

Stefan Maeder

## **Dem Legalitätsprinzip die Hosen heruntergelassen**

Anmerkungen zum «Nacktwanderer»-Urteil des Bundesgerichts

---

Der Verfasser setzt sich mit dem Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011 (nun publiziert als BGE 138 IV 13) zum «Nacktwanderer» und der angewendeten Ausserrhodischen Strafnorm auseinander, welche die öffentliche grobe Verletzung von Sitte und Anstand pönalisiert. Er untersucht, ob die Kantone angesichts Art. 335 StGB kompetent sind, das Nacktwandern zu verbieten, und ob eine auf Sitte und Anstand verweisende Strafnorm dem Legalitätsprinzip genügen kann. Da viele Kantone Tatbestände dieser Art kennen, ist der Beitrag über den «Nacktsport» hinaus relevant.

---

Rechtsgebiet(e): Strafrecht; Kantonales Strafrecht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Stefan Maeder, Dem Legalitätsprinzip die Hosen heruntergelassen, in: Jusletter 11. Juni 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Sachverhalt
- II. Die Strafnorm: Das unanständige Benehmen i.S.v. Art. 19 KStR-AR
  1. Begrifflichkeiten
    - 1.1 Der Begriff der Sitte
    - 1.2 Der Begriff der Sittlichkeit
    - 1.3 Der Begriff des Anstands
  2. Überschreitung der kantonalen Gesetzgebungskompetenz?
    - 2.1 Abschliessende Regelung des Sexualstrafrechts im StGB
    - 2.2 Nacktwandern und Sexualität
    - 2.3 Keine Überschneidungen im Rechtsgüterschutz
    - 2.4 Das Rechtsgut von Art. 19 KStR-AR?
- III. Das Legalitätsprinzip
  1. Allgemeines
  2. Art. 19 KStR-AR als Blankettstrafnorm
  3. Folgerungen
    - 3.1 scripta?
    - 3.2 certa?
    - 3.3 praevia?
- IV. Fazit

## Literaturverzeichnis

«Als weiterer Zeuge wusste der Pastetenbäcker Meltinger von einer anstössigen Gewohnheit Falkeisens zu erzählen. Dieser habe einen Druckerlehrling Von Mechel, der die Trompete blase. Jedesmal nun, wenn Falkeisen nachts in der Trunkenheit nach Hause komme, müsse ihm besagter Von Mechel so lange mit der Trompete vorblasen, bis Falkeisen eingeschlafen sei, und so oft er aufwache, mit dem Blasen von neuem anfangen.»<sup>1</sup>

## I. Einleitung und Sachverhalt

[Rz 1] Er hatte, was für eine Übertretung bemerkenswert sein dürfte, für Aufsehen in Medien und Literatur<sup>2</sup> gesorgt: Der Fall<sup>3</sup> des sog. Nacktwanderers, welcher sich an einem schönen Sonntagnachmittag im Oktober 2009 in einem Naherholungsgebiet im Kanton Appenzell Ausserrhoden in Ausübung seines kleiderlosen Hobbys betätigte. Eine Passantin, welche ihn dabei beobachtete, erstattete Strafanzeige. Nach einigem Hin und Her (zuerst Verurteilung mittels Strafverfügung, daraufhin Freispruch durch die Kantonsgerichtspräsidentin, gefolgt von erneuter Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden<sup>4</sup>) hatte sich schliesslich das Bundesgericht mit dem Fall zu befassen. Es ging um die Frage, ob der Wanderer zu Recht wegen unanständigen Benehmens i.S.v. Art. 19 des Gesetzes vom 25. April 1982 über das Kantonale Strafrecht des Kantons Ap-

penzell Ausserrhoden (bGS 311; nachfolgend «KStR-AR») zu einer Busse von CHF 100.– verurteilt worden war. Es sei vorweggenommen: Das Bundesgericht bestätigte am 17. November 2011 die Verurteilung durch die Vorinstanz.<sup>5</sup>

[Rz 2] Mittlerweile liegt die schriftliche Urteilsbegründung des Bundesgerichts vor, was Anlass zu einigen strafrechtlichen Reflexionen bietet. Dabei verfolgt dieser Beitrag keineswegs das Ziel, sich über Wert und Unwert des Wanderns mit oder ohne Kleidung zu äussern, sondern setzt sich mit den Begriffen der Sitte, der Sittlichkeit und des Anstands auseinander und zieht gestützt auf die begriffliche Klärung Schlüsse zur kantonalen Gesetzgebungskompetenz und dem Legalitätsprinzip.

## II. Die Strafnorm: Das unanständige Benehmen i.S.v. Art. 19 KStR-AR

### 1. Begrifflichkeiten

[Rz 3] Die Verurteilung des Wanderers stützte sich wie erwähnt auf Art. 19 KStR-AR, der lautet:

*Art. 19 Unanständiges Benehmen*

*Wer sich in angetrunkenem oder berauschem Zustand öffentlich ungebührlich aufführt, wer in anderer Weise öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt, wird mit Busse bestraft.*

[Rz 4] Vorliegend war die Variante des «in anderer Weise öffentlich Sitte und Anstand grob verletzen» Thema. Offensichtlich ist, dass die Begriffe Sitte und Anstand entscheidend für den Anwendungsbereich dieser Strafnorm sind und deshalb einiger Klärung bedürfen. Das Bundesgericht hielt dazu fest:

«Anstand» bezeichnet «die Form des zwischenmenschlichen Verhaltens, die als der Würde des Menschen entsprechend angesehen wird. Ihre Beachtung und Einhaltung wird von einer Gesellschaft meist nachdrücklich gefordert; wer den Anstand verletzt, setzt sich der Gefahr aus, belächelt oder mit Sanktionen bedroht zu werden» (MEYERS ENZYKLOPÄDISCHES LEXIKON, zum Begriff «Anstand»). Unter «Sitte» versteht man «die in einer Gesellschaft oder Teilgesellschaft vorhandenen und angewendeten Regeln des Sozialverhaltens, sofern diese nicht durch Gesetze festgelegt, sondern durch alltägliche Anwendung verankert sind, die sich durch den Verweis auf Traditionen, Kultur, Brauch, moralische oder religiöse Vorstellungen rechtfertigen» (BROCKHAUS ENZYKLOPÄDIE, zum Begriff

<sup>1</sup> BRAUNSCHWEIG, Schicksale, 89.

<sup>2</sup> So sind in Jusletter bereits zwei Beiträge zum Thema Nacktwandern erschienen: KETTIGER, Jusletter 2009, sowie der als Antwort auf KETTIGER deklarierter Beitrag von MEICHSSNER, Jusletter 2010.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011. Dieses wurde mittlerweile als BGE 138 IV 13 publiziert, wobei sich Verweise auf die Erwägungen entsprechen.

<sup>4</sup> Urteil der 1. Abteilung des Obergerichts von Appenzell Ausserrhoden vom 17. Januar 2011, Verfahren Nr. 01S 10 6.

<sup>5</sup> Vgl. die Zusammenfassung im Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 10.

«Sitte»). Die beiden Begriffe, deren Bedeutungsinhalt teilweise übereinstimmt, werden häufig gemeinsam in der Wendung «Sitte und Anstand» gebraucht. Diese bezeichnen nicht dasselbe wie die «Sittlichkeit» im Sinne des früheren Sexualstrafrechts, sondern gehen darüber hinaus.»<sup>6</sup>

[Rz 5] Das Bundesgericht sagt zu Recht, dass Sitte, Anstand und Sittlichkeit drei verschiedene Dinge sind. Deshalb lohnt es sich, die Begriffe näher zu betrachten.

### 1.1 Der Begriff der Sitte

[Rz 6] Die Sitte (custom<sup>7</sup>) bezeichnet nicht etwa das Sittliche (bzw. sittlich Gebotene), wie die Ähnlichkeit der Begriffe suggerieren könnte, sondern dasjenige, was als das Übliche betrachtet wird in einer (Teil-)Gesellschaft, was eingelebt und Brauch ist.<sup>8</sup> Sie unterscheidet sich vom Recht wesentlich dadurch, dass sie nicht mit staatlichem Zwang durchgesetzt wird, sondern allenfalls mit gesellschaftlichen Sanktionen.<sup>9</sup> Sie kann weitgehend beliebigen Inhalt haben,<sup>10</sup> insofern gibt es keine «richtigen» oder «falschen» Sitten, sondern nur Sitten und Nicht-Sitten.

[Rz 7] Immer noch eindrücklich und zutreffend ist RADBRUCHS Umschreibung der Sittenvorschrift: «(...) das, was bisher immer geschehen, was Herkommen ist, soll auch künftig geschehen, gebietet sie, und das, was alle tun, was Brauch ist, sollst auch du tun; sie huldigt dem Ewig-Gestrigen, der Durchschnittsmensch ist ihr Idealmensch und das Normale wird ihr zum Normativen.»<sup>11</sup>

[Rz 8] Dem folgt das Bundesgericht in überraschend ähnlichen Worten, wenn es schreibt «Ob ein Verhalten Sitte und Anstand verletzt und ob diese Verletzung als grob erscheint, beurteilt sich nicht nach dem Eindruck des besonders unsensiblen oder des besonders empfindsamen, sondern nach der Einschätzung des durchschnittlich empfindenden Menschen.»<sup>12</sup> Eine Differenz muss jedoch betont werden: Das Bundesgericht stellt offenbar sowohl bei Sitte wie auch bei Anstand auf das *Empfinden* des Durchschnittsmenschen ab, was aber bezüglich Sitte nicht richtig sein kann: Ob etwas Sitte ist oder nicht, ist keine Frage der Empfindung, sondern

ob etwas effektiv Üblich, Brauch, Tradition, «normal» ist in der fraglichen (Teil-)Gesellschaft. Die Sitte ist demnach dasjenige, was der Durchschnitts- oder Idealmensch üblicherweise tatsächlich tut, und nicht seine Empfindung über Normalität.

