

FESTSCHRIFT FÜR RICHARD LANGE
ZUM 70. GEBURTSTAG



Richard Coenig

FESTSCHRIFT FÜR RICHARD LANGE
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben

von

GÜNTER WARDA, HERIBERT WAIDER,
REINHARD VON HIPPEL, DIETER MEURER



1976

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Gedruckt mit Unterstützung
von Dr. iur. h. c. Bruno Uhl,
der Pierburg-Stiftung und des HUK-Verbandes

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Festschrift für Richard Lange zum 70. [siebzigsten]
Geburtstag / hrsg. von Günter Warda ... Richard
Lange zum 29. April 1976 dargebr. von Gottfried
Baumgärtel ... — 1. Aufl. — Berlin, New York: de
Gruyter, 1976.**

ISBN 3-11-006546-0

NE: Warda, Günter [Hrsg.]; Lange, Richard: Festschrift

©

Copyright 1976 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1 Berlin 36
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe-GmbH, Berlin 61

RICHARD LANGE

zum 29. April 1976

dargebracht von

GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, REINHARD BEINE, PAUL BOCKELMANN,
PAUL H. BRESSER, EDUARD DREHER, KARL ENGISCH, VIKTOR E.
FRANKL, ERWIN R. FREY, KARL HEINRICH FRIAUF, ARNOLD GEHLEN †,
KARL HEINZ GÖSSEL, JEROME HALL, WINFRIED HASSEMER, JOACHIM
HELLMER, WILHELM HERSCHEL, REINHARD VON HIPPEL, HANS
JOACHIM HIRSCH, RICHARD M. HONIG, HERMANN JAHRREISS, HANS-
HEINRICH JESCHECK, GÜNTHER KAISER, ARTHUR KAUFMANN, HILDE
KAUFMANN, GERHARD KEGEL, GÜNTER KOHLMANN, WILFRIED KÜPER,
ERNST-JOACHIM LAMPE, WINFRIED LANGER, KLAUS LÜDERSSEN, MAN-
FRED MAIWALD, HELLMUTH MAYER, BORIS MEISSNER, ARMAND MER-
GEN, DIETER MEURER, HEINZ MÜLLER-DIETZ, DIETRICH OEHLER,
HARRO OTTO, KLEMENS PLEYER, GERHARD PROST, JÜRGEN RÖDIG †,
CLAUS ROXIN, FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, GÜNTER SCHEWE, WERNER
SCHMID, RUDOLF SCHMITT, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, HANS-
GÜNTER SCHWENCK, IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, GÜNTER SPENDEL,
KLAUS STERN, FRIEDRICH J. STUMPFL, KLAUS TIEDEMANN, UDO
UNDEUTSCH, THEO VOGLER, HERIBERT WAIDER, GÜNTER WARDA,
HANS WELZEL, OSKAR WENZKY, HERMANN WITTER.

Inhalt

DIETRICH OEHLER, Köln: Grußwort	XV
--	----

Strafrecht, Allgemeine Lehren

PAUL BOCKELMANN, München: Zur Kritik der Strafrechtskritik	1
JEROME HALL, San Francisco/Cal.: Perennial Problems of Criminal Law	9
ARTHUR KAUFMANN, München: Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	27
JÜRGEN RÖDIG †, Gießen: Zur Problematik des Verbrechensaufbaus	39
WILFRIED KÜPER, Münster i. W.: Probleme der „Postpendenzfeststellung“ im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Logik und Dogmatik der Wahlfeststellung	65
HANS-GÜNTER SCHWENCK, Köln: Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung	97
GÜNTER WARDA, Bochum: Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vor- liegen strafbarkeitsausschließender Umstände	119
GÜNTER SPENDEL, Würzburg: Der „Täter hinter dem Täter“ — eine notwendige Rechtsfigur? ..	147
CLAUS ROXIN, München: Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“	173
HARRO OTTO, Marburg: Straflose Teilnahme?	197
KARL HEINZ GÖSSEL, Erlangen: Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB	219
WINRICH LANGER, Marburg: Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale“	241

THEO VOGLER, Gießen:	
Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Untertassungsdelikt	265
REINHARD VON HIPPEL, Marburg:	
Die Strafzumessung und ihr Ruf	285
HEINZ MÜLLER-DIETZ, Saarbrücken:	
Absehen von Strafe (§ 60 StGB n. F.). Dogmatische und kriminalpolitische Probleme einer neuen Rechtsfigur	303
EDUARD DREHER, Bonn:	
Richterliche Aussetzung des Strafrestes auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe?	323
ERWIN R. FREY, Zürich:	
Das revidierte schweizerische und österreichische strafrechtliche Maßnahmenrecht zum Vergleich	347
HANS-HEINRICH JESCHECK, Freiburg i. Br.:	
Deutsche und österreichische Strafrechtsreform	365

