

Fundamente des deutschen Rechts
– zum Verhältnis von Art. 22 GG und § 123 StGB**

I. Einleitung

Kein Zweiter hat die Dogmatik des § 123 StGB in derart prägnanter Weise durchdrungen wie der zu Ehrende.¹ Erst seine Vorarbeiten ermöglichten es, die Bedeutung dieser Fundamentalnorm des deutschen Strafrechts in ihrer ganzen Tragweite zu ermessen.² Es ist nun an der Zeit, den Fokus zu erwei-

* Alexander Koch und Andreas Neumann sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

** Die Verfasser weisen darauf hin, dass es sich bei ca. 40 Prozent der nachfolgenden Fundstellen um Blindzitate handelt. Sie dementieren mit Nachdruck, dass dies den Gepflogenheiten bei juristischen Veröffentlichungen entspricht.

¹ Vgl. u. a. *Celsen*, Klausur in der AG Strafrecht AT, Marburg 1995; *ders.*, 1. Klausur in der Übung im Strafrecht für Anfängerinnen und Anfänger, Marburg 1995; *ders.*, 1. Hausarbeit in der Übung im Strafrecht für Anfängerinnen und Anfänger, Marburg 1995; *ders.*, 2. Klausur in der Übung im Strafrecht für Anfängerinnen und Anfänger, Marburg 1995; *ders.*, 3. Klausur in der Übung im Strafrecht für Anfängerinnen und Anfänger, Marburg 1995; *ders.*, 1. Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, Marburg 1996; *ders.*, 1. Hausarbeit in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, Marburg 1996; *ders.*, 2. Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, Marburg 1996; *ders.*, 3. Klausur in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, Marburg 1996; *ders.*, Examensklausur im Strafrecht, Elnhausen 2001. Darüber hinaus hat der zu Ehrende unermüdlich in diversen Vorträgen, Gesprächen und Diskussionsrunden für seine Thesen betreffs § 123 StGB gestritten.

² Vgl. nur die – trotz inhaltlicher Divergenzen zur Celsen'schen Lehre – verdienstvollen Arbeiten von *Heinen*, NZWehrR 1998, 18; *Heinrich*, JR

tern und die im Gefolge der Celsen'schen Lehre vom Hausfriedensbruch gewonnenen Erkenntnisse um eine öffentlich-rechtliche Perspektive zu ergänzen.

In rechtshistorischer Sicht ist hier zunächst daran zu erinnern, dass schon die Entwicklung des Celsen'schen Gedankengebäudes³ zeitlich mit einem ähnlichen Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht zusammenfiel. Entgegen der bis dahin herrschenden Doktrin, die in Art. 22 GG lediglich eine verfassungsrechtlich überhöhte „Symbolregelung“⁴ ohne relevante normative Aussage⁵ sehen wollte,⁶ wurde nun der Führungscharakter der Norm im grundgesetzlichen Regelungsgefüge erkannt.⁷ Dieses neue Verständnis des Art. 22 GG wurde seitens des verfassungsrechtlichen Schrifttums erfreulich schnell rezipiert⁸ und darf heute als ganz herrschende Meinung bezeichnet werden.

Diese Parallelität ist freilich kein Zufall. Sie ist vielmehr Produkt der von Celsen angestoßenen Renaissance der Rechte,

1997, 89; *Kargl*, JZ 1999, 930; *N. N.*, Grundeigentum 1999, 759. Kritisch anzumerken ist freilich, dass die Vorgenannten zumindest prima vista in den Verdacht der Unwissenschaftlichkeit und Unkollegialität begründender Weise die Arbeiten Celsens weder zitiert noch genannt haben. Bedauerlich auch, dass Celsen selbst in der aktuellen Auflage des StGB-Kommentars von Schönke/Schröder totgeschwiegen wird. Einzig *Schweizer*, GA 1968, 81, folgt inhaltlich uneingeschränkt den Thesen des zu Ehrenden. Die Nichtnennung Celsens ist hier exkulpiert, da dieser zum Zeitpunkt der Abfassung genannter Publikation noch nicht geboren war.