[Rz 9] Die Sitte ist vom Begriff des Anstands offensichtlich verschieden: So kann ein Verhalten zwar nicht den Sitten entsprechen, aber dennoch nicht unanständig sein. Zu denken wäre etwa an einen Bergwanderer, der seinem Hobby in Frack, Zylinder und rosaroten Schuhen frönt: Dies entspricht zwar nicht der Tradition, dem Brauch, doch dürfte daran kaum jemand Anstoss nehmen.

### 1.2 Der Begriff der Sittlichkeit

[Rz 10] Die Sittlichkeit ist demgegenüber ein normatives Konzept. Nicht aus dem Sein wird auf Verhaltensanweisungen geschlossen,<sup>13</sup> man versucht vielmehr das Gesollte, man könnte auch sagen das «Richtige», aus anderen Quellen herzuleiten: Je nach Standpunkt werden beispielsweise die Vernunft, das Gewissen, Gott<sup>14</sup> oder andere Ursprünge ethischer Werte genannt.<sup>15</sup> Klar ist, dass man über die Herleitung solcher Sittlichkeitsnormen unterschiedlicher Ansicht bzw. dem Konzept gegenüber grundsätzlich kritisch sein kann, aber der Unterschied zum Begriff der Sitte wird dennoch deutlich. Indem die Sittlichkeit ein Verhaltensmuster mit einem ausdrücklichen Werturteil versieht («gut» oder «schlecht»), stellt sie eine Bewertung der Sitten dar.<sup>16,17</sup>

### 1.3 Der Begriff des Anstands

[Rz 11] Art. 19 KStR-AR stellt nicht das bloss Abweichen von der Sitte unter Strafe, sondern nur dasjenige, das auch den Anstand (grob) verletzt. Wie bereits betont, sind Sitte und Anstand zwar nicht synonym, aber doch miteinander

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.2.

<sup>7</sup> LUHMANN, Rechtssoziologie, 28.

<sup>8</sup> WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 15, differenzierend zwischen Sitte und Konvention 187.

<sup>9</sup> ARZT, Einführung, 3. Kritisch zu einer solchen Bestimmung des Rechts dürfte freilich EUGEN EHRLICH mit seinem Konzept des «lebenden Rechts» stehen, vgl. REHBINDER, Rechtssoziologie, N 44 f. und RAISER, Rechtssoziologie, 74 ff. REHBINDER weist a.a.O. übrigens zu Recht auf die Schwäche der sog. Zwangstheorie zur Bestimmung dessen, was Recht sei, hin. Hingegen dürfte das von ARZT angeführte Abgrenzungskriterium zur Erfassung der Sitte als Begriff durchaus tauglich sein.

<sup>10</sup> ARZT, Einführung, 3.

<sup>11</sup> RADBRUCH, Einführung, 218.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.3.

<sup>13</sup> «Also unterscheiden sich die moralischen Gesetze, samt ihren Prinzipien, unter allem praktischen Erkenntnisse von allem übrigen, darin liegend irgend etwas Empirisches ist, nicht allein wesentlich, sondern alle Moralphilosophie beruht gänzlich auf ihrem reinen Teil, und, auf den Menschen angewandt, entlehnt sie nicht das mindeste von der Kenntnis desselben (Anthropologie), sondern gibt ihm, als vernünftigem Wesen, Gesetze a priori, die freilich noch durch Erfahrung geschärfte Urteilskraft erfordern, um teils zu unterscheiden, in welchen Fällen sie ihre Anwendung haben, teils ihnen Eingang in den Willen des Menschen und Nachdruck zu Ausübung zu verschaffen, da diese[r], als selbst mit so viel Neigungen affiziert, der Idee einer praktischen reinen Vernunft zwar fähig, aber nicht so leicht vermögend ist, sie in seinem Lebenswandel in concreto wirksam zu machen.» KANT, Grundlegung, 13.

<sup>14</sup> RÖHL/RÖHL, Rechtslehre, 304.

<sup>15</sup> ARZT, Einführung, 4.

<sup>16</sup> REHBINDER, Rechtssoziologie, N 45.

<sup>17</sup> Auch beim Begriff der Moral kann eine Differenzierung vorgenommen werden: Dieser zerfällt in eine faktisch gelebte Sozialmoral einerseits (eine vom Sein abgeleitete Verhaltensanweisung, und damit genau besehen eine Sitte, vgl. RADBRUCH, Einführung, 219 f.), und die Moral im Sinne der Sittlichkeit andererseits, also eine (wie auch immer hergeleitete) normative, nicht aus der Sitte hergeleitete Verhaltensanweisung (RÖHL/RÖHL, Rechtslehre, 303).

verknüpft: So dürfte das den Sitten entsprechende Verhalten den Anstand in der Regel nicht verletzen. Wenn beispielsweise Eltern ihre kleinen Kinder ohne Badehose an einem Strand herumrennen lassen, ist das nicht unüblich und kaum jemand dürfte daran ernstlich Anstoss nehmen. Das Abweichen von der Sitte bedeutet demgegenüber nicht in jedem Fall Unanständigkeit, wie bereits das Beispiel des Frack-Wanderers zeigte. Unüblich und unanständig wäre es hingegen, seine Kinder nackt in ein Warenhaus in der Innenstadt mitzunehmen.

[Rz 12] Welche Abweichung von der Normalität ist nun dergestalt, dass sie die Menschen zu Recht stört oder ärgert<sup>18</sup>? Das «zu Recht» wird als Kriterium eingeführt, weil sich offensichtlich in jedem Fall von «unanständigem Benehmen» jemand stört, andernfalls es gar nicht zu einer Strafanzeige käme. Doch ist vorstellbar, dass es nur zur Anzeige kommt, weil der Anzeiger besonders sensibel ist, oder die Anzeige bloss wegen der Toleranz oder Indifferenz des Betrachters unterbleibt. Deshalb ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine gewisse Objektivierung notwendig. In den Worten des Bundesgerichts: «Ob ein Verhalten [...] Anstand verletzt und ob diese Verletzung als grob erscheint, beurteilt sich nicht nach dem Eindruck des besonders unsensiblen oder des besonders empfindsamen, sondern nach der Einschätzung des durchschnittlich empfindenden Menschen.»<sup>20</sup>

[Rz 13] Dies erinnert an andere Straftatbestände, wie beispielsweise die Drohung gemäss Art. 180 StGB: Demnach wird derjenige bestraft, der einen anderen durch schwere Drohung in Angst und Schrecken versetzt. Dabei soll nur die Drohung als schwer gelten, die ein verständiger, durchschnittlicher Mensch als ebensolche empfindet:<sup>21</sup> «In der Regel ist dabei auf das Empfinden eines vernünftigen Menschen mit normaler psychischer Belastbarkeit abzustellen.»<sup>22</sup> Ebenso verhält es sich bei der Nötigung (Art. 181 StGB), wo der Täter dem Opfer ernstliche Nachteile androht: «Ernstlich sind die Nachteile, wenn ihre Androhung nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen und so seine freie Willensbildung und -betätigung zu beschränken.»<sup>23</sup> Mismosen sollen vom Strafrecht nicht geschützt werden.<sup>24</sup>

[Rz 14] Dieser absolute Massstab sollte freilich relativiert werden, etwa indem eine besondere Situation des Opfers oder das gezielte Ausnützen einer Phobie des Opfers

differenzierend in Betracht gezogen werden.<sup>25</sup> Dies ändert aber am Grundsatz, dass vom Durchschnittsmenschen ausgegangen wird, nichts.<sup>26</sup>

[Rz 15] Drohung und Nötigung sind Erfolgsdelikte. Der Erfolg liegt darin, dass der Bedrohte tatsächlich in Angst und Schrecken versetzt wird, bzw. dass der Genötigte sich nach dem Willen des Täters verhält.<sup>27</sup> Wenn eine Drohung zwar für den Durchschnittsmenschen in diesem Sinne schwer wäre, der konkrete, besonders hartgesottene Bedrohte aber dennoch nicht in Angst und Schrecken gerät, läge bloss eine versuchte Drohung vor.<sup>28</sup> Bezüglich Eintritt des Taterfolgs wird also gerade nicht auf die Durchschnittsfigur abgestellt, sondern auf die Einzelfallsituation. Wenn dem nicht so wäre, hätten wir es mit einem abstrakten Gefährdungsdelikt zu tun. Gegenstand der Prüfung anhand des Durchschnittsmenschen ist das Tatmittel.

