

Peter Lewisch

**VERFASSUNG
und
STRAFRECHT**

Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung

1993

WUV  UNIVERSITÄTSVERLAG

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
1. Teil	
Formelle Anforderungen an Strafgesetze	
I. Zur Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Strafrechts	10
A) System und Interpretation der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung	10
1) Allgemeine Einordnung	10
2) Die Kompetenzverteilung nach dem B-VG	11
3) Das Problem konkurrierender Kompetenzen	12
B) Der Kompetenztatbestand „Strafrechtswesen“	13
1) Kriminalisierungen und Neukriminalisierungen: Strafrechtswesen als Formalkompetenz	13
2) Abgrenzungsfragen: Bewährungshilfe und Strafrechtswesen	16
C) Die Kompetenz der Länder zur Strafgesetzgebung	18
1) Art 15 Abs 9 B-VG	18
2) Zur Entwicklung der Länderkompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts	19
3) Inhalt und Umfang der Strafgesetzgebungskompetenz der Länder nach Art 15 Abs 9 B-VG	21
D) Zum Verhältnis von Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG und Art 15 Abs 9 B-VG	23
1) Allgemeine Charakterisierung	23
2) Derogation und Konkurrenz	23
3) Die Subsidiarität des Landesstrafrechts	25
a) Allgemeines	25
b) Das Erforderlichkeitskriterium	26
c) Die Strafrechtskompetenz der Länder als Durchsetzungskompetenz	28
4) Zur Erforderlichkeit landesstrafrechtlicher Regelungen: Einzelfragen	29
a) Bundesstrafrecht als Verweisungsrecht	29
b) Strafrecht als akzessorisches Schutzrecht	31
c) Akzessorisches Bundesstrafrecht und Gleichheitssatz	32
E) Strafrechtswesen im System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung	33
1) Strafrechtswesen als kompetenzneutrale Gesetzgebungsermächtigung	34
2) Immanente Schranken der Bundesstrafrechtskompetenz?	37
3) Systematische Grenzen der Strafrechtskompetenz des Bundes	39

4) Formenmißbrauch und Torpedierungsverbot in der Judikatur des VfGH	41
a) Formenmißbrauch und Kompetenzanmaßung	41
b) Das kompetenzrechtliche Rücksichtnahmegebot	44
F) Der Einfluß des Landesrechts auf das Bundesstrafrecht	46
1) Materielle Regelungspotentiale der Landesgesetzgebung	46
2) Konflikte zwischen Landesrecht und Bundesstrafrecht	47
3) Gegenläufige Landesgesetzgebungen	50
G) Ergebnis	51
II. Nullum crimen, nulla poena sine lege	53
A) Grundlagen	53
1) Allgemeines	53
2) Zur Ableitung des Grundsatzes „Nullum crimen sine lege“	54
3) Zur Leistungsfähigkeit des Nulla poena Satzes	57
B) Zum Inhalt der Garantien des § 1 Abs 1 StGB	58
1) Allgemeine Bewertung	58
a) Die Strafnorm als ausdrückliches gesetzliches Verhaltensgebot	59
b) Garantietatbestand und Günstigkeitsprinzip	60
c) § 1 StGB als Methodenbeschränkung	62
C) Zum Inhalt des strafrechtlichen Analogieverbots	62
1) Grundsätzliches	62
2) Analogieverbot und Gesetzesbestimmtheit	64
3) Analogie und Wortlautschränke	65
4) Beispiele zur Wortlautgrenze im StGB	70
5) Spezialfragen zur Reichweite des Analogieverbots	74
a) Innertatbestandliche Analogie	74
b) Blankettstrafnormen	76
c) Normative („verweisende“) Begriffe	77
d) Analogieverbot und AT	79
e) Analogieverbot und Begehung durch Unterlassung (§ 2 StGB)	80
f) Analogieverbot und teleologische Reduktion	82
D) Nulla Poena Satz und Verfassung: Eine historische Perspektive... ..	86
1) Geschichtliche Entwicklung.....	86
2) § 1 StGB und die Verfassung	89
III. Die verfassungsrechtliche Absicherung des Nulla Poena Satzes	90
A) Indirekte Absicherungen des Nulla Poena Satzes	90
1) Art 83 Abs 2 B-VG	90
2) Recht auf Eigentum, Recht auf Persönliche Freiheit	95
B) Rückwirkungsverbot und B-VG	96
1) Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz	97