Strafrecht, Besonderer Teil

FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, Regensburg:	
Das „Erzieherprivileg“ im Strafrecht	391
KARL ENGISCH, München/Heidelberg:	
Bemerkungen über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff	401
GERHARD PROST, Köln/Düsseldorf:	
Straf- und währungsrechtliche Aspekte des Geldwesens	419
GÜNTER KOHLMANN, Köln:	
Zur Frage der Vorteilsabsicht bei der Steuerhinterziehung (§ 392 AO)	439
ERNST-JOACHIM LAMPE, Bielefeld:	
Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (§ 4 UWG)	455
WILHELM HERSCHEL, Köln/Bonn:	
Entpönalisierung des Arbeitsrechts	477
IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, Köln:	
Grenzüberschreitender Umweltschutz und Strafrecht	489

Kriminalpolitik — Kriminologie — Anthropologie

WINFRIED HASSEMER, Frankfurt a. M.:	
Konstanten kriminalpolitischer Theorie	501
GÜNTHER KAISER, Freiburg i. Br.:	
Was ist eigentlich kritisch an der „kritischen Kriminologie?“	521
KLAUS TIEDEMANN, Freiburg i. Br.:	
Ziele und Probleme wirtschaftskriminologischer Forschung	541
DIETER MEURER, Köln:	
Gehalt und Erklärungswert funktionaler Kriminalitätstheorien ..	555
JOACHIM HELLMER, Kiel:	
Kriminalität und Identität	573
HILDE KAUFMANN, Köln:	
Strafvollzugsreform und Klassifikation	587
HELLMUTH MAYER, Kiel:	
Zur historischen Kriminologie	597
OSKAR WENZKY, Köln:	
Zur Strukturanalyse des organisierten Verbrechens	613
ARMAND MERGEN, Mainz:	
Strafrechtsnorm, Schuld und soziale Wirklichkeit	627
ARNOLD GEHLEN †, Aachen:	
Über den Wandel ethischer Anschauungen	639
VIKTOR E. FRANKL, Wien/San Diego (Cal.):	
Existentielle Frustration als ätiologischer Faktor in Fällen von ag- gressivem Verhalten	649
HANS WELZEL, Bonn:	
Über Anlage und Zwillingsforschung	659

Forensische Psychologie und Psychiatrie

PAUL H. BRESSER, Köln:	
Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über „Psychologie und Recht“	665

GÜNTER SCHEWE, Gießen: „Subjektiver Tatbestand“ und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit	687
UDO UNDEUTSCH, Köln: Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen	703
HERMANN WITTER, Homburg (Saar): Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht	723
FRIEDRICH J. STUMPFL, Wien: Zur Psychopathologie und Dynamik destruktiver Tropismen	737

Strafprozeßrecht

MANFRED MAIWALD, Hamburg: Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozeß und ihren Grenzen	745
HERMANN JAHRREISS, Köln: Zum Ruf nach dem sogenannten Kronzeugen	765
WERNER SCHMID, Kiel: Über den Aktenverlust im Strafprozeß	781
RICHARD M. HONIG, Göttingen: Billigkeitserwägungen in Verfahrensurteilen des Bundesgerichtshofs	805
HANS JOACHIM HIRSCH, Köln: Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens	815

Verkehrsrecht — Recht der Ordnungswidrigkeiten

REINHARD BEINE, Köln/Düsseldorf: Zur Problematik der Entziehung der Fahrerlaubnis für die Führung von Kraftfahrzeugen durch die Gerichte und der Wiedererteilung der Fahrerlaubnis durch die Verwaltungsbehörden	839
KLAUS STERN, Köln: Die Bindungswirkung von Verkehrszeichen im Ordnungswidrigkeitsverfahren	859
RUDOLF SCHMITT, Freiburg i. Br.: Wie weit reicht § 30 des Ordnungswidrigkeitengesetzes?	877

Ostrecht — Zivil- und Zivilprozeßrecht — Öffentliches Recht

BORIS MEISSNER, Köln:

Der sowjetkommunistische Einparteienstaat und seine ideologische Begründung 889

KLEMENS PLEYER und PETER VON WNUCK, Köln:

Zur Schadensersatzhaftung mit und ohne Verschulden im neuen Zivilgesetzbuch der DDR 911

GERHARD KEGEL, Köln:

Nemo *minus* iuris transferre potest, quam ipse habet, oder warum Erbteilungsverbote so kraftlos sind 927

GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, Köln:

Chancengleichheit vor Gericht — Utopien und Möglichkeiten 943

KARL HEINRICH FRIAUF, Köln:

Der Entschädigungspflichtige beim enteignungsgleichen Eingriff 963

Rechtsgeschichte — Rechtstheorie

FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, Göttingen:

Vom Crimen vis zur Nötigung. Eine Studie zur Tatbestandsbildung im Gemeinen Strafrecht 983

HERIBERT WAIDER, Köln:

Zur Theorie und Praxis der Reformation als innerkirchliches Widerstandsrecht 1001

KLAUS LÜDERSSSEN, Frankfurt a. M.:

Dialektik, Topik und „konkretes Ordnungsdenken“ in der Jurisprudenz 1019

Biographie 1043

Bibliographie 1045

Marginalie 1059

*Das Wichtigste für den
Menschen ist der Mensch.*

*Wer ängstlich abwägt, sagt
gar nichts. Nur die scharfe
Zeichnung, die schon die
Karikatur streift, macht
eine Wirkung.*

Theodor Fontane

Grußwort

Richard Lange zu seinem 70. Geburtstag in der ihm dargebrachten Festschrift ein wissenschaftliches Grußwort zu schreiben, ist mir Ehre und Freude zugleich.

Das literarische Werk des Jubilars ist so umfassend, daß es fast alle Bereiche der Kriminalwissenschaft deckt. Überall in diesem Rahmen hat *Richard Lange* etwas zu sagen, und was er ausführt, geht gleich unmittelbar an die Wurzel der wissenschaftlich durchleuchteten Erscheinungen. Nicht nur in den Kerngebieten des Strafrechts und der Kriminologie, sondern vor allem auch in den Nebengebieten, dem Jugend-, dem Wirtschafts-, dem Ordnungswidrigkeiten-, dem Verkehrs- und dem Rundfunkstrafrecht usw. arbeitete er, um die Aussagen, die für das Strafrecht des Strafgesetzbuches vorgelegt wurden, auf die Gültigkeit für die Randgebiete mit zu überprüfen. Ein ganz besonderes Anliegen betrifft die Beschäftigung mit dem Recht der Ostzone und der DDR, eines Gebietes, in dem er einige Zeit unmittelbar nach dem Kriege auch wirkte.

Es soll hier nicht auf jede Schrift eingegangen werden, sondern es sollen nur die wesentlichen Linien des Schaffens verfolgt werden. Mit der Habilitationsschrift über die notwendige Teilnahme schnitt *Lange* ein ganz aktuelles Problem an. Er trat damals schon für die Straflosigkeit dessen ein, der an der Begünstigung seiner selbst teilnimmt, was nunmehr den gesetzlichen Niederschlag in der Neuformulierung der §§ 257 f StGB gefunden hat. Auch beschäftigte er sich näher mit dem internationalen Strafrecht.

Als Präsident der Thüringischen Landesversammlung als Parteiloser in seiner Eigenschaft als Dekan in Jena konnte er unmittelbar auf die Reform des Strafrechts Einfluß nehmen und bewirken, daß erstmals im Jahre 1946 in einem Gesetzbuch der Verbotsirrtum in fast gleicher Weise wie jetzt geregelt wurde (§ 58 StGB auf Grund des Thüringischen Anwendungsgesetzes).

Die mehreren Neuauflagen des *Kohlrausch-Lange* seit 1950 zeigen *Lange* als einen sicheren Kommentator, der immer wieder neuen Wein in alte Schläuche zu füllen vermag. Der Kommentar ist nur noch gering mit den früheren Auflagen zu vergleichen und setzt ganz andere Akzente. In der Tatbestandserfassung, der Behandlung der Teilnahme, der Irrtumslehre, im Besonderen Teil insbesondere für Hochverrat, Staatsgefährdung, Landesverrat, für die Rauschat, für deren Behandlung er schon früher eigene Lösungen entwickelt hatte,

und in anderen Bereichen zeigt *Richard Lange* neue Wege auf. Es ist ihm ein besonderes Anliegen, darauf hinzuweisen, daß Unkenntnis der Normen der verwalteten Welt etwas wesentlich anderes ist als Feindschaft gegen die elementaren Rechtsnormen menschlichen Zusammenlebens. Man muß bedauern, daß dieser Kommentar seit der 43. Auflage nicht mehr neu erschienen ist, wenn auch einzelne Partien ihre Fortsetzung in der Bearbeitung der jüngsten Ausgabe des Leipziger Kommentars in den Abschnitten über Zurechnungsfähigkeit, die Tötungsdelikte u. a. gefunden haben.

