

독일의 부수형법

한스 하이너 쿨네* / 김성은(역)**

국 | 문 | 요 | 약

독일의 부수형법은 일반적으로 형법전 속에 수용되지 않은 모든 형사법을 지칭하는 개념이다. 보통은 행위의 도덕적, 사회정치적 반가치성이 더 명백할수록 핵심형법 속에 편성되고, 질서정책상의 이유로 행위를 금지하는 경우에는 부수형법으로 자리 잡게 되는 경향이 있다. 최근에는 형법과 부수형법의 구분에서 벗어난 독립된 형태의 법률이 존재하기도 하고, 법정정책 의식의 변화로 인해 부수형법규범이 형법전 속에 편입되는 경우도 있다.

독일의 부수형법은 일반적으로 다음과 같은 근본적인 문제점을 가진다. 우선 부수형법상의 행위는 대부분 실질적 불법관련성이 약화되어 있어 형사불법으로서 정당화되기 어렵다는 문제가 있다. 또한 위험범 형태로 구성되어 법익에 대한 구체적 또는 추상적 위험성만으로 처벌하므로 불법비난의 시기도 그만큼 앞당겨져 있다. 뿐만 아니라 부수형법에서는 지시참조 등의 입법기술이 과도하게 사용되어 규범의 명확성도 극히 약화되어 있다.

전체적으로 볼 때 독일의 부수형법은 어떠한 종류의 바람직한 기능도 수행하지 못한 채 확대·남용되고 있다. 따라서 근본적이고, 전면적인 개정이 시급해 보인다. 이와 관련해서 우선 부수형법의 광범위한 폐지 및 대체방안을 모색하는 것이 필요하고, 형법보다는 행정법적 또는 민사법적 제재가능성이 우선적으로 고려되어야 한다. 또한 지시참조 등의 입법기술은 필요한 한도 내에서 가능한 한 제한적으로 사용되어야 한다. 나아가, 부수형법적 금지의 필요성과 관련하여 입법적 논증의무를 부과하고, 검증기준을 발전시키는 것도 고려해 볼 만하다.

❖ 주제어 : 부수형법, 행정불복종, 형사불법, 불법비난의 앞당김, 명확성원칙, 지시참조기술

I. 부수형법의 개념

부수형법은 공식적인 용어가 아니다. 오히려 이것은 형법전 속에 수용되지 않은 모든 형사법을 자유로이 설명하는 개념이다. 그럼에도 불구하고, 또 바로 그런 이유로 해서 부수형법이라는 개념에 대해서는 설명이 필요하다.

우선 모든 부수형법은 “실질적” 형법에 속한다. 따라서 형법의 중대한 반가치판단이 행해지고, 제재들은 공식적 의미에서 형벌이다¹⁾.

그러나 부수형법은 형식상으로는 형법전의 일부가 아니기 때문에, 적용조건을 설명하는 총칙규정들이 없다. 말하자면 독일 형법의 적용범위, 부작위범, 미수의 가벌성, 정범과 공범, 착오론, 위법성조각사유 및 면책사유와 같은 것이 존재하지 않는다. 그런데 이러한 규정들이 없다면 형법 각칙의 구성요건들은 적용될 수 없다. 따라서 일반적으로 인정되는 점은 형법전의 총칙규정들은 원칙적으로 형사법 전체에 적용된다는 것이다.

앞서 언급했듯이 형법전 속에 수용되지 않은 모든 형법은 부수형법으로 불린다. 물론 형법전 수용에 대한 공식적인 규칙이 존재하는 것은 아니다. 우리는 왜 형법이 형법전 밖에 자리잡게 되고, 또 어떻게 해서 몇몇 경우에는 차후에 형법전에 편입되게 되었는지에 대한 역사적 상황들을 제시하고, 분석할 수 있을 뿐이다.

단지 역사적으로만 보자면, 1872년 독일제국이 성립된 이후 독일에는 주요 제국법률들 중의 하나로서 우선 1873년에 제정된 형법전만이 존재하였다. 당시에는 다른 종류의 형법의 필요성은 아직 대두되지 않았다. 당시에 인식되었던 세분화 필요성은 잘 알려져 있다시피 경죄(Vergehen)와 중죄(Verbrechen)로 구분²⁾되는 범죄들 외에도 위경죄(違警罪, Übertretungen)를 형법전에 추가하는 것으로 해결하였다. 형법전 외부에 또 다른 구성요건들을 만들어 배치해야 할 필요성은 나중에 비로소 생겨났다.