³ Natürlich ist auch ein unfertiger Rohbau als Gebäude anzusehen, vgl. *Holch*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1993, § 94 Rn. 13.

⁴ Vgl. dazu *Klein*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, Heidelberg 1995, § 17 Rn. 17.

⁵ Nach BVerfGE 81, 278 (293), beschränkt sich die normative Aussage des Art. 22 GG auf die „Festlegung der Bundesfarben“.

⁶ Bezeichnend auch die lediglich eine Randnummer umfassende Kommentierung des Art. 22 GG bei *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, München 1997.

⁷ Grundlegend *Koch/Neumann*, in: FS-Celsen, S. 201.

⁸ Dazu ausführlich unten III.

die an der Philipps-Universität zu Marburg ihren Anfang nahm. Dort pflügte der zu Ehrende die geistige Furche, in welche die Verfasser und so viele andere nach ihnen ihren juristischen Samen tropfen ließen und zum Teil noch heute tropfen lassen.⁹ Auf diesem fruchtbaren Boden eine neue Saat aufgehen zu lassen, die das Beste beider Welten – der strafrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen – in sich vereinigt, ist Anliegen dieses Aufsatzes.

II. § 123 StGB als Norm zum Schutz des Rechts

Nach noch herrschender Auffassung soll Schutzgut des § 123 StGB ausschließlich das „Hausrecht als ein Stück lokalisierte Freiheitssphäre“¹⁰ sein.¹¹ Dass diese Auffassung zu kurz greift, hat Celsen in überzeugender Weise und wiederholt dargetan. Es ergibt sich auch ohne weiteres aus dem systematischen Kontext der Norm. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber den Hausfriedensbruch im siebten Abschnitt des Strafgesetzbuches und damit bei den „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ angesiedelt.¹² Mehr noch: So wie Art. 1 GG den Grundrechten vorangestellt wurde,¹³ ist § 123 StGB die erste Vorschrift des siebten Abschnittes und steht damit zu den folgenden Normen in einem ganz besonderen, engen Zusammenhang. Dem Hausfriedensbruch kommt somit eine Programm-

⁹ Vgl. dazu auch *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 257. Auflage, 1994, S. 379, 428 f., einerseits, und S. 722, andererseits.

¹⁰ *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2001, § 123 Rn. 1; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969, S. 332.

¹¹ Ähnlich auch *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 23. Auflage, München 1999, § 123 Rn. 1.

¹² Der Gesetzgeber ist bekanntlich ein Fuchs, vgl. schon *Kurt*, in: Kurt/Gürgen, Arschkrampen – letzter Teil, im WWW abrufbar unter <http://www.bei-gertrud.de/kg/kg_letzt.html>.

¹³ Vgl. dazu *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Tübingen 1996, Art. 1 I Rn. 32; *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied/Kriftel 1999, Art. 1 Rn. 1.

funktion für den gesamten Abschnitt der „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ zu, er ist das tragende Konstitutionsprinzip¹⁴ dieses Abschnittes. Dass die Vorschriften des siebten Abschnittes des Strafgesetzbuches jedenfalls in der Mehrzahl dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienen, ist indes anerkannt.¹⁵ § 123 StGB erfüllt damit zumindest eine Doppelfunktion und dient zugleich dem individuellen als auch dem allgemeinen Interesse. Noch weitergehend wird man jedoch nicht umhin können, als Schutzgut des § 123 StGB ausschließlich die öffentliche Ordnung anzuerkennen, als deren Reflex freilich auch Individualinteressen mitgeschützt sind.¹⁶

Diese dogmatischen Grundsatzüberlegungen werden durch eine empirische Betrachtung der einzelnen Tatbestände des besonderen Teils des Strafgesetzbuches aufs Trefflichste bestätigt. Zwar würde eine Untersuchung des Verhältnisses jedes einzelnen Paragraphen des StGB zu § 123 StGB den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Doch bereits ein kursorischer Überblick verdeutlicht die dem Hausfriedensbruch im System des deutschen Strafrechts zukommende Orientierungsfunktion. So macht sich – unabhängig von dem konkret verwirklichten oder geplanten Delikt – derjenige, der einen Raum mit deliktischem Vorsatz betritt, eines Hausfriedensbruchs schuldig.¹⁷ Etwas anderes könnte freilich hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 123 StGB gelten, wenn der deliktische Entschluss erst nach Betreten des Raumes gefasst wird, verstößt der Betreffende

¹⁴ Begriff nach *Kannengießner* (Fn. 13), Art. 1 Rn. 1.

