rn. 602 ff.; Falllösungen bei *Kaspar*, Jura 2007, 69; *Krell*, ZJS 2010, 640; *Safferling*, JA 2007, 184.

Täterschaft bestraft werden oder auch wegen Anstiftung, obwohl er davon ausgeht, dass der Tatmittler sein Vorhaben nicht durchschaut? Die Antwort auf diese Frage liefert das Gesetz: § 26 StGB fordert das vorsätzliche Bestimmen zu einer vorsätzlichen Haupttat. An dieser Voraussetzung aber fehlt es bei dem Täter, der sein Werkzeug irrig für gutgläubig hält. Die wohl h.M. hält dem entgegen, der Anstiftervorsatz sei gleichsam „als Minus“ im Vorsatz zur mittelbaren Täterschaft enthalten.⁵⁴ Methodologisch handelt es sich hierbei um ein *argumentum a maiore ad minus*, das insbesondere mit kriminalpolitischen Erwägungen begründet wird, weil andernfalls bei fehlender Versuchsstrafbarkeit Strafbarkeitslücken entstünden. Nun ist der Begründungsansatz über den Erst-Recht-Schluss dogmatisch ebenso überzeugend, wie man die kriminalpolitischen Bedenken teilen kann. Aber darum geht es nicht, sondern um die Subsumtion unter § 26 StGB. Dessen Wortlaut indessen ist eindeutig und lässt für die Lösung der h.M. keinen Raum.⁵⁵

Ähnlich liegen die Dinge bei der Diskussion, ob der Täter trotz Erreichung außertatbestandlicher Ziele noch vom Versuch zurücktreten kann. Typisch sind Fälle, in denen der Täter das Opfer mit Tötungseventualvorsatz verletzt, um ihm einen Denkkzettel zu verpassen.⁵⁶ Der Täter erkennt, dass das Opfer nicht lebensgefährlich verletzt ist. Da ihm die Verletzung aber ausreicht, lässt er von dem Opfer ab, obwohl er es noch umbringen könnte. Mitunter wird hier die Rücktrittsmöglichkeit mit dem Argument verwehrt, für den Täter sei ein Weiterhandeln sinnlos, habe er doch sein eigentliches Ziel erreicht.⁵⁷ Man kann von einer solchen Argumentation halten, was man will.⁵⁸ Mit dem Gesetz vereinbar ist sie jedenfalls kaum. § 24 Abs. 1 Var. 1 StGB fordert den Rücktritt von der „Tat“ und meint damit den Verzicht darauf, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen. Für eine Berücksichtigung anderer vom Täter erstrebter Erfolge außerhalb des gesetzlichen Tatbestands bleibt kein Raum.

Eine ganz ähnliche Problematik bei ebenfalls deutlich aus dem Regelwerk hervorgehender Lösung stellt sich schließlich auch im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit ein Versuch von Regelbeispielen möglich ist. Dem Wesen nach handelt es sich bei diesen um bloße Strafzumessungsregeln und damit gerade nicht um Straftatbestände.⁵⁹ Unmittelbar angesetzt werden kann gemäß § 22 StGB aber nur zur Verwirklichung von Straftatbeständen. Auch hier gibt Art. 103 Abs. 2 GG eine klare Antwort: Ein Versuch ist nicht möglich. Abermals wird dies jedoch in Lehre und Rechtsprechung keinesfalls in dieser Eindeutigkeit verstanden.⁶⁰ Und abermals beschränkt sich der Gesetzgeber angesichts eines überkommenen Streitens sehenden Auges auf ein zweifelhaftes Schweigen.