[Rz 16] Im Unterschied zu Art. 180 und 181 StGB geht es in Art. 19 KStR-AR jedoch gerade nicht um das Tatmittel oder einen Erfolg, sondern um die Frage, ob auch eine Durchschnittsperson das Verhalten als grob unanständig empfinden würde. Ob die Person, welche dem Nacktwanderer begegnet, dessen Tun tatsächlich als unanständig empfindet, ist ohne Belang. Entsprechend hält das Bundesgericht auch fest:

«Es ist davon auszugehen, dass die Menschen im Falle einer Begegnung mit einem Nacktwanderer ganz unterschiedlich reagieren. Die konkrete Reaktion im Einzelfall lässt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, wie das Nacktwandern unter dem Gesichtspunkt von Sitte und Anstand grundsätzlich und prinzipiell eingeschätzt wird. Massstab für die Beurteilung kann insoweit auch nicht die Haltung der vielen Gleichgültigen sein. Dass ein Verhalten hingenommen wird, weil – wie der Beschwerdeführer konstatiert – die Menschen in der heutigen Gesellschaft sich nur beschränkt füreinander interessieren, bedeutet noch nicht, dass es nicht Sitte und Anstand grob verletzt.»<sup>29</sup>

[Rz 17] Mit anderen Worten: Was diejenigen empfinden, die dem Nacktwanderer begegnen, ist unerheblich. «Die Tatbestandsvariante der groben Verletzung von Sitte und Anstand (...) umschreibt ein schlichtes Tätigkeitsdelikt. (...)

<sup>18</sup> Ärger als emotionale Folge einer Unanständigkeit findet sich etwa bei EHRlich, Grundlegung, 147.

<sup>19</sup> Die «Sitte» ist richtigerweise auszuklammern, vgl. oben Ziff. II.1.1.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.3.

<sup>21</sup> BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 180 N 19.

<sup>22</sup> Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 6S.15/2007 vom 22. Februar 2001, E 3.2 m.H.a. BGE 99 IV 212 E. 1a S. 215.

<sup>23</sup> BGE 122 IV 322 E. 1a S. 325; vgl. auch BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 181 N 31.

<sup>24</sup> PK StGB-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 180 N 2.

<sup>25</sup> PK StGB-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 181 N 5; BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 180 N 19 f. und Art. 181 N 32; zustimmend ebenfalls STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 9.

<sup>26</sup> So könnte man die Absolutheit argumentatorisch auch zu retten suchen, indem man auf den Durchschnittsmenschen in der speziellen Situation des Opfers oder den Durchschnittsmenschen mit der gleichen Phobie abstellen würde.

<sup>27</sup> PK StGB-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 180 N 3 und Art. 181 N 9; BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 180 N 30 f. und Art. 181 N 46 f.

<sup>28</sup> DONATSCH, Strafrecht III, 402; PK StGB-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 180 N 3; gleich bei der Nötigung, PK StGB-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 181 N 9.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.4.3.



Zur Erfüllung des Tatbestands ist es nicht erforderlich, dass der Nacktwanderer einem Menschen begegnet, welcher durch die Erscheinung des nackten Wanderers in seinem Anstandsgefühl verletzt wird.<sup>30</sup> Selbst wenn es vielen Menschen gleichgültig sein sollte, soll dies nichts darüber aussagen, ob ein Verhalten dem Anstand entspricht oder nicht. Das Bundesgericht wird sehr deutlich: «Es kommt (...) nicht in Betracht, die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten unter welchen Voraussetzungen Sitte und Anstand verletzt, durch sog. repräsentative Umfragen zu klären.»<sup>31</sup> Es verrät zwar nicht, weshalb das nicht in Betracht komme, doch ist nur ein Schluss möglich. Es geht überhaupt nicht um eine Deskription der vorherrschenden Vorstellungen von Anstand, sondern um eine normative Festsetzung. Diese geschieht jedoch nicht durch den Gesetzgeber (denn der äussert sich dazu nicht), und auch nicht durch die Gesellschaft (denn deren Ansicht spielt höchstens indirekt eine Rolle), sondern «darüber muss der Richter entscheiden.»<sup>32</sup>

## 2. Überschreitung der kantonalen Gesetzgebungskompetenz?

### 2.1 Abschliessende Regelung des Sexualstrafrechts im StGB

[Rz 18] Einer der Kernpunkte in der Diskussion über die strafrechtliche Sanktionierung des Nacktwanderns war die Frage, ob die Kantone im Lichte von Art. 187 ff. und 335 StGB überhaupt befugt seien, diesbezügliche Strafnormen vorzusehen. Dazu hält das Bundesgericht vorab völlig korrekt fest: «Soweit das Schweizerische Strafgesetzbuch die Angriffe auf ein Rechtsgut durch ein geschlossenes System von Normen abschliessend regelt, bleibt für kantonales Übertretungsstrafrecht kein Raum (BGE 129 IV 276 E. 2.1; 117 Ia 472 E. 2b, je mit Hinweisen). Art. 187 ff. StGB regeln die Angriffe auf die sexuelle Integrität abschliessend (...).»<sup>33</sup>

[Rz 19] Dies ist in der Lehre unbestritten.<sup>34</sup> Auch unbestritten ist, dass das Nacktsein für sich alleine genommen nach StGB bzw. nach den vom Bundesgesetzgeber erlassenen Strafnormen nicht strafbar ist.<sup>35</sup> Wie im Entscheid zurecht vermerkt, sind die Tatbestände des Exhibitionismus (Art. 194 StGB) und der sexuellen Belästigung (Art. 198 StGB) nicht anwendbar: Art. 198 StGB setzt eine objektiv sexuelle

Handlung voraus, was das Nacktwandern gerade nicht ist,<sup>36</sup> und Art. 194 StGB verlangt eine sexuelle Motivation des Täters, was in casu ebenfalls zu verneinen war.<sup>37</sup>

[Rz 20] Wenn sich das StGB zum blossen Nacktsein nicht ausdrücklich äussert, sagt dies noch nichts über die Gesetzgebungskompetenz des kantonalen Gesetzgebers. Das Fehlen einer entsprechenden bundesrechtlichen Strafnorm kann bedeuten, dass der Bundesgesetzgeber ein bestimmtes Verhalten bewusst nicht strafbar wissen wollte. Dieses «qualifizierte Schweigen» liegt dann vor, wenn das StGB die Angriffe auf ein Rechtsgut «durch ein geschlossenes System von Normen abschliessend regelt. Der Umstand, dass das Bundesrecht eine Handlung nicht für strafbar erklärt, genügt nicht, um eine Zuständigkeit des kantonalen Gesetzgebers anzunehmen. Denn das Fehlen einer eidgenössischen Strafnorm kann auch bedeuten, dass das fragliche Verhalten straflos bleiben soll.»<sup>38</sup> Unzulässig ist auch die Ergänzung des Bundesstrafrechts durch erweiterte kantonale Tatbestände, indem Tatbestandsmerkmale weggelassen werden.<sup>39</sup> Wird ein Fragenkreis vom Bundesgesetzgeber hingegen nur teilweise oder überhaupt nicht geregelt, beispielsweise um den kantonal unterschiedlichen Ansichten über eine Handlung Rechnung zu tragen, bleibt Raum für kantonales Übertretungsstrafrecht.<sup>40</sup>

### 2.2 Nacktwandern und Sexualität

[Rz 21] Die Frage, ob Kantone das Nacktwandern unter Strafe stellen dürfen, findet ihre Antwort somit in der Frage, ob das Nacktwandern in einen Bereich fällt, den der Bundesgesetzgeber abschliessend geregelt hat und mittels qualifiziertem Schweigen als straflos wissen will, oder eben nicht. In den bisherigen Publikationen zum Thema war dies umstritten: KETTIGER argumentiert für qualifiziertes Schweigen, der Bundesgesetzgeber habe «das schlichte Nacktsein nicht unter Strafe gestellt.» Kantonale Strafnormen, die Nacktwandern unter Strafe stellten, seien bundesrechtswidrig.<sup>41</sup> Zum gegenteiligen Schluss kommt MEICHSSNER: Er hält zusammengefasst fest, dass das Sexualstrafrecht die sexuelle Integrität des Einzelnen und somit ein Individualrechtsgut schütze, während dem die kantonalen Übertretungsbestimmungen auf den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit abzielen. Diesbezüglich liege also kein qualifiziertes Schweigen

<sup>30</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 6.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.3.

<sup>32</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.3.

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.1.1.

<sup>34</sup> KETTIGER, Jusletter 2009, Rz. 4 f.; MEICHSSNER, Jusletter 2010, Rz 4 ff., BSK StGB-WIPRÄCHTIGER, Art. 335 N 10; PK StGB-TRECHSEL/LIEBER, Art. 335 N 9; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 15 f.

<sup>35</sup> BSK StGB-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 194 N 13 und Art. 198 N 14.

<sup>36</sup> Vgl. zum Begriff BSK StGB-MAIER, Art. 187 N 9 ff.; BGE 129 IV 168 E. 3.2 S. 171.

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.1. Vgl. auch BSK StGB-MENG/SCHWAIBOLD, Art. 194 N 9 und Art. 198 N 8; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 194 N 2 und Art. 198 N 3.

<sup>38</sup> BGE 129 IV 276 E. 2.1 S. 279 f.; vgl. auch BSK StGB-WIPRÄCHTIGER, Art. 335 N 10; PK StGB-TRECHSEL/LIEBER, Art. 335 N 8.