그 후 부수형법의 발전과정에서는 새로이 제정되는 규범들이 형법전 속에 편성되

1) 칠기도요 도식원비 제503 제503의 피수원 제403 칠기도요 비구원 제403 구의 제31원 구의

어야 할 것인지, 아니면 부수형법 규정으로서 독자적으로 자신의 자리를 잡아야 할 것인지 여부는 법정정책적 평가와 우연의 혼합물이었다. 우리는 여기서 법정정책적 고려로서 항상 반가치내용에 대한 평가가 핵심적 역할을 했다는 데서 출발할 수 있다. 도덕적, 사회정치적 반가치성이 더 명백할수록 핵심형법 속으로 편성하는 것이 더욱 고려되었다. 그에 반해 특별한 질서정책적 이유로 형벌이 부과되었던 복합적 사안의 경우에는 이것을 부수형법 속에 놓아둘 개연성이 큰데, 왜냐하면 처벌의 필요성은 특별한 정황을 잘 아는 사람들에게만 이해될 수 있었기 때문이다. 부수형법으로 두르는 경향은 경찰의 질서행정에서, 그리고 - 특히 오늘날 - 경제적 행위를 규제하는 다양한 규정들에서도 자주 찾아볼 수 있다.

분명한 것은 아니지만 이러한 평가에는 아마도 다분히 19세기까지 중점적으로 논의되었고, 오늘날도 여전히 언급되는 형법의 두 가지 기본 카테고리, 이른바 자연범(*mala per se* 그 자체 위해범)과 법정범(*delicta mere prohibita* 단지 금지된 행위)³⁾이 고려되고 있다. 말하자면 자연범은 모든 사회와 모든 시대에 비난을 받는 것으로서 반드시 형사처벌되어야 하는 자연적 불법을 나타낸다. 이에 반해 법정범은 그와 같이 심한 도덕적 반가치에 이르지 않는지만 사회질서를 매우 위태롭게 하는 것으로서, 꼭 필요한 것은 아니나 형법 속으로 편입시킬 수도 있는 행동방식들을 나타낸다.

오늘날도 여전히 이용되는 이러한 구분은 감정적으로 공감할 수 있어 사람들 마음에 들지도 모른다. 하지만 법적으로는 정밀한 구분이 아니다. 잠재적으로만 형법상 불법인 것과 근본적으로 비난할 만한 것 사이의 구분에 대해 실제로는 의견이 일치되어 있지 않다. 따라서 반가치적 행동에 대한 거의 임의적인 설명을 정당화하기 위해 철학적으로 위장된 논증이 행해진다고 말할 수 있다.

또한 예전에는 부수형법의 규범이었던 것이 법정정책적 의식의 변화로 인해 형법전 속에 편입된 일련의 예들도 있다.

예컨대 환경형법은 다양한 법원(法源)들을 가지고 있었으나, 1980년 7월 1일의

3) 형법에서 “*Mala Prohibita*”와 “*Mala in se*” 간의 구분에 대해서는 *Columbia Law Review*, Vol. 30, No. 1 (Jan. 1920) 74, 86면 참조. 그리고 *Grundgesetze des Strafrechts*, 1. Aufl. (1921) 111면 참조.

18차 형법개정⁴⁾에 의해 형법 제29장 제324조 이하로 편입되었다. 환경보호논의의 정책적 의미가 점점 커짐으로써, 이에 상응하는 형법적 보호규정들이 전반적으로⁵⁾ 통합되어 형법전 속에서 서로 연관된 규정들로 분명하게 모습을 드러내었다. 이에 대한 또 다른 예는 파산법과 경쟁보호법 등이다.

최근에는 모든 유럽연합 국가들에서 형법과 부수형법의 구분에서 벗어나는 새로운 부분형법(Teilstrafrecht)이 만들어졌다. 독일에서는 국제형사재판소 설립에 관한 로마규약에 기초하여 제정된 국제형법전(VStGB)이 문제된다.⁶⁾

국제형법전은 오직 그 명칭으로 인해 부수형법에 속하지 않는 유일한 형법이다. 다른 한편으로는 바로 이러한 명칭으로 독일 형법사에서 최초로 현행 형법전과 더불어 – 추가사항이 갖추어져 있으나 – 역시 형법전이라고 불리는 또 하나의 법률이 존재하게 되는 새로운 상황에 이르게 되었다.

그에 반해 소년법은 형법(전)과 부수형법 어디에도 속하지 않는다. 미성년 범죄자에 대해서는 형법의 특별법률인 소년법원법(JGG)이 존재하기는 한다. 그러나 이 법률에는 실질적인 형법적 구성요건들은 제시되어 있지 않다. 소년법원법은 소년형사 절차상 제재와 관련된 몇 개의 절차법적인 특별사항들만을 규율한다.

II. 부수형법의 근본문제

독일뿐만 아니라, 거의 세계 어디서나 부수형법은 최소한 세 가지 근본문제를 가져온다. 반가치내용의 평가문제, 불법비난의 앞당김 문제, 명확성원칙이 바로 그것이다.

4) 연방의회보고서, 8/2382, 9면 이하.