¹⁵ *Lenckner* (Fn. 10), Vorbem. §§ 123 ff. Rn. 1.

¹⁶ Vgl. zur allgemein anerkannten Parallele der auch eine individualbezogene Schutzrichtung umfassenden „öffentlichen Sicherheit“ im Sinne der polizeirechtlichen Generalklausel(n) z.B. *Friauf*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin/New York 1999, S. 126 m. w. Nachw.

¹⁷ Sog. „Willensverletzungstheorie“, vgl. BGH, StV 1996, 660; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg, 1995, S. 307; *Gassmann*, MDR 1964, 374 (375). Abweichend allerdings die selbst ernannte „herrschende Meinung“, vgl. etwa *Kühl* (Fn. 11), § 123 Rn. 7.

damit zum Zeitpunkt des Betretens dann ja gerade nicht gegen den Willen des am Ausschluss Straftaten planender Personen interessierten Hausrechtsinhabers. Einschlägig ist in einer solchen Konstellation freilich die Variante des § 123 StGB, welche das Verweilen ohne Befugnis pönalisiert.¹⁸ Die Annahme, der Hausrechtsinhaber erlaube dolos handelnden Personen den Aufenthalt in seinem Herrschaftsbereich, erscheint evident realitätsfern.¹⁹ Sie würde auch zu nicht erklärlichen Wertungswidersprüchen im Verhältnis zur Tatbestandsalternative des widerrechtlichen Eindringens führen.

Als problematisch erscheinen bei einer solchen – einzig zutreffenden – Sicht der Dinge nur mehr Straftaten, die nicht in einem „abgeschlossenen Raum“, sondern etwa auf „offener Straße“ geplant oder gar begangen werden. Hier scheint § 123 StGB – freilich nur – auf den ersten Blick nicht einschlägig zu sein. Die damit zu Recht aufgeworfene dogmatische Frage ist vor dem Hintergrund der jüngeren deutschen Geschichte zu sehen. Der Kapitulation vom 7. bis 9. Mai 1945²⁰ in Reims bzw. Berlin folgte bekanntermaßen kein Friedensvertrag zwischen dem Deutschen Reich und den alliierten Siegermächten,

¹⁸ So auch eine im Vordringen befindliche Meinung. A. A. h.M.

¹⁹ Dass dem deutschen Recht ein solcher Grundsatz zu eigen ist, wonach derjenige, der das Gastrecht eines anderen dadurch missbraucht, dass er in dessen Herrschaftsbereich Straftaten plant oder durchführt, wird beispielsweise auf dem Gebiet des Ausländerrechtes durch die in einem solchen Fall anzuordnende und zu vollstreckende Ausweisung manifest, vgl. §§ 67 Abs. 1 Nr. 1, 18 Abs. 2 Nr. 3 AsylVfG sowie §§ 45 Abs. 1, 46 Nr. 2 AuslG. Dass dieser Grundsatz in den genannten Vorschriften zugleich eine Einschränkung – auf bestimmte Straftaten – erfährt, erklärt sich aus der besonderen verfahrensrechtlichen Komponente des Asyl- und Ausländerrechtes, vgl. dazu *Lübbe-Wolff*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 1996, Art. 16a Rn. 104.