Es nimmt immer wieder wunder, mit welcher dogmatischer Kreativität und Originalität das gewünschte Ergebnis begründet, mit welcher Ignoranz aber zugleich häufig der Wortlaut des Gesetzes – und damit auch die Verbürgung in Art. 103 Abs. 2 GG – übergangen wird. Ein Gegenbeispiel liefert seit jeher die überkommene Rechtsprechung, wonach unbewegliche Gegenstände kein gefährliches „Werkzeug“ im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB sein können, weil dem Art. 103 Abs. 2 GG entgegenstehe.⁶¹ In einer jüngeren Entscheidung entschied das OLG Dresden zudem überraschend, die Subsumtion von Flüssigkeit unter § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB sei von dessen Wortlaut nicht mehr gedeckt.⁶² Viel diskutiert und derzeit durch das BVerfG geprüft wird zudem die Frage, ob die vom BGH im medienrächtigen „Fall Hoyzer“ kreierte Figur des „Quotenschadens“⁶³ im Rahmen des § 263 StGB noch mit Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen ist. Ungeachtet aller Kritik⁶⁴ an diesem sonderbaren Konstrukt steht jedoch zu erwarten, dass ein Verstoß gegen das Analogieverbot nicht angenommen wird.⁶⁵ Auch die Rechtsprechung zur schadensgleichen Vermögensverfügung als Nachteil im Sinne des § 266 StGB hat das BVerfG im Grundsatz gebilligt, dabei allerdings in einem obiter dictum angemerkt, dass einer zu extensiven Auslegung des Nachteilsbegriffs Art. 103 Abs. 2 GG entgegensteht.⁶⁶ Verschärft

⁵⁴ Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vor § 25 ff. Rn. 79; Roxin (Fn. 1), § 25 Rn. 167; Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-von-Saun/Tiedemann (Fn. 16), § 25 Rn. 147; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 549.

⁵⁵ Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 45; Kudlich, JuS 2003, 755 (758); Joecks (Fn. 16), § 25 Rn. 50; Joecks, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 25 Rn. 138; Kretschmer, Jura 2003, 535 (537 f.); Rengier (Fn. 18), § 43 Rn. 82; Falllösungen bei Haverkamp/Kaspar, JuS 2006, 898; Krell, ZJS 2010, 640.

⁵⁶ Zu anderen, parallel zu behandelnden Konstellationen s. Rengier (Fn. 18), § 37 Rn. 65 ff.

⁵⁷ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 5), § 27 Rn. 25; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 47 ff.; Wessels/Beulke (Fn. 54), Rn. 635; vgl. auch Freund (Fn. 37), § 9 Rn. 39 ff.

⁵⁸ Vgl. BGHSt 39, 221; Bott, Jura 2008, 753 ff.; Kudlich, JuS 1999, 349 (353 f.); Falllösungen bei Bock, JuS 2006, 603; Hauf, JuS 1995, 526; Perron/Bott/Gutfleisch, Jura 2006, 706; Schuster, Jura 2008, 231; Theile, ZJS 2009, 545.

⁵⁹ Fischer (Fn. 16), § 243 Rn. 2.

⁶⁰ Vgl. Graul, JuS 1999, 852 (855); Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 14 Rn. 38; Küper, JZ 1986, 518 (523 f.) einerseits und BGHSt 33, 370 (384); Fischer (Fn. 16), § 243 Rn. 28 andererseits; Falllösung bei Kreß/Baenisch, JA 2006, 712.

⁶¹ BGH MDR 1979, 985 (987); zust. Krey (Fn. 1), Rn. 92; a.A. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 14 Rn. 16 m.w.N.

⁶² OLG Dresden NStZ-RR 2009, 337 = JuS 2010, 268 (Jahn); a.A. bereits BGHSt 1, 1.

⁶³ Vgl. Gaede, HRRS 2007, 18 (19 ff.); Krack, ZIS 2007, 103 (109 ff.); Satzger (Fn. 4), § 263 Rn. 212; Falllösung bei Heißler/Marzahn, ZJS 2008, 638.

⁶⁴ Vgl. nur Jahn/Maier, JuS 2007, 215 (219); Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NStZ 2007, 363 (365 ff.).

⁶⁵ So auch Rönnau/Soyka, NStZ 2009, 12 (14).

⁶⁶ BVerfG NJW 2009, 2370; vgl. zur Problematik BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 (m. Anm. Ransiek); BGHSt 52, 323;

wurden diesbezüglich kürzlich noch die Anforderungen an die tatrichterliche Feststellung eines Vermögensnachteils.⁶⁷

Insbesondere anhand des Analogieverbotes zeigt sich damit, dass Gesetz und Recht jedenfalls nach Meinung vieler durchaus miteinander in Konflikt geraten können. Allein schon unter dem Gesichtspunkt der Weiterentwicklung des Rechts ist dies natürlich ein begrüßenswerter Umstand. Alles andere als erfreulich ist es jedoch, wenn der Gesetzgeber im steten Ringen um die gerechte Lösung, sich selbst nicht an die verfassungsrechtlich vorgegebenen Spielregeln – *nulla poena sine lege* – hält und den begründeten Bedürfnissen von Wissenschaft und am Schutz der Rechtsgüter interessierter Bevölkerung Folge leistet, sondern in teils unerklärlicher bis grenzwertig erträglicher Zurückhaltung schlussendlich die Entscheidung allein dem BVerfG, gleichsam als negatives, da nur zur Normvernichtung, nicht aber -gestaltung ermächtigte „Gesetzgebersubstitut“ auferlegt.