Durch *Langes* ganzes Denken zieht sich immer wieder der Gedanke des Rechtsstaats. An ihm maß er auch das berühmte Kontrollratsgesetz Nr. 10, das bedenklich mit gerade den Grundsätzen umging, deren Verletzung es anderen anlastete. Bald wendete sich *Lange* dem in Mitteldeutschland geltenden Recht zu. Bis in die jüngste Gegenwart nahm er zu den Problemen, die mit dem nunmehrigen DDR-Recht für uns verbunden sind, Stellung. Es war einerseits die Tatsache, daß die Rechtsprechung der Staatsmacht zu dienen hatte, andererseits aber auch die allmählich immer mehr festzustellende Wandlung in der Auffassung der Strafzwecke, von der Spezialprävention zu denen der Vergeltung und Abschreckung, die klar herausgestellt wurden. Niemand hat sich der wissenschaftlichen Erfassung und Durchdringung des ostzonalen Strafrechts so gewidmet wie *Lange*. Auch warnte er immer, Recht gleich Recht in Ost und West zu setzen, damit nicht ungerechtfertigte Tendenzen sich im Auslieferungs- und Asylrecht ausbreiteten.

Einen ganz großen Teil der Arbeiten über mehr als zwei Jahrzehnte macht die leidenschaftliche Beschäftigung mit der Strafrechtsreform aus. Als Mitglied der großen Strafrechtskommission ging es *Richard Lange* insbesondere um die Staatsschutzdelikte, den Mißbrauch von Rauschgiften, den Schutz der Arbeitskraft und die Tötungsdelikte. Im Laufe der fortschreitenden Arbeiten, insbesondere, nachdem sich stärkere und nicht unbedenkliche Auflockerungserscheinungen in der Reform zeigten, trat er in allen möglichen Veröffentlichungen, Büchern, Abhandlungen, Zeitschriften, Festschriften und auch Zeitungen gegen unverantwortliche Erweichungen des strafrechtlichen Schutzes der Bundesrepublik als ganzer und des geordneten Zusammenlebens der Bürger, gegen gewaltsame und unkontrollierbare Demonstrationen und gegen Terror und Anarchie ein. Immer wandte er sich gegen eine wirklichkeitsfremde Erfassung der Täter und potentiellen Täter als solcher Menschen, die nur innerlich geläutert zu werden brauchen und durch Gewährung eines weitestgehend ausgemessenen rechtlichen Freiraums wieder für die Gemeinschaft zurück-

zugewinnen sind. Der Verharmlosung der Bosheit von Tätern, deren Wille zur Vernichtung fremder Rechtswerte und Güter evident ist, dem modischen Herunterspielen von unübersehbaren Gefahren für die Staatsbürger durch entweder zwielichtige Handlungen, wie etwa für Kinder durch Pornographiedarstellungen in Schrift und Rundfunk, oder durch politisch geschickt getarnte Verunsicherung, Verbreitung von Angst und vermeintlichem Zwang zur Resignation trat er nachdrücklich und fest entgegen. In „Die Krise des Strafrechts“ betont er, daß durch Umstellen der Möbel man keinen neuen Raum gewinnt und daß es nicht nutzt zu renovieren, wenn das Dach brennt. Er stützt sich für seine Argumentation nie auf unkontrollierbaren ideologischen Unterbau, auf der Wirklichkeit abgekehrte soziologische Vorstellungen oder subjektive Zweckinhalte, sondern stets auf jedermann zugängliche, veröffentlichte, wissenschaftliche, rechtliche, soziologische und weitere erfahrungswissenschaftliche Untersuchungen, die allerdings manchen politischen Traumvorstellungen entgegenlaufen und von deren Vertretern gern übergangen werden. Auf die Verkennung der Realität durch den Gesetzgeber, wenn er glaubt, die Rechtsnormen nur für politisches Schönwetter machen zu müssen und dafür für sich die Berufung auf die sogenannte Wirklichkeit beanspruchen zu können, wies er oft hin. Keine Partei hatte sich dieser euphoristischen kriminalpolitischen Zukunftsstimmung entziehen können. Es bedurfte erst des Auftretens der Terroristen, damit der kriminalideologische Nebel zerteilt wurde und die Wirklichkeit wieder in das Bewußtsein des Gesetzgebers zurückkehrte. Der nunmehr einsetzende Zickzackkurs, die überhasteten und zum Teil unausgewogenen Reformen, das immer wieder zutage tretende Eingeständnis, die rauhe Wirklichkeit doch verkannt zu haben, das schlagartige Aufhören der Beschwichtigungsmanöver der politisch Verantwortlichen und die jetzt eigenartig wirkende Demonstration der Staatsmacht machen überaus deutlich, daß der Gesetzgeber sich lieber auf fundierte wissenschaftliche Veröffentlichungen in kriminalpolitischen Fragen stützen sollte, als Wunschvorstellungen anheimzufallen. Hin und Her des Gesetzgebers erzeugen nur Staatsverdrossenheit, eine gefährliche Erscheinung in der rechtsstaatlichen Demokratie. *Lange* warnte immer wieder vor diesen unheilvollen Folgen unwissenschaftlichen Vorgehens des Gesetzgebers. In diesen Zusammenhang gehört auch neuestens seine Stimme gegen die durchgreifende Verringerung des strafrechtlichen Eigentumsschutzes durch eine Fülle von strafrechtlichen und strafprozessualen Maßnahmen, die das Bewußtsein der Achtung fremden Eigentums auf die Dauer unterminieren können.