²⁰ Das genaue Datum der Kapitulation ist strittig. Zum Teil wird der 8. Mai 1945 genannt, vgl. etwa *Steininger*, Deutsche Geschichte seit 1945, Band 1: 1945-1947, Frankfurt am Main 1996, S. 65 u. 80. Eine andere Auffassung geht hingegen von einer in zwei Teilen am 7. Mai 1945 in Reims gegenüber den westlichen Alliierten und am 9. Mai in Berlin-Karlshorst gegenüber der Sowjetunion erfolgten Kapitulation aus, vgl. z.B. *Deschner* (Gesamtred.), Der zweite Weltkrieg, Gütersloh 1968, S. 624.

sondern vielmehr ein über vierzig Jahre währender Systemkampf zwischen dem eher westlich orientierten Westen und dem anti-westlichen Osten. Dieser Zustand des „kriegerischen Friedens“²¹ führte in der Bürgergesellschaft Westdeutschlands notwendigerweise zur Herausbildung befriedeter privater Besitztümer, wohingegen der öffentliche Raum weiterhin unbefriedet blieb. Jedenfalls mit dem „Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland“ (sog. „2+4-Vertrag“)²² wurde der im Laufe der Jahrzehnte bereits faktisch hergestellte Friedenszustand²³ aber auch völkerrechtlich bestätigt.²⁴ Der öffentliche Raum im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ist damit endgültig als befriedet anzusehen. Angesichts der eindeutigen Besitzlage zu Gunsten des Fiskus (des Bundes, der Länder und der Kommunen) handelt es sich somit auch beim öffentlichen Raum um befriedetes Besitztum i. S. d. § 123 StGB. Sowohl das Betreten des öffentlichen Raumes bei vorhandenem deliktischen Vorsatz als auch das dem Fassen eines solchen Entschlusses nachfolgende Verweilen dortselbst unterfällt somit problemlos § 123 StGB.²⁵

²¹ Aron, *Peace and War*, London 1966, S. 162.

²² Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12.09.1990, BGBl. 1990 II, 1317. Vgl. dazu etwa *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041.

²³ Vgl. dazu ausführlich *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041 (3042) m. w. Nachw.

²⁴ Skeptisch freilich *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041 (3042 f.).

²⁵ Nur prima facie ließe sich dagegen einwenden, dass angesichts des bestehenden Verbotes, mit deliktischem Vorsatz privates Besitztum zu betreten, dem Täter nunmehr Unmögliches abverlangt werde. Bei Lichte betrachtet verbleibt stets die Möglichkeit des Rückzuges auf dem Hausrecht des Betreffenden selbst unterfallendes Besitztum (die Frage, was für Obdachlose zu gelten hat, mag der Klärung durch obdachlose Juristen anheim gestellt bleiben) oder nicht befriedetes privates Besitztum. Vor allem aber mag es der Betreffende unterlassen, überhaupt einen deliktischen Vorsatz zu fassen. Das Recht braucht auch in diesem Falle dem Unrecht nicht zu weichen, vgl. dazu RGSt 21, 170; BGH, JR 1980, 210.

Die Anerkennung des § 123 Abs. 1 StGB als zentrale strafrechtliche Norm zum Schutz des Rechts²⁶ hat freilich auch erhebliche rechtspraktische Konsequenzen, die im vorliegenden Rahmen bedauerlicherweise nur grob umrissen werden können. Ergibt sich die Strafbarkeit bereits mit dem Fassen eines entsprechenden deliktischen Entschlusses, wird die Frage nach der Feststellung des Versuchsbeginns, des „unmittelbaren Ansetzens“ zur Tatbestandsverwirklichung, weithin hinfällig und bleibt, wenn überhaupt, nur noch akademisch interessant.²⁷

Dass damit der Anknüpfungspunkt für die Bejahung strafbaren Verhaltens letztlich im subjektiven Vorstellungsbild der Täters lokalisiert wird, mag auf den ersten Blick bedenklich erscheinen. Dies ist aber nur Ausfluss eines verfehlten Strafrechtsverständnisses. Vielmehr handelt es sich bei der oftmals behaupteten Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen um ein nur vordergründig schlüssiges Konzept, welches auf eine Unrechtsauffassung zurückzuführen ist, die heute in der Sache kaum mehr vertreten wird.²⁸ Das hier entwickelte Hausfriedensbruchsverständnis liegt daher auch auf einer Linie mit aktuellen rechtspolitischen Entwicklungen wie insbesondere der Forderung nach Strafverschärfung im Falle bestimmter politisch-ideologischer Absichten.²⁹ Auch

²⁶ A.A. noch *Schmitt*, DJZ 1934, 945, der in Übereinstimmung mit der damals wohl h.M. annahm, es sei der „Führer“, der das Recht schütze.