5) 완전하고 독자적인 환경형법을 만들려는 시도는, 너무나 방대하고 복잡하다는 것이 밝혀져서 포기되었다. B. v. d. JG, 1999, 101면; N. v. d. JG, 1997, 998면. 최근, 평판이 일관되는 환경

1. 형사불법의 평가

많은 영역에서 부수형법은 그 자체로는 어떠한 반가치성도 갖지 않는 행위지만, 입법자가 단순히 질서정책상의 이유로 달리 행동할 것을 지시했다는 점 때문에 반가치성을 갖게 되는 그런 행위와 관계가 있다. 따라서 여기서는 단순한 행정불복종이 문제되고 있는데, 이것은 행정규정을 준수함으로써 삶이 더 예견가능하고, 덜 위험해질 수 있는 한에서만 실질적 불법과 관련을 맺는다. 이러한 형식적 질서의 형법적 보호에 대해서는 지금까지 최종적인 정당화가 이루어지지 않았다. 특히 이것은 예외 없이 동의되는 형법의 최후수단성 원칙이 고려된 까닭이다.

유럽연합 국가에서는 그러한 종류의 질서규정들이 거의 참을 수 없을 정도로 점점 더 빈번하게 제정되어, 이러한 실질적 문제를 양적으로도 어렵게 만든다.

2. 불법비난의 앞당김

방금 다룬 문제, 즉 부수형법의 구성요건들에 납득할 만하게 반가치를 지정하는 문제는 부수형법에서 점점 더 위험범을 사용하는 경향과 직접적인 관련이 있다. 구성요건해당성이 있는 행위는 더 이상 실질적인 불법이 아니라 결국 가치중립적인 행위를 나타내게 되는데, 이 행위는 단순히 질서규정에서 벗어나는 것이므로 그저 구체적 또는 추상적으로 법익을 위태롭게 하거나 또는 이러한 가능성만을 가질 뿐이다. 이 행위들에서 문제되는 것은 위험에 대한 사전대비이다. 이것은 원래 경찰법적으로 고려되는 것인데, 여기서는 형법적으로 적용되고 있다. 경제거래상의 행동방식들은 공동체의 위태화를 저지해야 하는 보전의무 및 사전대비의무에 종속되어 있다. 이러한 예방-경찰적 의무들 중 많은 것은 이를 위반하거나 침해할 경우 가벌적 불법으로 인정되는 계기가 되는데, 여기서 입법자는 어느 정도로 실질적, 형법적으로 중대한 불법이 존재하는지에 대해 납득할 만한 설명을 하지 않고 있다.

이것은 형법의 효력영역이 일반적으로 평가절하되는 것을 전제하는데, 형법은 형벌

제 형법은 전체적인 면에서 잘 이해할 수 없게 되고, 존중심도 별로 일으키지 않는다. 제재의 이유는 완전히 이해되지 않으면서 제재에 대한 두려움만 남게 된다. 이렇게 해서 민주주의적 법치국가와는 별로 관계가 없는 봉건적 형법이 되어 버린다.

게다가 다수의 부수형법상 범죄들에서는 많은 양의 문서작성의무가 국민들에게 부과된다. 이것이 질서법에서는 여전히 허용될 수 있다 하더라도, 유럽인권조약 제6조 제2항의 무죄추정의 원칙으로부터 파생하는 자기부죄강요금지의 원칙으로부터 의심이 일어난다. 광범위한 문서작성의무와 보고의무들로 이 원칙에 따른 보장이 제거되는데, 왜냐하면 형법적으로 중요한 행위의 경우라면 의무자는 어쨌든 이러한 형사범죄를 문서로써 작성할 의무가 있을 것이고, 불완전한 문서작성으로 인해 이미 위험범구성요건으로 형사처벌될 것이기 때문이다.

3. 명확성원칙

형법은 국가의 가장 강력한 무기로서 범죄자에 대한 개인적 책임귀속을 정당화하기 위해서는 가능한 한 명확하게 규정되어야 한다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 그러므로 세계 어디서나 형법에 대해 규범텍스트의 명확성과 이해가능성에 대한 특별한 요청들이 제기된다. 그러나 부수형법에서는 이러한 것이 거의 존재하지 않는데, 왜냐하면 여기서는 여러 단계의 지시참조 기술(Verweisung)을 사용하여 형벌규범들이 극히 복잡한 방식으로 구성되기 때문이다. 이와 관련해서는 유동적인 백지위임지시기술(Blankettverweisung)은 형법영역에서 특히 비난받으며 허용되지 않고 있는데, 여기서는 특정규범이 지시되는 것이 아니라 매번 가장 최근 형태의 규범이 지시된다. 그럼에도 불구하고 독일에서는 이 점을 제대로 다루는 상급법원 판결은 아직 존재하지 않는다.