Schon längere Zeit beschäftigt sich *Lange* mit dem Verkehrsrecht und der Verkehrskriminologie. Eine Fülle von Veröffentlichungen

deckt die verschiedensten aktuellen Fragen genauso wie die Grundprobleme, etwa ob das defensive Fahren Empfehlung oder Rechtspflicht sein solle, oder ob die Abgrenzung von Buß- und Strafrecht sachgerecht vorgenommen ist, oder was der Gesetzgeber aus den Verkehrsunfallzahlen zu entnehmen habe.

In den letzten Jahren wendet sich *Lange* immer mehr, und zwar umfassend, der Kriminologie zu. Zunächst sind es mehrere Veröffentlichungen auf dem Gebiete des juristischen Krankheitsbegriffes, der Zurechnungsfähigkeit, der modernen auf das Strafrecht bezogenen Anthropologie und der juristischen Bedeutung des ärztlichen Sachverständigen, die da zeigten, an welchen Leitlinien sich das Denken orientieren sollte. Im Buche über das Rätsel Kriminalität legte er dann gesammelt die Ergebnisse jahrelangen Denkens und Forschens nieder. Es ist kein kühl geschriebenes Buch, sondern eines, hinter dem ein von innerer Erfüllung stehendes Bild vom Menschen sich findet. Hier wird um dieses gerungen. Den Ausgangspunkt bildet die Sinnhaftigkeit des Menschen, die, wie schon im Beitrag zum Handbuch der Neurosenlehre betont, mit der Empirie in Zusammenklang gebracht wird. *Lange* ist gegen die Zerlegung des Menschen in einzelne Faktoren, die unabhängig voneinander betrachtet werden könnten. Zum Teil gehöre immer das Ganze, wie die Kathedrale mehr als die Summe ihrer Pfeiler oder die Symphonie mehr als die Addition ihrer Töne ist. Er wendet sich gegen die Verdrängung normativer Momente aus der kriminologischen Forschung und will Kriminologie und Strafrechtswissenschaft stets an die Tatsachen rückbinden. Dazu gehört auch die Verwerfung des Ratten- und Maschinenmodells, des strikten Behaviourismus für die Auffassung vom Menschen. Vielmehr wendet sich *Lange* den anthropologischen und soziologischen Forschungen von *Lorenz*, *Gehlen*, *Frankl* u. a. zu. Er nimmt gegen alle verabsolutierenden Modelle Stellung, vor allem auch gegen die Psychoanalyse, wenn er ihnen auch auf ihren beschränkten Teilgebieten Aussagekraft freimütig zugesteht. Er tritt für eine Metakriminologie ein, die nicht wie einfach manche Kriminologie irgendwelche auf begrenztem Gebiet gewonnene Tatsachen kurzfristig generalisiert, sondern die vielmehr diese und die Werte interpretiert und systematisch im Rahmen der Erfassung des Menschen als eines Ganzen aufbereitet.

Richard Lange ist immer tolerant im dogmatischen wie im kriminologischen Bereich. Er wollte nie eine Schule gründen. Jegliche Intransigenz ist seinen Schriften fern. Das macht seine Arbeiten auch so anziehend. Er will überzeugen, Andersdenkenden läßt er ihr Recht, er schließt sie nicht überheblich von der Wahrheit aus.