2) Rückwirkungsverbot und Rechtsstaatsprinzip	99
3) Art 7 Abs 2 EMRK und das Rückwirkungsverbot des B-VG ..	100
C) Strafrechtliches Analogieverbot, Gewohnheitsrecht und das B-VG: Gesetzesbindung im Rechtsstaat	101
1) Gesetzmäßigkeit der Vollziehung	101
2) Strafrechtliches Analogieverbot und B-VG	104
a) Allgemeine Überlegungen	104
b) Zur Ableitung eines öffentlich rechtlichen Analogieverbots gegenüber belastenden Eingriffen.....	105
c) Judikatur des VfGH	108
d) Schlußfolgerungen und Ergebnis.....	110
3) Gibt es strafbegründendes Gewohnheitsrecht?	111
D) Verfassungsrechtliche Determinierungen der Gesetzgebung selbst: Das Bestimmtheitsgebot von Strafgesetzen	112
1) Allgemeines.....	112
a) Zugänglichkeit der Norm	112
b) Inhaltliche Vorausbestimmtheit	113
2) Zur Rekonstruktion des verfassungsrechtlichen Gebots der Gesetzesbestimmtheit.....	116
a) Bestimmtheitsgrundsatz und EMRK	116
b) Gesetzesbestimmtheit und Grundprinzipien des B-VG.....	116
aa) Allgemeines	116
bb) Rechtliche Verhaltenssteuerung und Verständlich- keitsgebot	118
cc) Bestimmtheitsgebot und Gerichtsbarkeit.....	119
dd) Differenziertes Bestimmtheitsgebot.....	120
3) Rechtsstaatsprinzip und Strafgesetz.....	122
4) Verfassungsrechtliche Einordnung von Bestimmtheit und Unbestimmtheit	123
a) Allgemeines	123
b) Ermessen und Strafrecht	125
c) Wie bestimmt müssen Strafgesetze sein?	128
d) Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Strafrecht	131
aa) Allgemeines	131
bb) Die Ersatzehlerei nach § 164 Abs 1 Z 4 StGB	133
E) Art 7 EMRK	135
1) Art 7 EMRK und das Rückwirkungsverbot	136
a) Die allgemeine Regel des Art 7 Abs 1 EMRK	136
b) Die Durchbrechung des Rückwirkungsverbots in Art 7 Abs 2 EMRK	139
c) Spezialfragen des Rückwirkungsverbots	141
aa) Anwendungsbereich	141
bb) Rückwirkungsverbot und Schuldgrundsatz.....	142
cc) Rückwirkungsverbot und Rechtsprechungsänderung....	143

2) Art 7 EMRK und das Bestimmtheitsgebot/Analogieverbot	147
a) Ableitung eines umfassenden Legalitätsprinzips in Art 7 EMRK	147
b) Das strafrechtliche Legalitätsprinzip im Lichte der Straßburger Judikatur	149
c) Art 7 EMRK in der Rechtsprechung des VfGH	157
3) Ergebnis	158

2. TEIL

Allgemeine inhaltliche Anforderungen an Strafgesetze

I. Verhaltenskriminalisierung und Gleichheitssatz	160
A) Gleichheit vor dem Gesetz und Gleichheit im Gesetz	162
B) Der Gleichheitssatz als Sachlichkeitsgebot	163
C) Gleichheitssatz und Strafrecht	167
D) Typenstrafrecht, fragmentarischer Charakter und Gleichheitssatz	168
E) Der Sitz der Gleichheitswidrigkeit	170
F) Probleme partiellen Rechtsgüterschutzes	173
G) Analogieverbot und Gleichheitssatz	176
H) Fälle zum Gleichheitssatz im Strafrecht	178
1) § 209 StGB	178
2) Lebensschutz nach Frist?	183
I) Gleichheitssatz und Sanktionenbereich	188
1) Allgemeines	188
2) Zur sachlichen Rechtfertigung von Differenzierungen im Sanktionenbereich	189
a) Unterschiedliche Strafdrohungen im Besonderen Teil	191
b) Zum Verhältnis der §§ 86 (Körperverletzung mit Todesfolge) und 98 2. Alt (Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der Frau mit Todesfolge) StGB	192
II. Verhältnismäßigkeitsgebot und strafrechtliche Pönalisierungen	194
A) Exzeßverbot und Strafrecht	194
1) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Menschenrechtskonvention	196
a) Art 3 EMRK	196
aa) Deutungen in der Lehre	196
bb) Allgemeine Einordnung	198
cc) Art 3 EMRK und das strafrechtliche Proportionalitätsgebot	199
b) Unverhältnismäßige Geldstrafen und Eigentumsschutz	202
2) Bundesverfassungsgesetz und Exzeßverbot	206
a) Zur Verhältnismäßigkeit staatlicher Reaktionsmittel	207
aa) Zum Abgaben- und Gebührenrecht	207
bb) Verfallsbestimmungen im FinStrG, FuttermittelG und	