²⁷ Jedenfalls für die Klausurpraxis muss es damit genügen, den Tatbestand des § 123 StGB zu prüfen. Einer Prüfung weiterer Tatbestände – etwa des räuberischen Diebstahls, der Körperverletzung oder der Nötigung – bedarf es nicht, vgl. auch *Celsen*, Examensklausur im Strafrecht, Elnhausen 2001.

²⁸ *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin usw. 1998, § 7 Rn. 22.

²⁹ Vgl. dazu z.B. den Artikel „Schröder: Volle Härte des Gesetzes gegen Rechtsradikale“, Berliner Zeitung vom 17.03.2000, sowie den Artikel „CSU: Staat darf nicht vor Chaoten kapitulieren“, Berliner Zeitung vom 02.05.2001. Vgl. allgemein zur Problematik unter verfassungs-, verwaltungs-, straf- und zivilrechtlichen Gesichtspunkten: *von Münch*, NJW 2001, 728. Speziell zu strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf rassistisch motivierte Gewaltdelikte: *Tolmein*, ZRP 2001, 315.

hier zeigt sich, dass der zu Ehrende mit seinem Strafrechtsverständnis seiner Zeit weit voraus war.

III. Der verfassungskonstituierende Charakter des Art. 22 GG

Wissenschaftlich bereits weitgehend abgesichert ist hingegen die exponierte und verfassungskonstituierende Stellung des Art. 22 GG im Gefüge des Grundgesetzes.³⁰ Die Argumente, die im wegweisenden Aufsatz von Koch/Neumann³¹ vorgebracht und in der Folge erfreulich schnell von der Kommentarliteratur rezipiert wurden,³² sollen an dieser Stelle nicht im Einzelnen wiederholt werden. Stattdessen sei für die weitere Ausleuchtung des verfassungsrechtsdogmatischen Hintergrundes nur ergänzend darauf hingewiesen, dass Art. 22 GG bereits angesichts der sich auf gerade einmal vier bis sechs Worte beschränkenden präzisen Formulierung³³ den Gesetzesziel- und -zweckbestimmungen³⁴ zuzuordnen ist. Selbst Art. 1 Abs. 1 GG, der von der früher herrschenden Meinung als konkretisierungsbedürftige Wurzel des Grundrechtsschutzes gesehen wurde,³⁵ wirkt im Vergleich überfrachtet. Dass Art. 22 GG über seinen – freilich nur vermeintlich – engen Wortlaut hinaus verallgemeinerungsfähig ist, ist daher zu Recht anerkannt.³⁶

³⁰ Vgl. dazu grundlegend Koch/Neumann (Fn. 7).

³¹ Koch/Neumann (Fn. 7). Zum Sinn und Unsinn von Fußnoten vgl. Schwanz, Bildung, Frankfurt am Main 1999, S. 360 f. Fn. 1.

³² Vgl. dazu bereits oben. Die früher gelegentlich artikulierte Forderung, die Bundesflagge durch den 17. Juni 1953 zu ersetzen – vgl. Klein (Fn. 4), § 17 Rn. 11 – ist mittlerweile zu Recht verstummt.

³³ Wieland, in: Dreier (Fn. 13), Art. 22 Rn. 15, bezeichnet dies etwas abwertend als „lakonische Kürze“.

³⁴ Vgl. etwa § 1 EnWG, § 1 KrW-/AbfG, § 1 KWKG, § 1 MPG, § 1 PostG, § 1 TDG, § 1 TKG.

³⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 6), Art. 1 Rn. 3. Vgl. weiterhin Frottscher, ZUM 2001, 555.