<sup>39</sup> BSK StGB-WIPRÄCHTIGER, Art. 335 N 10.

<sup>40</sup> BSK StGB-WIPRÄCHTIGER, Art. 335 N 10; PK StGB-TRECHSEL/LIEBER, Art. 335 N 8.

<sup>41</sup> KETTIGER, Jusletter 2009, Rz. 7.

vor, weshalb Raum für kantonale Übertretungsstrafnormen bliebe. Auch könne aus dem Umstand, dass bei der Revision des Sexualstrafrechts Strafnormen wie etwa Art. 203 aStGB (öffentliche unzüchtige Handlung) aufgehoben worden seien, nicht geschlossen werden, der eidgenössische Gesetzgeber habe das öffentliche Nacktsein generell erlauben wollen.<sup>42</sup>

[Rz 22] Das Bundesgericht folgte der Auffassung von MEICHSSNER und verwies einerseits auf die Rechtsprechung zum alten Sexualstrafrecht, wonach nicht sexuell motivierte Handlungen je nach den Umständen nach kantonalem Polizeistrafrecht oder nach Art. 203 aStGB (öffentliche unzüchtige Handlung) bestraft wurden, je nachdem ob nur Sitte und Anstand oder auch der geschlechtliche Anstand verletzt wurden. Nach der Lehre zu Art. 203 aStGB hingegen seien Betätigungen ohne sexuelle Bedeutung und somit unter anderem nicht sexuell motivierte Entblössungen nie unzüchtig und fielen daher im Falle ihrer Vornahme in der Öffentlichkeit nicht unter den Anwendungsbereich des Tatbestands der öffentlichen unzüchtigen Handlung. Sie seien ausschliesslich eine Angelegenheit des kantonalen Polizeirechts.<sup>43</sup> Weiter enthalte die Botschaft zur Revision keine Hinweise darauf, dass mit der Aufhebung von Art. 203 aStGB den Kantonen die Kompetenz genommen werden sollte, die nicht sexuell motivierte Entblössung unter Strafe stellen zu können.<sup>44</sup>

[Rz 23] Kernargument des Bundesgerichts ist also, dass bereits unter altem Recht das Nacktsein in der Öffentlichkeit nicht ausschliesslich im Regelungsbereich des StGB gewesen sei, nach Meinung der Lehre sogar ausschliesslich Gegenstand kantonalen Polizeirechts. Dementsprechend habe zu diesem Bereich bereits vor der Revision des Sexualstrafrechts keine abschliessende bundesrechtliche Regelung bestanden, was durch die Revision nicht geändert worden sei.

[Rz 24] Der Blick in die genannte Botschaft offenbart, dass im Zuge der Revision der Begriff «unzüchtige Handlung» durch den «wertneutralen Begriff der «geschlechtlichen Handlung» ersetzt werden sollte.<sup>45</sup> So gesehen fällt die nichtsexuelle Handlung nicht unter Art. 203 aStGB, der ja gerade auf den Begriff der unzüchtigen Handlung abstellt, und zwar in Übereinstimmung mit der damaligen Lehre und entgegen etwa BGE 89 IV 129. Das spricht für die Auslegung des Bundesgerichts im Nacktwanderfall.

[Rz 25] Im Übrigen war das Ziel der Revision des Sexualstrafrechts, welche auf den 1. Oktober 1992 in Kraft gesetzt wurde, gemäss Botschaft, «sexuelles Verhalten [...] dann strafbar zu erklären, wenn es einen anderen schädigt oder schädigen könnte, wenn ein Partner in solches Verhalten nicht in

verantwortlicher Weise einwilligen kann oder wenn jemand davor bewahrt werden soll, sexuelle Handlungen gegen seinen Willen wahrzunehmen.»<sup>46</sup> Bereits daraus wird klar, dass Gegenstand der Regelung von Art. 187 ff. StGB einzig sexuelles Verhalten sein kann, nicht hingegen anderweitig «Unanständiges». Eine Handlung, die – wie das Nacktwandern in vorliegendem Fall – weder sexuell motiviert ist noch eine objektive sexuelle Handlung<sup>47</sup> darstellt, betrifft kein sexuelles Verhalten und kann entsprechend nicht die strafrechtlich geschützte sexuelle Integrität tangieren. Daher bleibt für den kantonalen Gesetzgeber neben dem Sexualstrafrecht des Bundesgesetzgebers Raum, um das Nacktwandern unter Strafe zu stellen.

### 2.3 Keine Überschneidungen im Rechtsgüterschutz

[Rz 26] Zu keinem anderen Ergebnis führt ein Vergleich mit den Rechtsgütern, welche durch Art. 187 ff. StGB geschützt werden sollen. Es können deren drei identifiziert werden:

- die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern unter 16 Jahren;<sup>48</sup>
- die sexuelle Selbstbestimmung;<sup>49</sup>
- den Schutz der Gesellschaft vor Verrohung und Schutz der potentiellen Darsteller vor sexueller Ausbeutung, Gewalt und erniedrigender bzw. menschenunwürdiger Behandlung.<sup>50</sup>

[Rz 27] Ausser im Bereich der harten Pornographie geht es also ausschliesslich um Individualrechtsgüterschutz. Wo die sexuelle Selbstbestimmung Schutzobjekt ist, scheint es sich in aller Regel um Verletzungsdelikte zu handeln, bei der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern um abstrakte Gefährdungsdelikte (da eine Störung der Entwicklung oder

<sup>46</sup> BBl 1985 II 1009, 1064.

<sup>47</sup> Bzw. keine der anderen in Art. 187 ff. StGB genannten Handlungen wie Beischlaf, beischlafähnliche Handlungen, exhibitionistische Handlungen, pornographische Vorführungen oder sexuelle Belästigung, vgl. BSK StGB-MAIER, Vor Art. 187 N 19.

<sup>48</sup> Art. 187 und Art. 197 Ziff. 1, 3 und 3<sup>bis</sup> StGB, vgl. BSK StGB-MAIER, Art. 187 N 1 und Art. 197 N 7; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 187 N 1 und Art. 197 N 2; DONATSCH, Strafrecht III, 457 f.

<sup>49</sup> Art. 188 bis 195, 197 Ziff. 2 und 198 StGB, vgl. BSK StGB-MAIER, Art. 188 N 1, Art. 189 N 1, Art. 190 N 1, Art. 191 N 1, Art. 192 N 1, Art. 193 N 1, Art. 194 N 3 (wonach die sexuelle Selbstbestimmung auch beinhaltet, vor unerwünschten visuellen Einwirkungen im Sexualbereich geschützt zu werden), Art. 195 N 2, Art. 197 N 7 und Art. 198 N 5; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 188 N 1, Art. 189 N 1, Art. 190 N 1, Art. 191 N 1, Art. 192 N 1, Art. 193 N 1, Art. 194 N 1, Art. 195 N 1, Art. 197 N 2 und Art. 198 N 1 (dort sexuelle Integrität als Schutzgut); DONATSCH, Strafrecht III, 469 ff.

<sup>50</sup> Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB. Vgl. dazu und insbesondere zur geplanten Revision von Art. 197 StGB im Rahmen des Vorentwurfs über ein Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht (abrufbar unter [www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmen-harmonisierung.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmen-harmonisierung.html), besucht am 30. April 2012) NIGGLI/HAGENSTEIN, Virtualität, 1123 f.

<sup>42</sup> MEICHSSNER, Jusletter 2010, Rz. 10 ff.

<sup>43</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.3.2. m.H.a. STRATENWERTH, BT II<sup>3</sup>, § 27 N 3 und 6.

<sup>44</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.3.2. m.H.a. BBl 1985 II 1009 ff.

<sup>45</sup> BBl 1985 II 1009, 1064.

ihre konkrete Gefährdung nicht Tatbestandsmerkmal ist). Eine nur abstrakte Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung durch ein Verhalten, das den Tatbestand einer dieses Rechtsgut schützenden Norm erfüllt, scheint jedenfalls kaum vorstellbar.

[Rz 28] Zu Art. 19 KStR-AR hat das Bundesgericht festgehalten, dass die konkrete Reaktion der Person, die dem Nacktwanderer begegnet, keine Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit dieser Strafnorm zulässt.<sup>51</sup> Auch kommt es gemäss Bundesgericht nicht darauf an, wie gross die Wahrscheinlichkeit ist, dass der Nacktwanderer anderen Menschen begegnet.<sup>52</sup> Mit anderen Worten kann es nicht um die Verletzung oder konkrete Gefährdung eines Individualrechtsguts gehen, anders als etwa beim Antragsdelikt Exhibitionismus (Art. 194 StGB), wo es der betroffenen Person überlassen bleibt, ob sie von ihrem Antragsrecht Gebrauch macht.<sup>53</sup> Und im Bereich der abstrakten Gefährdung ist insofern ein struktureller Unterschied vorhanden, als dass es dort immer und ausschliesslich um Kinder geht, welche zudem auf die eine oder andere tatbestandsmässige Art in die Handlung des Täters miteinbezogen werden. Damit wird deutlich, dass Art. 19 KStR-AR nicht im selben Rechtsgüterbereich operieren kann wie diese Strafnormen des Sexualstrafrechts.