Seine Sprache ist und bleibt in allen Lagen schön und auch in der Auseinandersetzung sehr gepflegt. Er weiß glänzend zu formulieren. Manche treffende Wort- und Satzbildungen sind in den kriminalwissenschaftlichen Sprachgebrauch übergegangen. Er kann in den vielen Vorträgen, die er hielt, und vor allem seine Studenten durch die ausdrucksvolle Sprache und die gezielten Formulierungen fesseln. Bis zur letzten Minute wirkt sein Vortrag unmittelbar anziehend, immer wieder neue Aspekte und Ausblicke vermag er souverän zu eröffnen.

Das Dasein als Gelehrter ist ihm alles. Jegliche andere Tätigkeit ist jener ganz und gar untergeordnet. In den akademischen Ämtern ging er nie auf, sondern wußte immer der Wissenschaft den Vorrang zu geben. Als Prüfungsvorsitzender war er stets ausgeglichen *sine ira et studio* gegenüber den Kandidaten.

Mit dem siebenzigsten Geburtstag liegt ein reiches Gelehrtenleben hinter dem Jubilar voll politischer Spannung, Aufregung und Überraschungen, wenn man die Stationen und Zeiten seiner einzelnen Wirksamkeiten ansieht, aber vor allem von großem Erfolg bei den Studenten, in der Wissenschaft und der Wirkung gegenüber der interessierten juristischen Öffentlichkeit. Sein umfassendes, ja fast unübersehbares, eine ungewöhnliche Breite deckendes Werk spricht für sich seine eigene Sprache. Der Ausbau und die Erhaltung des Rechtsstaates, die Sorge, daß wir die uns bisher einmalig in unserer Geschichte gegebene Chance, ihn zu sichern, leichtfertig verspielen könnten, die Bewahrung der Rechtswerte vor kriminellen Angriffen und die gerechte und humane Behandlung des Rechtsbrechers sind die zentralen Themen, um die *Richard Langes* Schaffen kreist.

Es bleibt noch, dem Jubilar Gesundheit und eine reiche Schaffenskraft zu wünschen, die der Wissenschaft weiterhin vielerlei Erkenntnis und Vertiefung zu schenken vermag.

Dietrich Oehler

STRAFRECHT, ALLGEMEINE LEHREN

Zur Kritik der Strafrechtskritik*

PAUL BOCKELMANN

Die Verneinung des Strafrechts fußt zu allen Zeiten und so auch heute auf folgendem primitiven Gedankengang:

Strafe setzt Schuld, Schuld aber setzt einerseits Moral voraus, d. h. einen Grundbestand ethischer Postulate, die alle Menschen als richtig anerkennen, und andererseits Freiheit, d. h. Willensfreiheit, Unabhängigkeit des Willensentschlusses vom Zwange gleichviel welcher Notwendigkeit. Diese Verknüpfungen sind unausweichlich. Denn nur wenn man den Willensentschluss an einer Sollensnorm messen kann, läßt sich gegebenenfalls das Urteil fällen, daß er fehlerhaft ist, und nur wenn der Handelnde sich frei entschließen kann, läßt sich auf die Verfehlung dessen, was er soll, ein Schuldvorwurf gründen. Nun gibt es aber weder Moral noch Freiheit. Was bei oberflächlicher Betrachtung als Moral erscheint, ist in Wahrheit nichts als ein Kodex von Verhaltensnormen, den die herrschende Oberschicht den Unterdrückten aufnötigt. Und Freiheit existiert nur als Freiheitsgefühl. Dies aber ist das Produkt einer Selbsttäuschung. In Wahrheit ist der Willensentschluss des Menschen wie alle Phänomene der natürlichen Welt nichts als ein Resultat blind waltender Ursachen. Damit entfällt die Möglichkeit von Schuld und mit ihr das Recht zu strafen. Es gibt daher nur eine zulässige und sinnvolle Reaktion auf das Verbrechen. Sie besteht in der Prävention, und zwar in Spezialprävention, d. h. in der Herstellung der Sozialtauglichkeit dessen, der sich durch seine Tat als untauglich erwiesen hat.

Nach diesem Denkschema hat sich noch jede Strafrechtskritik gerichtet. Unterschiede der Begründungen, welche die jeweilige Kritik vorführt, erklären sich aus den Unterschieden der Ideologien, auf die sich die Kritiker stützen, meist ohne zu merken, daß ihre vermeintlich wissenschaftlich fundierten Lehrgebäude Ideologien wie andere auch sind.