규범이 여러 단계의 지시를 거쳐 비로소 구성되는 것이 이미 명확성요청에 반한다고 본다면, 이러한 형벌규범들을 초기에 찾아내는 어려움도 명확성요청의 측면에서 또 하나의 결함이다. 부수형법적 규범들은 일반적으로 극히 다양한 법률들과 연결된

사람에게는 이것이 거의 불가능하다. 그러나 부수형법은 전문성을 기초로 단지 자신들에게만 적용되는 규범도 알고 있어야 하는 그런 직업적 전문가를 대상으로 한다는 반론이 제기되기는 한다. 그러나 특히 유럽연합측의 권유로 제정된 규범들에서 볼 수 있듯이, 항상 과도하게 많은 세부규정들이 제시되어 있다면, 이것은 완전히 비현실적인 가정이 된다. 변호사의 자문을 받아 비로소 형법으로 인지할 수 있는 그런 형법은 명확성요청을 현저하게 위반한다.

III. 요약과 전망

독일 부수형법은 퍼져나가는 암종양에 비유할 수 있다. 어떠한 종류의 바람직한 기능도 찾아볼 수 없다. 오히려 긴급하게 개정할 필요가 있는 것으로 진단된다. 현존하는 부수형법에는 어떠한 체계도 존재하지 않기 때문에, 체계적인 통합은 가능해 보이지 않는다.

전혀 불만족스러운 이런 상황을 개선하기 위해서는 먼저 입법기술상 2단계까지만 지시기술을 사용하고, 그 이상의 단계는 모두 제외해야 할 것이다. 입법자가 구성요건을 기술함에 있어 우선 첫 번째 단계에서는 법률의 다른 곳에 기술된 의무들을 지시하고, 두 번째 단계에서는 일정한 내용목록 등을 법규명령을 이용해 기술하는 부칙들을 지시한다면, 이것으로 충분하다고 해야 한다. 형법적 규율의 그러한 제한된 단계구조는 부수형법의 근본적인 내용적 복잡성을 고려할 뿐만 아니라, 수범자인 국민의 인지가능성도 보장해준다.

유동적인 지시기술은 원칙적으로는 사용되면 안되는데, 왜냐하면 이것으로 특히 입법자의 통제나 인식범위를 넘어서는 구성요건변경이 가능해지기 때문이다. 유동적인 지시기술을 통해서만 명확성요청도 충족되지 못한다.

내용상으로도 재고될 필요가 있다. 형벌규범들을 질서법 규정들에 거의 자동적으로 덧붙이는 것은 그만두어야 한다. 형법적 금지의 필요성을 검증할 수 있는 기준들

나 형법적 제재가 필요하다고 주장하기만 하던 지금까지의 방식으로서는 전혀 충분하지 않다. 이와 관련하여 특히 행정법적 제재 외에도 민사법적 제재가 각 형법규범들의 기능을 넘겨받을 수 없을 것인지 검토되어야 한다. 이러한 영역에서는 오히려 민사법적인 위험책임구성요건들이 형법구성요건들보다 더 잘 기능한다.

게다가 부수형법에서는 거의 통제범죄만이 문제된다는 사실을 고려하면, 두 가지 문제가 제기된다. 다양한 작위의무와 부작위의무는 모두 행정기술적으로, 그리고 질서법적으로 국가가 수행하는 통제 아래 놓인다. 옥상옥과도 같은 형법의 추가적 통제는 어떤 의미 있는 추가(적) 기능을 가지는가? 여기서는 무의미한 과잉규제라는 의심이 밀려든다.

그리고 여기에 덧붙여 다음과 같은 점을 지적할 수 있다. 부수형법의 규정들은 극히 전문적인 주제를 다루고 그로 인해 피해발생을 인식하기도 어렵기 때문에,⁷⁾ 형사소추기관들은 독자적 수사, 즉 전문가들만이 수행할 수 있는 특수수사에 의존한다. 이러한 전문문제들에 전념하는 특별검사들은 단지 한정된 범위에서만 존재하므로, 부수형법상의 수사는 원칙적으로 매우 선택적이고, 기소법정주의와 평등원칙의 관점에서 불만족스럽다. 따라서 이러한 영역들에서 나타나는 근본적인 집행결함에 대해 입법자가 깊이 생각해보아야 할 점은 집행되지 않는 부수형법이 매우 많다는 사실이 부수형법을 광범위하게 폐지하거나 최소한 감소시키는 충분한 이유가 되는 것은 아닌지 하는 것이다. 핵심형법과 마찬가지로 부수형법에서도 집행결함은 형법의 권위를 추락시킨다.

독일 부수형법의 전체적 개정은 늦어지고 있다. 부수형법의 근본적인 개정에 대한 희망이라도 갖게 할 수 있는 그 어떤 정책적 혹은 학문적 조짐 역시 찾아볼 수 없다. 부수형법 분야는 그 중요한 의미와 거대한 규모에도 불구하고 새로 제정되는 규정들을 위해 남용될 뿐만 아니라, 법정책적으로도 무시되고 있다.