[Rz 29] Eine Überschneidung mit Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB ist ebenfalls nicht ersichtlich. Zwar existiert für den Begriff der Pornographie keine überzeugende Definition.<sup>54</sup> Klar ist dennoch, dass der Anblick einer wie im hier besprochenen Bundesgerichtsentscheid nackt wandernden Person nicht pornographisch sein kann, da pornographische Darbietungen gemäss Umschreibungen in der Lehre solche sind, die grob sexuellen Inhalt aufweisen, der sich primär auf den Genitalbereich konzentriert und darauf ausgelegt ist, beim Konsumenten geschlechtliche Erregung zu wecken.<sup>55</sup> Wenn das Nacktwandern weder sexuell motiviert ist noch einen äusserlichen sexuellen Inhalt aufweist und sich auch nicht an «Konsumenten» richtet, ist offenbar, dass es sich um etwas völlig anderes handelt als dasjenige, wovor Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB schützen wollen. Selbst wenn die Verrohung der Gesellschaft als Schutzgut anerkannt würde, gäbe es keine Überschneidung, denn Art. 19 KStR-AR will etwas anderes: vor Ärger bewahren, bzw. vor dem Risiko, dass sich jemand zu Recht über ein von den Sitten abweichendes Verhalten ärgern könnte.

[Rz 30] Die Norm von Art. 19 KStR-AR beschlägt deshalb keinen Bereich, wo das «Strafgesetzbuch die Angriffe auf ein Rechtsgut durch ein geschlossenes System von Normen

abschliessend regelt.»<sup>56</sup> Dem kantonalen Gesetzgeber bleibt im Rahmen von Art. 335 StGB die Kompetenz, das Nacktwandern unter Strafe zu stellen.

## 2.4 Das Rechtsgut von Art. 19 KStR-AR?

[Rz 31] Bis jetzt haben wir festgestellt, dass Art. 19 KStR-AR nicht die gleichen Rechtsgüter schützen soll wie die Art. 187 ff. StGB. Das Rechtsgut jener Norm bleibt jedoch unklar. Es könnte sich entweder um eine abstrakte Gefährdung von Individualinteressen handeln: Abstrakte Gefährdungsdelikte bedrohen ein Verhalten mit Strafe, welches eine erhöhte Möglichkeit der Verletzung eines Rechtsguts schafft, auch wenn das im Einzelfall nicht zutrifft. Die abstrakte Gefahr ist nicht Tatbestandsmerkmal, sondern Grund für die Schaffung einer solchen Strafnorm. Eine tatsächliche Ungefährlichkeit der konkreten Handlung spielt dabei keine Rolle, das Verhalten ist trotzdem tatbestandsmässig.<sup>57</sup> Abstrakt gefährdet werden könnte allenfalls der Anspruch, durch andere nicht belästigt zu werden. Andererseits wird im angesprochenen Entscheid vom Beschwerdeführer vorgebracht, es gehe um ein Kollektivrechtsgut, namentlich um die öffentliche Sittlichkeit. Diese taugt heutzutage nicht mehr als legitimes Schutzgut.<sup>58</sup> In der Tat ist nicht ohne weiteres klar, welches Kollektivrechtsgut einschlägig sein könnte.

[Rz 32] Doch diese Frage kann offen bleiben, weil es für den Strafrichter um die Anwendung einer Strafnorm, und nicht um Kriminalpolitik geht. Die Gültigkeit einer Strafnorm hängt – unter Vorbehalt des Grundrechtsschutzes<sup>59</sup> – nicht davon ab, ob ein akzeptables Rechtsgut identifiziert werden kann. Insofern ist die Frage nach der rechts- oder polizeigutstheoretischen Legitimation einer gültig erlassenen Strafnorm keine, auf die der Strafrichter eine Antwort geben könnte.<sup>60</sup>

## III. Das Legalitätsprinzip

### 1. Allgemeines

[Rz 33] Das Bundesgericht hatte sich schliesslich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Strafbestimmung von Art. 19 KStR-AR den Anforderungen von Art. 1 StGB (und auch Art. 7 EMRK) genüge, der lautet: «Eine Strafe [...] darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.» Es handelt sich zwar um eine im StGB festgeschriebene Regel, doch kommt ihr Verfassungsrang

<sup>51</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.4.3.

<sup>52</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.5.1.

<sup>53</sup> BSK StGB-MAIER, Art. 194 N 3.

<sup>54</sup> NIGGLI/HAGENSTEIN, Virtualität, 1112 ff.

<sup>55</sup> PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 197 N 4.

<sup>56</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.1.1.

<sup>57</sup> RIKLIN, AT, § 9 N 15.

<sup>58</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.4.1.

<sup>59</sup> Wobei hier die Bedenken von KETTIGER, Jusletter 2009, Rz. 11 nicht geteilt werden, sondern dem Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 7, zuzustimmen ist.

<sup>60</sup> So auch das Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 3.4.2.

zu.<sup>61</sup> Die dahintersteckende Überlegung ist folgende: Die Grenze zwischen strafbarem und legalem Verhalten kann im Handlungszeitpunkt nur dann mit einiger Sicherheit erkannt werden, wenn der Straftatbestand hinreichend klar umschrieben ist. Diese Klarheit kann nur ein Gesetz vermitteln, nicht bloss Gerichspraxis oder Gewohnheitsrecht. Auch das Gesetz kann diese Funktion nur vermitteln, wenn es mit genügender Sorgfalt redigiert worden ist.<sup>62</sup> Dieses sog. Legalitätsprinzip wurde von P.J.A. FEUERBACH in die bekannte Formel *nulla poena sine lege*<sup>63</sup> gegossen.

[Rz 34] Für das kantonale Strafrecht des Kantons Appenzell Ausserrhoden leitet sich die Geltung des Legalitätsprinzips einerseits aus Art. 5 BV und Art. 7 EMRK ab,<sup>64</sup> andererseits kennt die Kantonsverfassung<sup>65</sup> in Art. 8 eine zu Art. 9 BV analoge Regelung und schliesslich erklärt Art. 2 KStR-AR den AT StGB für sinngemäss anwendbar.

[Rz 35] Der Grundsatz von *nulla poena sine lege* ist Grundlage dreier weiterer Prinzipien: Erstens *nulla poena sine lege praevia*, welches rückwirkende Strafnormen verbietet und insbesondere in Art. 2 StGB normiert ist,<sup>66</sup> zweitens *nulla poena sine lege scripta*, was Gewohnheitsrecht oder anderes ungeschriebenes Recht aus dem Strafrecht verbannt (zumindest soweit es zu Ungunsten des Täters wirken würde), und drittens *nulla poena sine lege certa* (synonym verwendet auch *stricta*), das Bestimmtheitsgebot,<sup>67</sup> mit welchem sich das Bundesgericht in casu auseinandersetzte.

[Rz 36] Eine Norm genügt dem Bestimmtheitsgebot nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann, wenn der Normadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.<sup>68</sup> Der Gesetzgeber könne aber nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden müsse.<sup>69</sup> Aber immerhin «müssen die Merkmale strafbaren Verhaltens und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar sein.»<sup>70</sup>

[Rz 37] Freilich ist dem Bundesgericht zuzustimmen, dass die Praxis auslegen muss. Es ist eine Eigenschaft aller Texte, dass sie ihren Sinn nicht in sich selbst enthalten,<sup>71</sup> und von der aufklärerischen Vorstellung des Richters als reinem Subsumtionsautomaten<sup>72</sup> haben wir uns definitiv verabschiedet.<sup>73</sup> Das Bundesgericht macht es sich aber zu einfach, wenn es kurz und bündig festhält: «Aus der Norm ergibt sich klar und unmissverständlich, dass die grobe Verletzung von Sitte und Anstand in der Öffentlichkeit strafbar ist.»<sup>74</sup>

[Rz 38] So verstanden, könnte das StGB durch eine einzige Norm ersetzt werden: «Wer Böses tut, wird bestraft».<sup>75</sup> Denn auch hier ergibt sich klar und unmissverständlich, dass das Tun von Bösem strafbar ist. Der Gradmesser für die Bestimmtheit kann aber nicht sein, ob der Satz überhaupt irgendwie verständlich ist, sondern nur, ob bei Betrachtung der Strafnorm mindestens einigermaßen klar ist, welches Verhalten ver- oder geboten ist. Die Strafnorm «Wer Böses tut, wird bestraft» hielte dem Bestimmtheitsgebot nicht stand.<sup>76</sup> Insofern ist durch die Argumentation des Bundesgerichts nichts gewonnen. Ebenso wenig verfängt das Argument, in zahlreichen Kantonen gäbe es gleichartige oder ähnliche Strafnormen betreffend Verletzung von Sitte und Anstand:<sup>77</sup> Dieser unzulässige Schluss vom Sein auf das Sollen kann keine Begründung sein.