AußenhandelsG	211
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Tatbestandsprüfung	214
aa) Proportionalitätsgebot und inflexible Sanktionen: zur obligatorisch lebenslangen Haft beim Völkermord (§ 321 StGB)	214
bb) Exzessive Strafrahmen	215
c) Überschießende Sanktionen als unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff	218
d) Verhältnismäßigkeitsprüfung ieS und Verhaltenskrimina- lisierung	219
B) Rechtsstaatliche Schranken der Verhaltenskriminalisierung: zur Verhältnismäßigkeitsprüfung iwS	221
1) Allgemeines	221
2) Strafrechtliche Ansätze	222
3) Verhältnismäßigkeitsprüfung iwS und Pönalisierungs- schranken	225
a) Geeignetheit von Strafgesetzen	225
b) Zur Erforderlichkeit von Strafgesetzen (Subsidiaritäts- prüfung)	227
c) Ergebnis	230
III. Das Schuldprinzip und seine verfassungsrechtliche Verankerung ..	231
A) Das Schuldprinzip	231
1) Allgemeines	231
2) Schuld im StGB	235
B) Deutungen strafrechtlicher Schuld	236
1) Der Inhalt des Schuldvorwurfs im Sinne der traditionellen Auffassung	237
2) Objektive, normative, charakterologische Schuldauffassung .	240
3) Prävention und Schuld - Zum Ansatz von <i>Roxin</i> und <i>Jakobs</i> .	244
4) Eigener Ansatz	249
C) Verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips	256
1) Ausgangslage	257
2) Übermaßverbot und Schuldprinzip	258
3) Verankerung des Schuldprinzips in der EMRK?	261
4) Das Schuldprinzip im B-VG	262
a) Leitbild Schuldstrafrecht	262
b) Schuldprinzip und B-VG	266
aa) Art 91 Abs 2 B-VG	266
bb) Art 142 B-VG	267
5) Schuldstrafrecht und Verfassung	270
6) Schuldprinzip und einfach gesetzliche Vorschriften	273
7) Verfassung und Schuldprinzip iwS	275

IV. Art 6 EMRK und die Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK) .	279
A) Zur Deutung des normativen Gehalts des Art 6 Abs 2 EMRK	279
B) Art 6 Abs 2 EMRK und das faire Strafverfahren	282
C) Art 6 Abs 2 EMRK und das materielle Recht	285
1) Allgemeines	285
2) Meinungsstand und Bewertung	286
D) Das Urteil des EGMR im Fall Salabiaku	290
1) Sachverhalt und rechtliche Beurteilung des EGMR	290
2) Interpretation und Kritik	294
3) Ergebnis	296
E) Allgemeine einfachgesetzliche Konsequenzen	296
F) Probleme von Tatvermutung und vorverlagertem Strafrechts- schutz	298
G) Hehlerei und fahrlässige Hehlerei in Österreich, Deutschland und in der Schweiz	301
H) Beweislastumkehr	303
I) Zur Regelung des Raufhandels in § 91 StGB	305
1) Charakterisierung des § 91	305
2) Verfassungsrechtliche Problematik	308
3) Alternative Deutungsmöglichkeiten	311

3. TEIL

Grundrechte als Pönalisierungsschranken

I. Gesetzesvorbehalte und Strafgesetz	316
A) Die Gesetzesvorbehalte des StGG	318
1) Die Gesetzesvorbehalte des StGG als formelle Vorbehalte	318
2) Kritische Bemerkungen zum formellen Verständnis der Vor- behalte	319
3) Materielle Bindung und Wesensgehaltssperre	321
B) Die materiellen Vorbehalte nach der EMRK	325
1) Allgemeines	325
2) Zur Struktur der Vorbehalte	327
3) Notwendigkeitsprüfung	330
II. Einzelne Fälle und Illustrationen	331
A) Verfassungswidrige Pönalisierung und StGG.....	331
1) Art 14 StGG am Beispiel der Frage der Zulässigkeit des Schächtens	331
2) Zur Deutung des Gesetzesvorbehalts	333
3) Religionsfreiheit und das Verbot des Schächtens	334
a) Die Tierschutzgesetze der Länder	334
b) Tierquälerei (§ 222 StGB)	335
4) Zur Verfassungswidrigkeit des Verbots des Schächtens	337
5) Probleme verfassungskonformer Strafrechtsgewinnung	340

B) Die Pönalisierung einfacher homosexueller Unzucht und Art 8	
EMRK	343
1) Die Fälle Dudgeon und Norris	343
2) Die Argumentation des EGMR	346
a) Formale Aspekte	346
b) Inhaltliche Aspekte	346
3) Auseinandersetzung und Kritik	349
a) Allgemeines	349
b) Moralwidrigkeit und Strafrecht	350
c) Notwendigkeitsprüfung	351
d) Verhältnismäßigkeit ieS (Adäquanz)	354
C) Gewissenskonflikt und Strafrecht	356
1) Allgemeines	356
2) Konkrete Fälle und ihre rechtliche Beurteilung	357
a) Zur strafrechtlichen Einordnung der Gewissensfreiheit in Deutschland	358
b) Zur Lage in Österreich	359
Zusammenfassung	368
Literaturverzeichnis	377