Nebenstrafrecht

Hans-Heiner Kühne*

I. Terminologisches

Der Begriff des Nebenstrafrechts ist kein formeller Terminus. Er beschreibt vielmehr in einer freien Weise alles Strafrecht, welches nicht im zentralen Kodex, dem StGB, aufgenommen worden ist. Gleichwohl und gerade deshalb bedarf der Begriff der Erläuterung.

Zunächst einmal ist alles Nebenstrafrecht “echtes” Strafrecht. Es unterfällt also dem schweren Unwerturteil des Strafrechts, und die Sanktionen sind Strafen im formellen Sinne.¹⁾

Da Nebenstrafrecht nicht formell Teil des StGB ist, fehlt es ihm an allgemeinen Regelungen, die die Anwendungsbedingungen beschreiben. So etwa Fragen der Reichweite der Geltung deutschen Strafrechts, Tatbegehung durch Unterlassen, Strafbarkeit des Versuchs, Täterschaft und Teilnahme, die Lehre vom Irrtum sowie Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Ohne solche Vorschriften sind Straftatbestände des so genannten Besonderen Teils nicht anwendungsfähig. Deshalb entspricht es der allgemeinen Überzeugung, dass die Vorschriften des Allgemeinen Teils des StGB grundsätzlich für das gesamte Strafrecht gelten.

Wie schon oben gesagt wird alles Strafrecht, welches nicht in das

* Prof. Dr. Dr. h.c., Universität Trier

StGB aufgenommen worden ist als Nebenstrafrecht bezeichnet wird. Es gibt allerdings keine formellen Regeln, nach denen eine solche Auswahl erfolgt. Man kann lediglich die historischen Umstände aufführen und analysieren, die dazu geführt haben, dass Strafrecht außerhalb des StGB platziert wurde und warum es in einigen Fällen dann später doch noch in das StGB integriert worden ist.

Rein historisch gesehen gab es in Deutschland zunächst nur das StGB von 1873 als eines der bedeutenden Reichsgesetze nach Gründung des Deutschen Reichs im Jahre 1872. Damals wurde die Notwendigkeit weiteren Strafrechts noch nicht gesehen. Im Gegenteil, die zu der Zeit empfundenen Notwendigkeiten zu differenzieren, wurden dadurch befriedigt, dass im StGB selbst neben den Straftaten, die bekanntlich in Vergehen und Verbrechen unterteilt werden,²⁾ noch die Kategorie der Übertretungen eingefügt wurde. Erst später ergab sich die Notwendigkeit, außerhalb des StGB weitere Straftatbestände zu schaffen und sie außerhalb des StGB zu platzieren.

Bei der Entwicklung des Nebenstrafrechts war es dann eine Mischung aus rechtspolitischer Einschätzung und Zufall, ob die neu geschaffenen Normen in das StGB integriert oder als nebenstrafrechtliche Bestimmung einen eigenen Platz finden sollte. Man kann davon ausgehen, dass als rechtspolitische Überlegung hier immer die Einschätzung des Unwertgehalts eine zentrale Rolle spielte. Je offensichtlicher der moralische und gesellschaftspolitische Unwert, desto eher kam eine Einordnung in das zentrale StGB in Betracht. Umgekehrt ist bei komplexen Sachverhalten, die aus speziellen ordnungspolitischen Gründen mit Strafdrohungen versehen wurden, die Wahrscheinlichkeit groß, diese im Nebenstrafrecht zu belassen, da die

Notwendigkeit einer Bestrafung nur dem mit dem besonderen Sachverhalt Vertrauten einleuchten konnte. Letzteres finden wir häufig in der polizeilichen Ordnungsverwaltung aber – vor allem heute – auch in den vielfältigen Regelungen zur Kontrolle wirtschaftlichen Handelns.

Bei dieser Einschätzung steht unausgesprochen wohl auch die bis ins 19. Jahrhundert zentral diskutierte aber auch heute noch erwähnte Annahme von zwei grundsätzlichen Kategorien des Strafrechts Pate: Den sogenannten *mala per se* (Übeltaten an sich) und den *delicta mere prohibita* (lediglich verbotene Handlungen).³⁾ Die *mala per se*, so wurde angenommen, verkörpern gleichsam das natürliche Unrecht, welches in allen Gesellschaften und zu allen Zeiten als so verwerflich eingestuft wird, dass es unter Strafdrohung stehen muss. Die *delicta mere prohibita* hingegen beschrieben Verhaltensweisen, denen ein solcher tiefer moralischer Unwert nicht zukomme, die aber die gesellschaftliche Ordnung doch in so sehr gefährdeten, dass die Einreihung ins Strafrecht möglich, wenn auch nicht unbedingt erforderlich sei.