³⁶ Vgl. Claasen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, München 2000, Art. 22 Rn. 5; Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lo-

Auch nimmt es vor diesem Hintergrund nicht wunder, dass Art. 22 GG in einer gewissen Nähe zur Präambel des Grundgesetzes sowie zu den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien des Art. 20 Abs. 1–3 GG gesehen wird.³⁷

Es kann somit als gesicherter Stand der Verfassungsdogmatik angesehen werden, dass Art. 22 GG die grundlegenden Werte der Bundesrepublik Deutschland, Freiheit, Einheit und Demokratie, verkörpert.³⁸ Er trägt überdies dazu bei, den Staat erleben zu können³⁹ und symbolisiert zugleich die Tradition, in die Deutschland sich ungeachtet aller Brechungen und Katastrophen seiner Geschichte bewusst selbst gestellt hat.⁴⁰ Die Vorschrift hat entscheidend zur Wiederherstellung der deutschen Einheit und damit zur Beendigung des Ost-West-Konfliktes in Europa beigetragen.⁴¹ Sie erfüllt zugleich eine

seblattsammlung, Art. 22 Rn. 16; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (1966), Art. 22 Rn. 6; *Wieland* (Fn. 33), Art. 22 Rn. 14.

³⁷ *Wieland* (Fn. 33), Art. 22 Rn. 20.

³⁸ *Rautenberg*, NJW 2001, 1984. Ähnlich auch *Wieland* (Fn. 33), Art. 22 Rn. 14. In historischer Perspektive ist erwähnenswert, dass die schwarz-rot-goldene Flagge ab dem Jahre 1815 der im Entstehen befindlichen Burschenschaftsbewegung als Symbol diente, vgl. *Claasen* (Fn. 36), Art. 22 Rn. 3; *Friedel*, Deutsche Staatssymbole, 1968, S. 24 ff.; *Wieland* (Fn. 33), Art. 22 Rn. 1. Der Zusammenhang zum erwachenden nationalen Bierkonsumsbewusstsein ist evident. Umstritten ist allerdings, ob es die Burschenschaften waren, die sich erstmals der Farben Schwarz, Rot und Gold bedienten, oder ob diese Farbkombination auf die Lützowschen *Jäger* (sic!) zurückgeht, vgl. *Brockmeyer*, in *Schmidt-Bleibtreu/Klein* (Fn. 13), Art. 22 Rn. 4

³⁹ *Claasen* (Fn. 36), Art. 22 Rn. 1; *Schramm*, Herrschaftszeichen und Staatssymbolik, Band 3, 1956, S. 1063. A.A. *Klein* (Fn. 4), § 17 Rn. 1.

⁴⁰ *Wieland* (Fn. 33), Art. 22 Rn. 1. Selbst in Deutschlands schwärzester Stunde nach der Niederlage gegen England im Weltmeisterschaftsfinale 1966 im Londoner Wembley-Stadion wurde das deutsche Staatsselbstverständnis nicht nachhaltig in Frage gestellt. Immerhin war man 1954 Weltmeister geworden.

⁴¹ Vgl. dazu die Ausführungen bei *Rautenberg*, NJW 2001, 1984. Nicht verschwiegen werden soll in diesem Zusammenhang freilich, dass damit der Verlust eines als Wetteinsatz geschuldeten Kasten edelsten Gerstengebräus bei einem der Verf. untrennbar verknüpft ist.

dauerhafte Integrationsfunktion gegenüber den auseinanderstrebenden Kräften des deutschen Nationalstaates.⁴² Ihr kommt unmittelbare normative Wirkung zu.⁴³ Nur im Rahmen eines Exkurses sei schließlich darauf hingewiesen, dass die in der Literatur umstrittene Frage, ob Art. 22 GG auch völkerrechtliche Wirkung entfaltet,⁴⁴ vor der dargelegten Bedeutung dieser Verfassungsnorm nur bejaht werden kann und der genannte Streit hiermit als beendet anzusehen ist.