[Rz 39] Das Bundesgericht geht zudem fehl, wenn es die Frage nach der Bedeutung von Sitte und Anstand nicht unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips, sondern (erst) unter dem Titel der Auslegung und Anwendung von kantonalem Recht prüft.<sup>78</sup> Das Problem ist: Der klassische Kanon der Auslegungselemente bzw. die Methodologie<sup>79</sup> hält für die Frage, welches Verhalten von Sitte und Anstand konkret ge- oder verboten sein könnte, keine Antwort bereit. *Wortlaut?* Dieser hilft ganz offensichtlich nicht. Das Bundesgericht bedient sich Enzyklopädien, welche zwar die Begriffe abstrakt umschreiben, sie aber nicht ausfüllen, ihnen keine konkreten Ge- oder Verbote einhauchen können, nach welchen sich der Normadressat zu richten hätte. *Historisches Element?* Die Entstehungsgeschichte der Rechtsnorm «unanständiges Benehmen» kann uns nichts darüber sagen, was Sitte

<sup>61</sup> PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 1; STRATENWERTH, AT I, § 4 N 6; PC CP-DUPUIS et al., Art. 1 N 2.

<sup>62</sup> STRATENWERTH, AT I, § 4 N 4; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 30; HURTADO POZO, ZStrR 1987, 35.

<sup>63</sup> FEUERBACH, Lehrbuch, § 20.

<sup>64</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 8; PC CP-DUPUIS et al., Art. 1 N 4; BIAGGINI, BV, Art. 5 BV N 7 ff. PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 8, nennen auch Art. 9 BV.

<sup>65</sup> Verfassung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1995 (bGS 111.1).

<sup>66</sup> Der auch Grundrechtscharakter hat, PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 2 N 2.

<sup>67</sup> PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 12.

<sup>68</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 4.1; BGE 119 IV 242 E. 1c S. 244.

<sup>69</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 4.1.

<sup>70</sup> BGE 112 Ia 107 E. 3b S. 113; s.a. PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 3.

<sup>71</sup> Vgl. zum Ganzen KESHELAVA, Diss.; AMSTUTZ/NIGGLI, Wittgenstein I; NIGGLI/AMSTUTZ, Wittgenstein II; AMSTUTZ/NIGGLI, Wittgenstein III.

<sup>72</sup> «*Mais les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*» MONTESQUIEU, esprit, Livre XI, Chapitre VI, 305 f.

<sup>73</sup> Statt vieler KESHELAVA, Diss., 3 ff.; vgl. auch HURTADO POZO, ZStrR 1987, 35.

<sup>74</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 4.2.

<sup>75</sup> KESHELAVA, Diss., 125.

<sup>76</sup> G.M. KESHELAVA, Diss., 125.

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 4.2.

<sup>78</sup> So im Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.

<sup>79</sup> Vgl. statt vieler KESHELAVA, Diss., 23 ff.; BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 25 ff.; PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 25; PC CP-DUPUIS et al., Art. 1 N 20 ff.



oder Anstand konkret bedeuten könnten. *Systematik?* Die Stellung im kantonalen Strafrecht sagt uns, dass sein Gegenstand nichts sein kann, was der Bundesgesetzgeber abschliessend behandelt hat. Aber mehr auch nicht, die Begriffe von Sitte und Anstand kann die Systematik nicht mit konkreten Verhaltensanweisungen ausfüllen. Der *Zweck der Norm?* Der Zweck ist, grobe Verletzungen von Sitte und Anstand bestrafen zu können, doch finden wir zu den beiden Begriffen keine weitergehende Annäherung. *Rechtsverglei- chung?* Dies scheint bereits aus Sicht des Bundesgerichts wenig erfolgversprechend: «Die Anschauungen darüber, ob und in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten als Sitte und Anstand verletzend empfunden wird, kann von Region zu Region verschieden sein.»<sup>80</sup> Im Übrigen wäre dies keine *Rechtsverglei- chung*, sondern eine Vergleichung von Sitten und Anstandsempfindungen. Trotzdem verweist das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf die angeblich ähnliche Mentalität des Volks des Kantons Appenzell Innerrhoden, welches durch «Landsgemeindebeschluss vom 26. April 2009 Art. 15 des Übertretungsstrafgesetzes des Kantons Appenzell I.Rh. (UeStG/AI) unter anderem im Hinblick auf eine zu schaffende Strafnorm betreffend das Nacktwandern dahingehend ergänzt hat, dass auch mit Busse bestraft wird, wer sich «öffentlich ein anstössiges, Sitte oder Anstand verletzendes Verhalten zuschulden kommen lässt». Gestützt auf diese Bestimmung sowie auf den durch den Landsgemeindebeschluss neu eingefügten Art. 4 Abs. 2 UeStG/AI, wonach der Grosse Rat für geringfügige Übertretungen eine Liste mit festen Bussen erlassen kann, hat der Grosse Rat des Kantons Appenzell I.Rh. am 15. Juni 2009 die Verordnung über die Ordnungsbussen samt Anhang erlassen, dessen Ziff. 1.10 eine Busse von Fr. 200.– androht für «Nacktes Aufhalten in der Öffentlichkeit (Art. 15 UeStG).»<sup>81</sup> *Rechtsver- gleichend* fällt immerhin auf, dass es der Kanton Appenzell Innerrhoden schon vor der hier beurteilten Nacktwanderung als notwendig erachtete, betreffend Nacktheit in der Öffentlichkeit legislatorisch tätig zu werden und in der Bussenliste ein ausdrückliches Verbot zu schaffen. Das spricht nicht gerade für die Regelung von Art. 19 KStR-AR.

[Rz 40] Doch weshalb versagen die Auslegungsmethoden bei der Frage nach dem Ge- oder Verbotenen? Ganz simpel – weil es nicht um Auslegung oder Präzisierung einer bereits gesetzlich umschriebenen strafbaren Handlung geht,<sup>82</sup> wie die besondere Struktur von Art. 19 KStR-AR verrät.

## 2. Art. 19 KStR-AR als Blankettstrafnorm

[Rz 41] In seiner Struktur erinnert Art. 19 KStR-AR nämlich deutlich an Art. 90 Ziff. 1 SVG (Verletzung der Verkehrsregeln):

*Wer Verkehrsregeln dieses Gesetzes oder der*

*Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt, wird mit Busse bestraft.*

[Rz 42] an Art. 72 Abs. 1 MStG (Nichtbefolgung von Dienstvorschriften):

*Wer vorsätzlich ein Reglement oder eine andere Dienstvorschrift nicht befolgt, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft.*

[Rz 43] oder schliesslich an Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen):

*Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.*

[Rz 44] Diesen Normen ist gemein, dass sie zwar die Rechtsfolge ihrer Verletzung enthalten, nicht aber das eigentliche verpönte Verhalten umschreiben, es handelt sich um Blankettstrafnormen.<sup>83</sup> Diesen drei Blankettstrafnormen ist ausserdem gemein, dass sie einen klaren Verweis enthalten, wo der Normadressat, welcher sein Verhalten entsprechend richten möchte, die konkrete Verhaltensanweisung zu suchen hat: sie findet sich für Art. 90 SVG in den Verkehrsregeln wie etwa Art. 34 Abs. 2 SVG: «Auf Strassen mit Sicherheitslinien ist immer rechts dieser Linie zu fahren.» Art. 72 MStG verweist auf die konkreten Verhaltensanweisungen in den Reglementen und den Dienstvorschriften der Armee, beispielsweise Art. 13 Abs. 2 VmK<sup>84</sup>: «Wer einen neuen Wohnsitz oder eine neue Wohnadresse im Inland begründet, hat diese dem zuständigen Kreiskommandanten zu melden.», und Art. 292 StGB verweist auf den Inhalt einer Verfügung,<sup>85</sup> die zudem rechtsgültig erlassen und zugestellt sein muss.<sup>86</sup> Mit anderen Worten enthalten die Blankettstrafnormen eine – wir wollen es hier so nennen<sup>87</sup> – Variable, welche in der Strafnorm *an- stelle* der Verhaltensanweisung steht.

[Rz 45] Ganz offensichtlich ist das Verletzen von Sitte und Anstand gleich strukturiert wie das Verletzen der Verkehrsregel, der Verfügung oder der Dienstvorschrift: Art. 19 KStR-AR enthält das verbotene oder gebotene Verhalten nicht in sich selbst, sondern vielmehr zwei Variablen, welche durch Rekurs auf andere Normquellen ausgefüllt werden müssen. Doch anstelle eines anderen Gesetzes, einer Verordnung oder eines Reglements verweist die Variable der «Sitte» auf ein ausserrechtliches Kriterium, nämlich Brauch und Gewohnheit. Die Variable des «Anstands» ihrerseits ist durch einen Schöpfungsprozess des Richters zu füllen, wobei ihm

<sup>80</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.3.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.4.4.

<sup>82</sup> STRATENWERTH, AT I, § 4 N 25.

<sup>83</sup> RIKLIN, AT, § 1 N 14; BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 8 m.w.H.; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 51 N 2; BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 19; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 292 N 1.

<sup>84</sup> Verordnung vom 10. Dezember 2004 über das militärische Kontrollwesen (SR 511.22).

<sup>85</sup> BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 8.

<sup>86</sup> BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 35; RIEDO/MAEDER, fp 2011, 20.

<sup>87</sup> Man könnte auch von Platzhalter o.ä. sprechen.

vom Gesetzgeber keinerlei rechtliche Anleitung, Schranken oder weitere Kriterien gegeben werden, wie er dies zu tun habe.