Diese auch heute noch benutzte Unterscheidung ist zwar sehr ansprechend, weil sie emotional gut nachzuempfinden ist. Es fehlt ihr aber juristisch die Trennschärfe. Es gibt keinen wirklichen Konsens über das grundsätzlich Verwerfliche, womit eine Abgrenzung zu dem nur potentiellen strafrechtlichen Unrecht nicht möglich ist. Man muss hier also von einer philosophisch verbrämten Argumentation zur Rechtfertigung einer überwiegend beliebigen Beschreibung von unwertem Verhalten sprechen.

3) Vgl. The Distinction between "Mala Prohibita" and "Mala in se" in Criminal Law Columbia Law Review, Vol. 30, No. 1 (Jan., 1930), pp. 74-86. Die Unterscheidung geht wohl auf Thomas von Aquin: "SUMMA THEOLOGICAE ANGELICI DOCTORIS SANCTI

Es gibt auch eine Reihe von Beispielen, bei denen ehemals nebenstrafrechtliche Normen aufgrund einer Änderung des rechtspolitischen Bewusstseins in das StGB integriert worden sind.

So etwa das Umweltstrafrecht, welches aus verschiedenen Quellen gespeist dann durch das 18. Strafrechts Ergänzungsgesetz (StRÄG) vom 1.7. 1980⁴⁾ in das StGB als. 29 Abschnitt mit den §§ 324 ff übernommen wurde. Die zunehmende politische Bedeutung der Diskussion um den Umweltschutz war der Anlass gewesen, die entsprechenden strafrechtlichen Schutzvorschriften im Wesentlichen⁵⁾ zusammenzufassen und als zusammenhängende Vorschriften im StGB deutlich herauszustellen. Weitere Beispiele bieten das Insolvenzrecht und das Wettbewerbsrecht.

In neuester Zeit ist in allen Staaten der EU ein neues Teilstrafrecht geschaffen worden, welches sich der Einteilung in Haupt- und Nebenstrafrecht entzieht. Es handelt sich um das Völkerstrafgesetzbuch, VStGB, welches in Deutschland auf der Basis des Römischen Statuts zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs/International Criminal Court (ICC)⁶⁾ geschaffen wurde.

Das VStGB ist das einzige Strafgesetz, welches allein aufgrund seiner Bezeichnung nicht zum Nebenstrafrecht gezählt werden kann. Andererseits führt eben diese Bezeichnung zu einer Novität, als erstmalig in der Geschichte des Deutschen Strafrechts neben dem StGB ein weiteres Gesetz existiert, welches – mit einem Zusatz versehen – ebenfalls ein StGB ist.

4) BT-Drucks. 8/2382 S. 9 ff.

5) Der Versuch ein vollständiges eigenes Umwelt StGB zu schaffen wurde aufgegeben, weil dies sich als zu umfänglich und kompliziert erwies, vgl. Rogall JZ-GD 1980, 101; Nadler JZ 1977, 333. Deshalb wurde stattdessen ein Gesetz geschaffen, das förmlich als

Weder zum StGB noch zum Nebenstrafrecht gehört hingegen das Jugendrecht. Es existiert zwar ein strafrechtliches Sondergesetz für nicht erwachsenen Straftäter, das JGG; dort werden aber keine materiell strafrechtlichen Tatbestände aufgeführt. Das JGG regelt nur einige sanktionsbezogenen und verfahrensrechtliche Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens.

II. Die grundsätzlichen Probleme des Nebenstrafrechts

Nicht nur in Deutschland, sondern vermutlich überall in der Welt bringt das Nebenstrafrecht zumindest drei grundsätzliche Probleme mit sich: dies sind Fragen der Einschätzung und Zuweisung des Unwertgehalts, das Problem der Vorverlagerung des Unrechtsvorwurfs und der Bestimmtheitsgrundsatz.

1. Einschätzung und Zuweisung von Strafunrecht

In weiten Bereichen betrifft Nebenstrafrecht ein Handeln, welches für sich keinen Unwert hat, diesen aber dadurch erhält, dass der Gesetzgeber aus Gründen bloßer Ordnungspolitik ein anders Verhalten vorgeschrieben hat. Es geht also um bloßen Verwaltungsungehorsam, der nur insofern Beziehung zu substantiellem Unrecht hat, als die Einhaltung der Vorgaben der Verwaltung das Leben vorhersehbarer und risikoärmer macht. Die letztendliche Rechtfertigung für den strafrechtlichen Schutz dieser formellen Ordnung ist bislang nicht geleistet worden. Dies vor allem nicht unter Berücksichtigung des ausnahmslos konsentierten

Im Europa der EU werden derartige Ordnungsvorschriften in vermehrter Weise in fast schon unerträglicher Häufigkeit produziert und erschweren dieses materielle Problem auch noch auf der quantitativen Ebene.