*IV. § 123 StGB als einfachgesetzlicher
Transmissionsriemen für das in Art. 22 GG
verankerte Staats- und
Gesellschaftskonstitutionsprinzip unter Verhaltens-
und Sanktionsnormaspekten*

Anerkanntermaßen soll Art. 22 GG das Entstehen und Fortbestehen einer Wechselbeziehung zwischen Staat und Bürger fördern.⁴⁵ Nach Art. 1 Abs. 2 GG bilden die Menschenrechte (in ihrer Gesamtheit) die „Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“. Dies gilt natürlich erst recht für Art. 22 GG, der in den einzelnen Menschenrechten sowie den von Art. 1 Abs. 2 GG nicht angesprochenen Bürgerrechten lediglich eine Konkretisierung erfährt. Art. 22 GG ist damit mehr als nur eine an den Staat gerichtete Verpflichtung, die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Verwirklichung seines normativen Gehaltes zu schaffen. Die Vorschrift stellt vielmehr schon aus sich heraus konkrete Verhaltensanforderungen an das Individuum als Träger und Glied der Gemeinschaft.

⁴² Brockmeyer (Fn. 38), Art. 22 Rn. 2.

⁴³ Klein (Fn. 4), § 17 Rn. 7.

⁴⁴ Dagegen: Hoog, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, München 1995, Art. 22 Rn. 3; Klein, in: Bonner Kommentar, Art. 22 Rn. 3. Zu Recht a.A. Bothe, in: AK-GG, Art. 22 Rn. 15; Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 36), Art. 22 Rn. 2; Wieland (Fn. 33), Art. 22 Rn. 9.

⁴⁵ Classen (Fn. 36), Art. 22 Rn. 1.

Natürlich besteht die Verhaltensanforderung an den Normadressaten nicht darin, sich schwarz-rot-gold zu verhalten. Abzustellen ist vielmehr auf den oben entwickelten Regelungsgehalt des Art. 22 GG. Der Einzelne hat sich danach so zu verhalten, wie es ein Zusammenleben in Freiheit, Einheit und Demokratie erfordert, wie es vor dem geschichtlichen Hintergrund der Bundesrepublik Deutschland und angesichts des fortschreitenden Prozesses der europäischen Integration⁴⁶ geboten ist. Die Quintessenz des Art. 22 GG ist mithin, das Recht als solches zu achten, ist es doch gerade die Herrschaft des Rechtes, welche die oben genannte Qualität des menschlichen Zusammenlebens ermöglicht und dauerhaft garantiert.

Dieses Gebot gilt selbstredend auch für den Gesetzgeber, der sich insoweit an den – freilich seinerseits im Lichte des Art. 22 GG auszulegenden – Nullum-crimen-Satz des Art. 103 Abs. 2 GG gebunden sieht. So ist es dem Staat zwar unbenommen, die den Einzelnen treffenden Verhaltensanforderungen des Art. 22 GG auf verwaltungs-, namentlich polizeirechtlichem Wege durchzusetzen, eine Strafbewehrung solcher Verhaltensnormverstöße erfordert indes vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund eine ausdrückliche Strafbestimmung als dieser Verhaltensnorm zugeordnete Sanktionsnorm.⁴⁷

Die daher erforderliche einfachgesetzliche Transformierung erfolgt nur in eng umgrenzten Teilbereichen durch die einzelnen Tatbestände des besonderen Teils des StGB sowie durch den wie ein Krebsgeschwür im Organismus des deutschen Rechts wuchernden Bereich des Nebenstrafrechts. Lediglich § 123 StGB, die Norm zum strafrechtlichen Schutz des Rechtes,⁴⁸ wird dem Verfassungsauftrag des Art. 22 GG gerecht. Sie

⁴⁶ Vgl. dazu *Koenig*, EuZW 1998, 513; *ders.*, EWS Heft 7/1999, Editorial.

⁴⁷ Ausführlich zum Verhältnis von Verhaltens- und Sanktionsnorm: *Freund* (Fn. 20), § 1 Rn. 9 ff.

⁴⁸ Siehe oben (S. 107).

ist mithin der einfachgesetzliche Transmissionsriemen⁴⁹ für das in Art. 22 GG verankerte Staats- und Gesellschaftskonstitutionsprinzip.