### 3. Folgerungen

#### 3.1 *scripta*?

[Rz 46] Nochmals: Es ist unzulässig, eine strafrechtliche Verurteilung auf Gewohnheitsrecht zu stützen,<sup>88</sup> da Art. 1 StGB eine *ausdrückliche* Gesetzesbestimmung verlangt.<sup>89</sup> Gewohnheitsrecht sind ungeschriebene Normen, die rechtlichen Charakter haben, weil sie einer längere Zeit andauernden, ununterbrochenen Übung entsprechen und sowohl von den Behörden wie auch den Betroffenen als Teil der Rechtsordnung erachtet werden.<sup>90</sup> Nicht angehen könnte, dem Gewohnheitsrecht mittels einer Strafnorm insofern ein Einfallstor zu öffnen, als dass statuiert würde: «Wer das Gewohnheitsrecht verletzt, wird bestraft.» Denn dies würde materiell nichts ändern. Verlangt wird eine Normierung im Gesetz, das heisst im geschriebenen Recht. Bezogen auf eine Blankettstrafnorm bedeutet dies, dass die Norm, welche die Variable ausfüllt, ihrerseits auch dem geschriebenen und veröffentlichten<sup>91</sup> Recht entstammen muss. Andernfalls wäre eine Umgehung des Grundsatzes *nulla poena sine lege scripta* denn doch zu einfach.

[Rz 47] Bereits auf den ersten Blick ist klar: Was Sitte, Brauch oder Tradition ist, ist nicht im geschriebenen Recht festgehalten. Wenn nun vor dem Legalitätsprinzip zu Ungunsten des Beschuldigten nicht einmal Gewohnheitsrecht Bestand haben kann,<sup>92</sup> kann das die reine Gewohnheit oder Sitte noch viel weniger. Ebenso wenig kann die Schöpfung des Strafrichters im Bereich des Anstands behaupten, dem geschriebenen Recht zu entstammen; es handelt sich auch keineswegs um freie Rechtsfindung *intra legem*<sup>93</sup>. Eine Gesetzesbindung dieses Schöpfungsprozesses besteht nicht.<sup>94</sup> Die den Blankettstrafatbestand ausfüllenden Normen sind mit anderen Worten nicht dem geschriebenen, ja nicht einmal dem Recht überhaupt zu entnehmen. Da auch und gerade bei Blankettstrafnormen rechtsbeständige Normen<sup>95</sup> zur Ausfüllung vorausgesetzt werden,<sup>96</sup> kann eine Strafbestimmung, welche die grobe Verletzung von Sitte und Anstand in

der Öffentlichkeit pönalisiert, vor dem Grundsatz *nulla poena sine lege scripta* nicht standhalten.

#### 3.2 *certa*?

[Rz 48] Der Sinn des Bestimmtheitsgebotes liegt darin, dass Gesetze ohne hinreichend bestimmten Wortlaut die richterliche Entscheidung weder berechenbar noch vergleichbar machen, was aber für deren Akzeptanz und die Zuschreibung von Verantwortung Voraussetzung ist.<sup>97</sup>

[Rz 49] Zwar sei zugegeben, dass sich das Bestimmtheitsgebot in erster Linie an den Gesetzgeber wendet.<sup>98</sup> Doch wenn dieser sich nicht daran hält, hat der Strafrichter der unbestimmten Norm, die Anwendung zu versagen.<sup>99</sup> Gerade bei kantonalem (Straf-)Recht ist daran zu erinnern, dass es von Art. 190 BV nicht «immunisiert»<sup>100</sup> wird. Zuzugeben sei auch, dass die Praxis dem Bestimmtheitsgebot eher eine schwache Stellung einräumt<sup>101,102</sup> («Extremfälle»<sup>103</sup>). Auffällig ist jedoch, dass die Lehre den bedeutsamsten Anwendungsbereich des Bestimmtheitsgebots gerade bei denjenigen Verhaltensnormen erkennt, welche Blankettstrafnormen ausfüllen.<sup>104</sup> Denn klar ist: Auch diese müssen der Anforderung der Bestimmtheit genügen.<sup>105</sup>

[Rz 50] So muss beispielsweise der Inhalt einer Verfügung, deren Verletzung mittels Art. 292 StGB bestraft werden soll, eine verbindliche Verhaltensanweisung enthalten, welche in einem Gebot oder Verbot bestehen kann. Diese Pflicht muss nun hinreichend klar umschrieben sein, damit der Verfügungsadressat sein Verhalten danach richten kann.<sup>106</sup> Auch im Bereich von Art. 72 MStG kommt als ausfüllende Norm nur eine Vorschrift in Frage, die ihrem Inhalt nach dem Adressaten ein Verhalten vorschreibt,<sup>107</sup> und auch diese muss genügend bestimmt sein.<sup>108</sup>

[Rz 51] Bei der Blankettstrafnorm von Art. 19 KStR-AR sind das Verhalten bzw. die Tatbestandselemente nicht vom Gesetzgeber konkretisiert, was «am wenigsten erträglich»<sup>109</sup> ist,

<sup>88</sup> STRATENWERTH, AT I, § 4 N 24; PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 15; PC CP-DUPUIS et al., Art. 1 N 12.

<sup>89</sup> DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 31.

<sup>90</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 15.

<sup>91</sup> PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 13 m.H.a. BGE 112 Ia 107 E. 3b S. 113.

<sup>92</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 15; PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 12.

<sup>93</sup> Dazu DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 39.

<sup>94</sup> Vgl. dazu STRATENWERTH, AT I, § 4 N 29 f.

<sup>95</sup> Dazu allgemein PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 1.

<sup>96</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 20.

<sup>97</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 31.

<sup>98</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 31; PC CP-DUPUIS et al., Art. 1 N 12.

<sup>99</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 31.

<sup>100</sup> BIAGGINI, BV, Art. 190 BV N 11.

<sup>101</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 36.

<sup>102</sup> Etwa im Vergleich mit Deutschland, wo negative Erfahrungen mit Rechtsprechung nach «gesundem Volksempfinden» nicht vergessen sind, BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 31.

<sup>103</sup> STRATENWERTH, AT I, § 4 N 14; BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 36.

<sup>104</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 31.

<sup>105</sup> Für Art. 292 StGB bspw. BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 49.

<sup>106</sup> BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 48 f.; PK StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 292 N 7; DONATSCH/ WOHLERS, Strafrecht IV, 415.

<sup>107</sup> POPP, MStG, Art. 72 N 8.

<sup>108</sup> Vgl. betreffend das Tatbestandsmerkmal des Befehls bei Art. 61 MStG (Ungehorsam) POPP, MStG, Art. 61 N 9 f.

<sup>109</sup> STRATENWERTH, AT I, § 4 N 15.

da man gerade dies am präzisesten tun könnte.<sup>110</sup> Nun könnte man mit Fug und Recht bereits sagen, was nicht *scripta* ist, kann auch nicht *certa* sein.<sup>111</sup> Aber auch darüber hinaus betrachtet kann eine Norm wie die hier besprochene nicht dem Bestimmtheitsgebot genügen. Denn inwiefern der Normadressat, also «jedermann»<sup>112</sup> sein Verhalten nach einer Blankettstrafnorm richten könnte, welche zur Ausfüllung auf ausserrechtliche Gebräuche verweist, gepaart mit einem richterlichen Schöpfungsprozess, für welchen das Recht keine Anleitung gibt, und das Ganze gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von Region zu Region noch verschieden sein kann,<sup>113</sup> bleibt schleierhaft.<sup>114</sup>

### 3.3 *praevia*?

[Rz 52] Der Grundsatz von *nulla poena sine lege praevia* ist in Art. 2 StGB kodifiziert, dessen Abs. 1 lautet: «*Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht.*» Es geht darum, dass für ein Verhalten nur dann eine Strafe ausgefällt werden darf, wenn es im Zeitpunkt der Tatbegehung bereits mit Strafe bedroht war. Hauptzweck des Rückwirkungsverbots ist die Verhütung von staatlichem Machtmissbrauch, mit anderen Worten geht es um einen Vertrauensschutz in dem Sinn, dass prinzipiell und im Moment der Handlung oder Unterlassung erkennbar sein muss, welches Verhalten mit welcher Strafe bedroht ist.<sup>115</sup>

[Rz 53] Auch dieses Gebot kann ausgehöhlt werden, indem mit Generalklauseln oder Blankettstrafnormen gearbeitet wird, deren Ausfüllungsnormen nicht im geschriebenen Recht enthalten sind. Denn so kann im Nachhinein jedes Verhalten, auch solches, an das der Gesetzgeber vorher gar nicht gedacht hat, strafrechtlich sanktioniert werden. Es ist praktisch unmöglich festzustellen, was an ausserrechtlichen Kriterien in einem bestimmten Zeitpunkt galt, sofern man hier überhaupt von Geltung sprechen kann. Das ist im Lichte des Legalitätsprinzips abzulehnen. Das Bundesgericht teilt diese Bedenken jedoch offenbar nicht und hält fest: «*Das Fehlen einer Strafbestimmung, die ausdrücklich auch das Nacktwandern mit Strafe bedroht, lässt sich im Übrigen aus verschiedenen Gründen erklären, etwa damit, dass das Nacktwandern im Zeitpunkt der inkriminierten Tat noch*

*neu war (...).*»<sup>116</sup> Es liegt in der Natur der Sache, dass das Strafrecht fragmentarischen Charakter hat und haben muss, Strafbarkeitslücken sind nicht per se ein Fehler.<sup>117</sup> Ein neues als strafwürdig empfundenen Phänomen muss, wenn es nicht unter eine dem Legalitätsprinzip genügende Norm subsumiert werden kann, Gegenstand einer neuen Strafnorm sein. Hingegen kann es nicht angehen, diese Prinzipien mit unbestimmten Generalklauseln bzw. unbestimmten Blankettstrafnormen auszuhöhlen.