Nur die ideologische Verfestigung der spezialpräventiven Strafrechtstheorien macht begreiflich, daß diese Lehren durch die Aufdeckung der Widersprüche, in die sie sich verwickeln, nicht zu erschüttern sind. In Widerspruch geraten sie oftmals schon zu den allgemeinen Denkweisen der Epoche, in der sie auftauchen. Die — nicht

* Das Folgende ist das überarbeitete und ergänzte Vorwort, das der Verfasser zu einem am 24. Februar 1969 von dem Jubilar in der Carl Friedrich von Siemens-Stiftung in München-Nymphenburg gehaltenen Vortrag über „Die Krise des Strafrechts und seiner Wissenschaften“ beige-steuert hat.

nur in den Überzeugungen einzelner hervortretende, sondern den Charakter einer von vielen getragenen geistigen Bewegung annehmende — Leugnung der Willensfreiheit trifft gewöhnlich zusammen mit generell erhobenen, leidenschaftlichen Forderungen nach der Befreiung des Menschen aus allen denkbaren Abhängigkeiten und namentlich von staatlichem Zwang — ohne daß auch nur gefragt würde, welchen Sinn die Freistellung des Menschen von diesen oder jenen staatlichen oder gesellschaftlichen Bindungen haben kann, da doch, so meint man, der Mensch gar nicht imstande ist, von der Freiheit nach freiem Willen Gebrauch zu machen.

Indessen ist es mit dieser Meinung auch dem eifrigsten Deterministen in Wirklichkeit gar nicht Ernst. Denn er denkt nicht daran, aus seiner Grundanschauung etwa die Folgerung zu ziehen, daß das Zivilrecht den Grundsatz der Privatautonomie, das Staatsrecht die Institution der Wahl aufgeben müsse, weil der Mensch mangels Willensfreiheit gar keine verantwortliche Willenserklärung abgeben und keinen wirklichen Wahlakt vollziehen könne. Vielmehr werden die Privatautonomie und das Wahlrecht, die doch die Freiheit des Menschen zu ausschließlich selbstbestimmten Entscheidungen voraussetzen, nirgends in Frage gestellt. Die Freiheit pflegt man nur mit Bezug auf das Strafrecht, in dem ihre Last zu tragen ist, zu leugnen.

Aber selbst hier bleibt man nicht folgerichtig. Denn mit der Überzeugung, daß der Rechtsbrecher nur so handelt, wie er handeln muß, verbindet man ganz naiv die Vorstellung, daß aber der Richter, der Therapeut, der Pädagoge, der Vollzugsleiter usw. handeln und wollen können, wie sie wollen. Denn wenn man ihnen diese Freiheit nicht zuschriebe, dann könnte man nicht mehr annehmen, daß sie imstande seien, die zur Resozialisierung des Gestrauchten geeigneten Mittel nach Massgabe ihrer Einsicht und frei vom Zwang eines kausal bestimmten Muß auszuwählen, und dann würde die Resozialisierung zu einer Denkmöglichkeit.

Mit diesen Aporien sind die Schwierigkeiten einer einseitig spezialpräventiven Straf- oder besser: Antistraftheorie noch nicht erschöpft. Auch wenn es richtig sein sollte, daß es keine Willensfreiheit und daher keine Schuld gibt, so wäre damit zwar — vielleicht — bewiesen, daß Strafe nicht sein darf — aber es wäre noch längst nicht bewiesen, daß Prävention statthaft ist. Ob die Gesellschaft zur Anpassung des Unangepassten berechtigt ist, darüber zerbricht sich aber kein Präventionstheoretiker den Kopf. Dabei versteht sich doch diese Berechtigung nicht etwa von selbst — ganz gewiß nicht in einer Gesellschaft, der die Bereitschaft zur Anpassung als Charakterfehler gilt. Freilich glaubt man, die Befugnis zur Anpassung des Rechtsbrechers mit dem Bedürfnis der Rechtsordnung nach Verteidigung gegen ihn begründen

zu können. Aber verteidigen darf man nur, was seinerseits Daseinsrecht hat, und inwiefern läßt sich solch ein Recht für die jeweils geltende Ordnung in Anspruch nehmen? Jede an die Wurzeln gehende Sozialkritik verneint dies Recht, und muß nicht in der Tat, wer erst einmal die Moral als das willkürliche Zwangsgesetz der herrschenden Schicht entlarvt hat, die Rechtsordnung mit ganz demselben Unwerturteil belegen? Damit aber bestreitet er der Gesellschaft die Legitimation, sie zu schützen. Übrigens erfordert die Verteidigung gar nicht die Anpassung des Unangepaßten, dem Bedürfnis nach Verteidigung könnte vielmehr die sichere Verwahrung genügen. Man wende nicht ein, daß die Anpassung im Vergleich dazu ein Minus und deshalb erlaubt sei. Das Gegenteil ist richtig. Denn Anpassung bedeutet, auch wo sie sich auf bloße Dressur beschränkt, eine Änderung des Charakters der Anzupassenden, tangiert also die Persönlichkeit des jeweils Betroffenen viel ernster als die Verwahrung.