Zum Abschluss soll in Erinnerung gebracht werden, dass eine analoge Normanwendung – auch kernstrafrechtsfremder Vorschriften – zu Tätergunsten stets möglich bleibt, wie dies etwa bei §§ 227, 228, 904 BGB anerkannt ist⁶⁸ oder bei § 241a BGB in Betracht gezogen wird.⁶⁹ Gleichfalls bleibt eine teleologische Reduktion eines Straftatbestandes möglich, wie dies etwa für den zu weit geratenen § 306a StGB erwogen wird.⁷⁰

IV. Das Verbot von Gewohnheitsrecht

Aufgrund des strengen Gesetzesvorbehalts kann es auch kein Gewohnheitsrecht zu Lasten des Täters geben. Zu lesen ist dieser Abschnitt dabei mitsamt des vorhergehenden, was insbesondere am Beispiel der *actio libera in causa* deutlich wird. Wenn es sich bei den Erklärungskonstrukten der Lehre um – wie mitunter angenommen – unzulässige Versuche handelt, hinter dem Rücken des Gesetzes zu einer vermeintlichen Billigkeitslösung zu gelangen, droht sich allein schon aufgrund der Dauer und Vehemenz, mit welcher eine solche Lösung in der Dogmatik vertreten wird, das allgemeine Grauen jedes tatsächlich wissenschaftlichen Denkens einzu-

schleichen: „Das war schon immer so.“ Gerade das aber geht im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG natürlich keinesfalls.⁷¹

Auch hier gilt indessen: Gewohnheitsrecht zu Gunsten des Täters bleibt zulässig. Beispielhaft sei dazu genannt, dass die Einwilligung grundsätzlich auch außerhalb der Körperverletzungsdelikte als gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt wird.⁷²

V. Das Rückwirkungsverbot

Das Rückwirkungsverbot ist in § 2 StGB genauer ausgestaltet. Gemäß § 2 Abs. 1 StGB richtet sich die Rechtslage nach der Zeit der Tat. § 2 Abs. 3 StGB erklärt deklaratorisch eine täterbegünstigende Rückwirkung für zulässig und postuliert zugleich die Geltung des mildesten Gesetzes, wenn die Rechtslage sich zwischen Tatbegehung und Urteil ändert (so genannte *lex mitior*). Hinsichtlich des Zeitpunktes der Tat kommt es gemäß § 8 StGB auf die tatbestandliche Handlung und nicht auf den Erfolg an. Vom Rückwirkungsverbot nicht erfasst sind dagegen Änderungen der Rechtsprechung.⁷³ Wenn also der BGH die Grenze zur absoluten Fahruntüchtigkeit herabsenkt, können auch Trunkenheitsfahrten bestraft werden, die vor der Rechtsprechungsänderung stattfanden (aber noch nicht abgeurteilt wurden) und nur in Folge der Absenkung tatbestandsmäßig sind.⁷⁴ Viel diskutiert wurde ferner die Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen, die das BVerfG dem Grunde nach für zulässig erachtet hat.⁷⁵

Eine viel diskutierte Frage ist schließlich, inwieweit eine rückwirkende Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht in Konstellationen möglich ist, in denen die begangene Handlung zur Tatzeit zwar nicht strafbar war, aber gleichwohl derart schwer wiegt, dass eine Nichtbestrafung schlechterdings als unerträglich empfunden wird. Es geht hier etwa um zur Zeit des Nationalsozialismus und der ehemaligen DDR begangene Kapitalverbrechen, mithin um Ausnahmesituationen im Spannungsfeld zwischen Gesetzmäßigkeitsprinzip und materieller Gerechtigkeit, die aufgrund ihrer historischen Sonderstellung und der Bedeutung eines entsprechenden Verfahrens für das Aufklärungsinteresse der Bevölkerung in Einzelfällen einen Verzicht auf die *lex praevia* und die *lex scripta* rechtfertigen können.⁷⁶

Bernsmann, GA 2009, 296 (300 ff.); Mansdörfer, JuS 2009, 114 (115 ff.); Rönnau, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstat-sachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 713 (S. 727 ff.); Saliger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 266 Rn. 67; Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (69 ff.); Schünemann, NStZ 2008, 430; Falllösung bei Hellmann/Beckemper, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 2 ff.