## IV. Fazit

[Rz 54] Im Ergebnis ist dem Bundesgericht darin zuzustimmen, dass die Kantone eine Kompetenz haben, das Nacktwandern unter Strafe zu stellen. Ob eine solche Norm legitim oder sinnvoll ist, bleibt letztlich eine kriminalpolitische Frage,<sup>118</sup> die aber an dieser Stelle nicht vertieft werden kann.

[Rz 55] Grosse Bedenken weckt indes der Umgang mit dem Legalitätsprinzip. Wie gezeigt wurde, können Strafnormen, welche für das eigentlich verpönte Verhalten blankettartig auf ungeschriebene, wandelbare und ausserrechtliche «Normen» verweisen, vor Bundes- und Kantonsverfassung, Art. 1 und 2 StGB sowie Art. 7 EMRK nicht standhalten. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, seine Wertungen, wenn er sie justiziabel machen will, in Tatbestände zu giessen.<sup>119</sup> Andernfalls ist nicht ersichtlich, welchen Gehalt das Legalitätsprinzip überhaupt noch haben könnte. Wenn schon ein Verbot des Nacktwanderns (oder anderer Nackt-Taten in der Öffentlichkeit) gewünscht wird, dann hat dies mittels einer Strafnorm zu geschehen, welche den Anforderungen von *nullum crimen, nulla poena sine lege* genügt.

[Rz 56] Ein Strafrecht jedoch, das nicht mehr mit Bestimmtheit gewisse Verhaltensweisen ver- oder gebietet, verliert mit dem Legalitätsprinzip einen wichtigen rechtsstaatlichen Garant. Sodann verlangt man, wenn die Verletzung von Sitte und Anstand unter Strafe gestellt wird, von den Rechtsunterworfenen nichts anderes, als ein in den Augen der Entscheidungsinstanzen sozialmoralisch einwandfreies Leben zu führen.<sup>120</sup> Ein derart kollektivistisches, sozialmoralistisches und konservatives Strafrecht scheint mir unhaltbar, ganz unabhängig davon, ob man lieber alleine oder in Gruppen wandert.

<sup>110</sup> BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 33.

<sup>111</sup> Immerhin sind im Bereich von Art. 292 StGB mündliche Verfügungen denkbar, die aber – und hier findet sich das Korrektiv – *eröffnet* und zur *Kenntnis genommen* sein müssen, vgl. BSK StGB-RIEDO/BONER, Art. 292 N 47 ff.

<sup>112</sup> Fn. 70.

<sup>113</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 5.3.

<sup>114</sup> In diesem Sinne auch KETTIGER, Jusletter 2009, Rz 9 f. Vgl. auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 30 Fn. 65: «Zu unbestimmt ist z.B. der Begriff &quot;Grober Unfug&quot;, für dessen Verübung eine Gemeindepolizeiverordnung Busse androht».

<sup>115</sup> STRATENWERTH, AT I, § 4 N 11.

<sup>116</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_345/2011 vom 17. November 2011, E. 8.2.

<sup>117</sup> Vgl. dazu RIKLIN, AT, § 4 N 7 m.w.H.; STRATENWERTH, AT I, § 3 N 14 m.w.N.; SCHULTZ, AT I, 49; SEELMANN, AT, 3 f.; TRECHSEL/NOLL, AT, 27 f.

<sup>118</sup> So hielt bereits GERMANN, Kommentar, Art. 1 N 16 für das Legalitätsprinzip zutreffend fest: «Der Grundsatz gibt *keine Gewähr gegen die Willkür des Gesetzgebers* selbst, gegen den Inhalt der Strafgesetze.»

<sup>119</sup> PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 1 N 23.

<sup>120</sup> Vgl. auch ARZT, Strafgesetz, 36; BSK StGB-POPP/LEVANTE, Art. 1 N 36.

## Literaturverzeichnis

Amstutz/Niggli, Wittgenstein I

Marc Amstutz/Marcel Alexander Niggli, Recht und Wittgenstein I. Wittgensteins Philosophie als Bedrohung der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Jusletter 24. Juli 2006

Amstutz/Niggli, Wittgenstein III

Marc Amstutz/Marcel Alexander Niggli, Recht und Wittgenstein III. Vom Gesetzeswortlaut und seiner Rolle in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Jusletter 24. Juni 2006

Arzt, Einführung

Gunther Arzt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1996

Arzt, Strafgesetz

Gunther Arzt, Das missglückte Strafgesetz, in: Uwe Diederichsen/Ralf Dreier (Hrsg.), Das missglückte Gesetz, 8. Symposium der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart», Göttingen 1997, 17–38

Biaggini, BV

Giovanni Biaggini, BV. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007

Braunschweig, Schicksale

Max Braunschweig, Schicksale vor den Schranken, Zürich 1943

BSK StGB-Bearbeiter/in

Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2007

Donatsch, Strafrecht III

Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

Donatsch/Tag, Strafrecht I

Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006

Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV

Andreas Donatsch/Wolfgang Wohlens, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011

Ehrlich, Grundlegung

Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1989

Feuerbach, Lehrbuch

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Giessen 1832

Germann, Kommentar

Oscar Adolf Germain, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil, Erste Lieferung, Zürich 1953

Hurtado Pozo, ZStrR 1987

José Hurtado Pozo, Le principe de la légalité, le rapport de la causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale, ZStrR 104 (1987), 23–56

Kant, Grundlegung

Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Vorrede [1785/1786], Werkausgabe Bd. IV, Wiesbaden 1956

Keshelava, Diss.

Tornike Keshelava, Der Methodenpluralismus und die ratio legis. Eine sprachkritische Untersuchung, Diss. FR, Basel 2012

Kettiger, Jusletter 2009

Daniel Kettiger, Nackte (Rechts-)Tatsachen zur strafrechtlichen Verfolgung des Nacktwanderns, in: Jusletter 23. Februar 2009

Luhmann, Rechtssoziologie

Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987

Meichssner, Jusletter 2010

Stephan Meichssner, Im Adamskostüm durch den Alpstein? Anmerkungen zum Appenzeller Nacktwanderverbot, in: Jusletter 20. September 2010

Montesquieu, esprit

Charles-Louis de Secondat de Montesquieu, De l'esprit des lois, Paris 1842, Tome premier

Niggli/Amstutz, Wittgenstein II

Marcel Alexander Niggli/Marc Amstutz, Recht und Wittgenstein II. Über Parallelen zur Wittgensteinschen Philosophie in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Jusletter 24. Juli 2006

Niggli/Hagenstein, Virtualität

Marcel Alexander Niggli/Nadine Hagenstein, Virtualität, Realität, Sexualität und Konsum. Zur geplanten Revision der Pornographie-Strafnorm (Art. 197 StGB) und den Schwierigkeiten mit Schein und Sein, in: Franco Lorandi/Daniel Stahelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 1109–1131



- PC CP-Dupuis et al.  
Michel Dupuis et al. (Hrsg.), *Petit Commentaire, Code Pénal*, Bâle 2012
- PK StGB-Bearbeiter/in  
Stefan Trechsel et al., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich/St. Gallen 2008
- Popp, MStG  
Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil*, St. Gallen 1992
- Radbruch, Einführung  
Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7./8. Aufl. [1929], in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 1, *Rechtsphilosophie I*, 210–405
- Raiser, Rechtssoziologie  
Thomas Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4., neu gefasste Aufl. von «Das lebende Recht», Tübingen 2007
- Rehbinder, Rechtssoziologie  
Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., München 2000
- Riedo/Maeder, fp 2011  
Christof Riedo/Stefan Maeder, Art. 292 StGB: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen; Erfordernis des Wissens um die Strafandrohung, Konsequenzen für die Anwaltschaft. Anmerkung zu BGE 6B\_280/2010 vom 20. Mai 2010, in: *forumpenale* 1/2011, 19–22
- Riklin, AT  
Franz Riklin, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007
- Röhl/Röhl, Rechtslehre  
Klaus Röhl/Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3 Aufl., Köln/München 2008
- Schultz, AT I  
Hans Schultz, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band, Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen*, 4. Aufl., Bern 1982
- Seelmann, AT  
Kurt Seelmann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Basel 2009
- Stratenwerth, AT I  
Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl., Bern 2011
- Stratenwerth, BT II3  
Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 3. Aufl., Bern 1984
- Stratenwerth/Bommer, BT II  
Günter Stratenwerth/Felix Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 6. Aufl., Bern 2008
- Stratenwerth/Jenny/Bommer, BT I  
Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 7. Aufl., Bern 2010
- Trechsel/Noll, AT  
Stefan Trechsel/Peter Noll, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004
- Weber, Wirtschaft und Gesellschaft  
Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Studienausgabe, Tübingen 1980
- 
- Stefan Maeder, MLaw, Rechtsanwalt, ist Lektor für Strafrecht an der Universität Freiburg.
- 

\* \* \*