V. Fazit

Die Neuentdeckung des § 123 StGB als Zentralnorm des Strafrechtes durch den zu Ehrenden erweist sich somit auch als verfassungsrechtlicher Glücksgriff. Die Celsen'sche Dogmatik bahnt letzten Endes nicht nur einen Weg durch den strafrechtlichen Paragrafenschungel. Sie ermöglicht vielmehr seine dogmatische Abholzung, ja, eine rechtspolitische Brandrodung dieses dichtgewachsenen Vorschriftenwaldes. Aus seiner Asche erhebt sich – dem mythischen Vogel Phönix gleich – § 123 StGB.

De lege ferenda wird daher darüber nachzudenken sein, sämtliche Strafvorschriften mit Ausnahme des § 123 StGB abzuschaffen. Damit würde nicht nur der Normappell gegenüber dem Bürger, welchem das gegenwärtige Strafrecht in weiten Teilen gänzlich unbekannt sein dürfte,⁵⁰ transparenter gemacht.⁵¹ Auch die Juristenausbildung, deren Länge regelmäßig beklagt wird,⁵² ließe sich auf diesem Wege verkürzen.⁵³

⁴⁹ Zum Begriff: *Fabritius*, ZParl 1976, 448; *Rudzio*, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Opladen 1991, S. 303.

⁵⁰ Man denke nur an die strafbare Kennzeichenverletzung nach § 143 MarkenG, das Verursachen von Lärm, Erschütterungen und nichtionisierenden Strahlen nach § 325a StGB, die Strafvorschriften des §§ 48 f. WeinG oder die freilich auch (zumindest abstrakt) dem Schutz der Verfasser dienende und die Gefährdung einer Entziehungskur unter Strafe stellende Vorschrift des § 323b StGB.

⁵¹ Vgl. zu dieser Problematik unter dem Blinkwinkel des § 17 StGB auch *Neumann*, JuS 1993, 793.

⁵² Vgl. etwa *Goll*, ZRP 2000, 38 (39).

⁵³ Natürlich wären angesichts des heute schon umfassenden Charakters des § 123 StGB die materiell-rechtlichen Änderungen gering. Es entfielen jedoch die nicht gebotene und zeitraubende Beschäftigung mit der ausufernden Dogmatik zu den anderen – überflüssigen – Paragrafen.

Vor allem aber würde nur so dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 22 GG Rechnung getragen, das Recht auch im Verhältnis der Privatrechtssubjekte untereinander zu schützen. Freilich wäre in diesem Zusammenhang eine Flexibilisierung des in § 123 StGB eröffneten Strafrahmens wünschenswert und ggf. sogar geboten. Dabei handelt es sich allerdings nur um eine Entwicklung, die gegenwärtig im Bereich der Rauschatat rechtspolitisch ohnehin antizipiert wird,⁵⁴ ohne dass sie *dort* verfassungsrechtlich zulässig oder gar geboten wäre.

Unzweifelhaft stimmt jedenfalls, was Celsen nicht müde wird zu predigen: „Aus Sch...⁵⁵ kann man kein Gold machen.“⁵⁶ Für eine juristische Theorie reicht es indes allemal.

⁵⁴ Vgl. dazu kritisch *Freund/Renzikowski*, ZRP 1999, 497.

⁵⁵ Der für seine farbenfrohen Metaphern bekannte Poet Celsen verwendet hier einen ausscheidungsumschreibenden Begriff, von dessen vollständiger Wiedergabe vorliegend aus geschmacksmusterrechtlichen Gründen bedauerlicherweise abgesehen werden muss. Vgl. zur Technik der partiellen Begriffscamouflage in einem ähnlichen Kontext bereits *Goethe*, Götz von Berlichingen, Frankfurt am Main 1773, 3. Akt, 17. Aufzug, wo es in zahlreichen gedruckten Ausgaben heißt: „Er aber, sag’s ihm, er kann mich im A... lecken.“ Einer vergleichbaren Beschränkung nicht unterlegen sieht sich *Schwanitz* (Fn. 31), S. 172, und ihm folgend *Rautenberg*, NJW 2001, 1984.

⁵⁶ Ähnlich auch Hans Meyer zu der von ihm trainierten Borussia Mönchengladbach, zitiert nach DER SPIEGEL, Heft 30/2001, S. 96 (97).