2. Die Vorverlagerung des Unrechtsvorwurfs.

In unmittelbarem Zusammen mit der eben behandelten Problematik der überzeugenden Zuweisung von Unwert an nebenstrafrechtliche Tatbestände steht die Tendenz, hier vermehrt mit Gefährdungsdelikten zu arbeiten. Die tatbestandsmäßige Handlung beschreibt also nicht länger materielles Unrecht, sondern letztlich wertneutrales Verhalten, welches wegen seiner Abweichung von der bloßen Ordnungsvorschrift entweder konkret oder auch abstrakt Rechtsgutsgefährdungen produziert oder auch nur produzieren könnte. Es geht um Gefahrenvorsorge; die polizeirechtlich gedacht, jedoch strafrechtlich umgesetzt wird. Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Verkehr werden von Sicherungs- und Vorsorgepflichten abhängig gemacht, die Gefährdungen der Gesellschaft verhindern sollen. Viele dieser präventiv-polizeilichen Pflichten werden dann zum Anlass genommen bei ihrer Missachtung oder Verletzung als strafbares Unrecht beschrieben zu werden, ohne dass der Gesetzgeber überzeugend darlegt, inwieweit bereits materiell strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt.

Dies bedingt eine generelle Abwertung des Geltungsanspruchs des Strafrechts, welches seine gesellschaftliche Wirksamkeit doch nur durch die Offensichtlichkeit des im Straftatbestand beschriebenen Unrechts gewinnt. Insofern wirkt die überbordende verwaltungstechnische Pönalisierung insgesamt negativ für das Strafrecht, welches in seiner

dass der Grund für die Sanktion voll verständlich wird. Dies führt geradewegs in ein feudales Strafrecht, welches mit dem eines demokratischen Rechtsstaat nicht mehr viel zu tun hat.

Es wird zudem in der großen Mehrzahl aller nebenstrafrechtlichen Delikte eine große Menge an Dokumentationspflichten aufgestellt, denen die Bürger entsprechen müssen. Mag dies im Ordnungsrecht noch zulässig sein, so ergeben sich doch aus dem Grundsatz des *nemo tenetur se ipsum accusare*, des aus der Unschuldsvermutung, Art. 6 II EMRK abgeleiteten Verbots den Verdächtigen zu zwingen sich selbst zu belasten, Zweifel. Umfassende Dokumentations- und Berichtspflichten hebeln diese Garantie aus, da im Falle eines strafrechtlich relevanten Verhaltens der Pflichtige gehalten wäre, eben diese Straftat zu dokumentieren, bzw. wegen der unvollständigen Dokumentation sich bereits wegen eines Gefährdungstatbestandes strafbar gemacht hätte.

3. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Unbestritten muss Strafrecht als schärfste Waffe des Staates so klar wie möglich formuliert werden, um die Zuweisung persönlicher Verantwortung an den Täter zu legitimieren. Daher gelten überall in der Welt für das Strafrecht besondere Anforderungen an die Bestimmtheit und Verstehbarkeit des Normtexts. Dies fehlt im Nebenstrafrecht fast völlig, weil hier mit der Technik mehrfacher Verweisungen Strafnormen in überaus komplexer Weise zusammengesetzt werden. Besonders verwerflich und unzulässig im strafrechtlichen Bereich ist in diesem Zusammenhang die Technik der dynamischen Blankettverweisung, in der nicht auf eine bestimmte Norm verwiesen wird, sondern auf eine

erfolgreich gerügt worden ist.

Verstößt es schon gegen das Bestimmtheitsgebot, wenn die Norm durch meist mehrfache Verweisungen erst zusammengesetzt werden muss, so ist auch die Schwierigkeit solche Strafnormen auch nur im Ansatz aufzufinden ein weiterer Mangel in Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot. Die nebenstrafrechtlichen Normen sind in der Regel versteckt in Anhängen zu einer unbestimmten Vielfalt von Gesetzen. Schon für einen Juristen ist es hier schwierig und oft langwierig festzustellen, ob ein bestimmtes Verhalten mit Strafdrohung versehen ist. Für den Juristischen Laien ist dies hingegen kaum zu leisten. Zwar wird dagegen eingewendet, Nebenstrafrecht wende sich an jeweils spezialisierte Akteure im Berufsleben, die aufgrund ihrer Spezialisierung auch die allein für sie geltenden Normen kennen sollten. Bei der regelmäßig gegebenen übermäßigen Detailfülle insbesondere der von Seiten der EU veranlassten Normen, ist dies jedoch eine völlig unrealistische Annahme. Strafrecht, welches erst mit Hilfe rechtsanwaltlicher Beratung als solches wahrgenommen werden kann, verletzt in grösster Weise das Bestimmtheitsgebot.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Das deutsche Nebenstrafrecht kann nur mit einem wuchernden Krebsgeschwür verglichen werden. Eine irgendwie geartete Vorbildfunktion ist nicht erkennbar. Vielmehr ist dringender Reformbedarf zu diagnostizieren. Eine systematische Zusammenfassung erscheint nicht möglich, weil beim bestehenden Recht jede Systematik