⁶⁷ BVerfG NJW 2010, 3209; dazu Becker, HRRS 2010, 383; Saliger, NJW 2010, 3195.

⁶⁸ Fischer (Fn. 16), Vor § 32 Rn. 9; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), Vor § 32 Rn. 22.

⁶⁹ Dazu Haft/Eisele, in: Graul u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 254; Reichling, JuS 2009, 111 (113); Tachau, Ist das Zivilrecht strenger als das Strafrecht?, 2005, S. 199 ff.

⁷⁰ Vgl. BGHSt 26, 121 (123 ff.).

⁷¹ In diesem Sinne aber für die *actio libera in causa* etwa Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 445 f. (VI. 1.); Streng, JZ 2000, 20 (23); a.A. Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 20 Rn. 72.1; Krell, ZJS 2010, 640 (644); Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (524).

⁷² Heinrich (Fn. 20), Rn. 26; Rosenau (Fn. 61), Vor § 32 Rn. 31

⁷³ Hassemer/Kargl (Fn. 8), § 1 Rn. 50; Satzger (Fn. 4), § 1 Rn. 52

⁷⁴ Beispiel nach Rengier (Fn. 18), § 4 Rn. 17; vgl. ferner Krahl, NJW 1991, 808; Krey (Fn. 1), Rn. 80 ff.

⁷⁵ BVerfGE 25, 269 (286 ff.); vgl. zum Meinungsstand Böckenförde, ZStW 91 (1979), 888.

⁷⁶ Vgl. BGHSt 39, 1 (26 ff.); grundlegend Radbruch, SJZ 1946, 105; vgl. ferner Dannecker, JA 1994, 585; Gropp, in:

VI. Fazit

Angesichts der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG und nicht zuletzt auch der technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen ist das Gesetzlichkeitsprinzip ein Dauerthema und damit vielleicht praktisch bedeutsamer als je zuvor. Die – nicht zuletzt auf die Untätigkeit des Gesetzgebers zurückgehende – erhöhte Prüfungsaufmerksamkeit seitens des BVerfG ist dem Grundsatz nach sicherlich zu begrüßen, wenngleich bezüglich mancher fragwürdigen Auslegungen durchaus ein noch kritischerer Maßstab wünschenswert wäre. Umso erstaunlicher ist es daher, dass die Einführung in die nulla-poena-Grundsätze in den Strafrechtslehrbüchern meist ein Schattendasein fristet und daher im Studium teils unterzugehen droht. Das aber ist nicht nur bedauerlich, sondern, wie wir meinen, geradezu fahrlässig. Denn das Gesetz versteht nur, wer weiß, wie er es verstehen kann und darf. Wie er es verstehen kann, lehrt den (Straf-)Rechtsanwender die juristische Methodenlehre,⁷⁷ wie er es verstehen darf, Art. 103 Abs. 2 GG. Weder hilft es weiter, die damit zusammenhängenden Probleme einfach auswendig zu lernen und abzuhaaken, noch ist es sinnvoll, Scheuklappen anzulegen und sich getreu dem Motto „Augen zu und durch“ auf die Auslegung zu stürzen. Wer Gerechtigkeit verwirklichen will, muss sich an die Spielregeln halten, sie dafür aber auch überhaupt erst kennen können. Nichts anderes gewährleistet Art. 103 Abs. 2 GG. Diese Regeln aber gibt im Rechtsstaat der Gesetzgeber vor. Auch das steht in Art. 103 Abs. 2 GG. Letzten Endes handelt es sich damit quasi um Anfang und Ende des Geltungsbereichs des Strafrechts im Rechtsstaat, oder einfacher, um den Rahmen, an den sich alle zu halten haben. Nicht zuletzt aufgrund der gesteigerten Tätigkeit des BVerfG mag die vage Hoffnung bestehen, dass das künftig auch alle tun.

Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 103 (S. 112 ff.); *Kim* (Fn. 16), S. 133 ff.; *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, passim.

⁷⁷ Z.B. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991; *Rüthers*, Rechtslehre, 5. Aufl. 2010; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006.