Zur Verbesserung der völlig unbefriedigenden Situation müsste zunächst einmal formulierungstechnisch jede Verweisung, die mehr als zwei Stufen umfasst ausgeschlossen werden. Es muss reichen, wenn der Gesetzgeber zu Beschreibung des Straftatbestandes auf einer ersten Ebene auf anderweitig in Gesetzen beschriebenen Pflichten und auf einer zweiten Ebene auf Anlagen verweist, die bestimmte Stoffkataloge oder Ähnliches mithilfe von Rechtsverordnungen beschreiben. Eine solche begrenzte Tiefenstruktur der strafrechtlichen Regelung trägt sowohl der grundsätzlichen inhaltlichen Komplexität des Nebenstrafrechts Rechnung, wie sie auch die Erkennbarkeit durch den Rechtsadressaten, den Bürger, gewährleistet.

Dynamische Verweisungen dürfen grundsätzlich nicht verwendet werden, weil sie u.a. eine Änderung des Straftatbestandes außerhalb der Kontrolle oder gar des Bewusstseins des nationalen Gesetzgebers ermöglichen. Auch das Bestimmtheitsgebot wird durch sie nicht erfüllt.

Inhaltlich muss eine Rückbesinnung erfolgen. Das gleichsam automatische Anfügen von Strafnormen an ordnungsrechtliche Regelungen muss aufhören. Es müssen Kriterien entwickelt werden, nach denen die Erforderlichkeit der Schaffung strafrechtlicher Verbote überprüft werden kann. Zumindest muss der Gesetzgeber in jedem einzelnen Fall in eine Begründungspflicht dafür genommen werden, dass er Ordnungsrecht durch Strafrecht verstärkt. Die bisherige Praxis, nach welcher entweder überhaupt keine Begründung oder nur die Behauptung, eine strafrechtliche Sanktionierung sei erforderlich, vom Gesetzgeber gegeben wurde, ist vollständig unzureichend. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu prüfen, ob nicht zivilrechtliche Sanktionen neben den verwaltungsrechtlichen die Funktion der

Ebene funktionieren zivilrechtliche Gefährdungshaftungstatbestände eher besser als strafrechtliche.

In Anbetracht der Tatsache, dass es sich im Nebenstrafrecht fast ausschließlich um so genannte Kontrolldelikte handelt, drängen sich zudem zwei Fragen auf. Die vielfältigen Handlungs- und Unterlassungspflichten werden alle verwaltungstechnisch und ordnungsrechtlich einer staatlichen begleitenden Kontrolle unterstellt; welche sinnvolle zusätzliche Funktion hat da noch eine gleichsam aufgesattelte strafrechtliche Zusatzkontrolle? Der Verdacht der sinnlosen Überregulation drängt sich hierbei auf.

Und anschließend hieran: Wegen der überaus speziellen Thematik nebenstrafrechtlicher Vorschriften und der damit verbundenen Unerkennbarkeit von Schadensbewirkungen⁷⁾ sind die Strafverfolgungsbehörden auf eigene Ermittlungen, also auf Initiativermittlungen angewiesen, die ebenfalls nur von Spezialisten betrieben werden können. Da es nur in begrenztem Rahmen Schwerpunktstaatsanwaltschaften gibt, die sich diesen Spezialproblemen widmen, sind die Ermittlungen im Nebenstrafrecht grundsätzlich sehr selektiv und unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips wie auch des Gebots der Gleichheit unbefriedigend. Das grundsätzliche Vollzugsdefizit in diesen Bereichen sollte den Gesetzgeber deshalb überlegen lassen, ob die große Menge uneingelösten Nebenstrafrechts nicht hinreichender Grund für eine weitgehende Abschaffung, zumindest aber Reduktion des Nebenstrafrechts sein sollte. Hier wie auch im Kernstrafrecht gilt, dass Vollzugsdefizite die Autorität des Strafrechts untergraben.

Eine Gesamtreform des deutschen Nebenstrafrechts ist überfällig.

Allerdings ist kein politischer oder wissenschaftlicher Ansatz erkennbar, aus dem sich auch nur die Hoffnung einer grundsätzlichen Reform des Nebenstrafrechts ergeben könnte. Dieses Gebiet wird trotz seiner Bedeutung und seines immensen Ausmaßes rechtspolitisch ebenso ignoriert wie für ständig neue Vorschriften missbraucht.

❖ Keywords : Nebenstrafrecht, Verwaltungsungehorsam, Strafunrecht, Vorverlagerung des Unrechtsvorwurfs, Bestimmtheitsgrundsatz, Verweisung