Schließlich und endlich versagt die Idee der reinen Spezialprävention vor dem Problem, das die richtige Behandlung der nicht rückfallverdächtigen, also nicht resozialisierungsbedürftigen Kapitalverbrecher einerseits, der höchst rückfallgefährdeten und also besonders resozialisierungsbedürftigen Leichtkriminellen andererseits stellt. Niemand, der die Schuldstrafe ablehnt, hat bisher den Mut zu der in der Konsequenz seiner Anschauungen liegenden Forderung gehabt, man müsse den KZ-Schergen, der sich durch Jahrzehnte straffreien Lebens als angepaßt erwiesen hat, laufen lassen, weil Strafe nun einmal nicht sein darf und Resozialisierung in seinem Fall nicht nötig ist. Niemand ist aber auch imstande gewesen, der Strafe, die solch ein Scherge nach allgemeiner Überzeugung verdient hat, einen spezialpräventiven Sinn unterzuschieben. Und niemand wird bereit sein, für den Zustandsverbrecher, der immer wieder straffällig wird, aber immer nur Bagatelttaten begeht, die langfristige Einsperrung zu verlangen, nur weil es einer solchen Detention bedürfte, wenn man ihn wirklich „bessern“ wollte. Aber es wird auch niemand ernstlich die These vertreten, daß die vielen kleinen Delikte, die solch ein Täter begeht, einfach straflos gelassen werden müßten. Denn dass, wenn man sie straflos ließe, jene Bagatellkriminalität gewaltig anschwellen würde, das wird — leider — durch die kriminologische Erfahrung bewiesen. Es bleibt also gar nichts anderes übrig, als auf die Taten jener Kleinkriminellen immer wieder mit Strafen zu reagieren, die gerechterweise dem Gewicht des einzelnen Delikts angepaßt sein müssen, also nur geringfügig sein können, und die deshalb, das steht von vornherein fest, einen Resozialisierungseffekt gar nicht zu erzielen vermögen.

Mit alledem soll keineswegs behauptet werden, daß die klassische, indeterministisch orientierte Vergeltungstheorie die richtige Strafretheorie sei. Nicht nur daß die Willensfreiheit sich nicht beweisen läßt — es steht vielmehr so, daß konsequenter Indeterminismus genau so ins Absurde führt wie folgerichtiger Determinismus. Wenn nämlich der Willensentschluß frei von *jeder* Notwendigkeit, *schlechthin* ursachlos zustande käme — so hätte er selbst in der Person des Wollenden keine Ursache. Der Entschluß zum Handeln, auch zum verbrecherischen Handeln, müßte dann als ein zufälliges Ereignis betrachtet werden, und der Handelnde hätte nur die Funktion des Mediums, an dem dieses Ereignis in Erscheinung tritt. Damit wäre das Band zerschnitten, das den Entschluß mit der Person verknüpft, die ihn faßt, und damit hörte alle Zurechnung auf. Also wäre der schuldvergeltenden Strafe der Boden entzogen.

Es zeigt sich hiernach, daß die Lösung der Grundfragen des Strafrechts nicht von der Entscheidung des Freiheitsproblems abhängig gemacht werden kann. Es zeigt sich zugleich, daß eine doktrinäre Kriminalpolitik, die sich darauf beschränken wollte, ausschließlich die Vorstellungen einer bestimmten und gleichviel welcher Strafrechtsideologie zu verwirklichen, unfehlbar scheitern müßte.

Die Strafrechtspflege muß sich an der kriminologischen Erfahrung orientieren. Diese lehrt, daß keine Rechtsgemeinschaft darauf verzichten kann, zur Bewährung ihrer Rechtsordnung dasjenige Mittel der sozialetischen Mißbilligung sozialschädlichen Verhaltens zu gebrauchen, das in der Verhängung von Kriminalstrafen zur Verfügung steht. Bewährung der Rechtsordnung bedeutet nicht etwa Ausrottung der Kriminalität. Dazu ist keine Strafrechtspflege imstande. Die Rechtsordnung bewahren heißt weiter nichts als ihre Unverbrüchlichkeit dadurch verbürgen, daß gegen ihre Verletzung Sanktionen unter dem Vorzeichen differenzierender sozialer Unwerturteile verhängt werden. Das ist nicht Abschreckung mit dem Ziel, jeden, der in Versuchung gerät, von der Tat, die ihm verlockend erscheint, abzuhalten. Dies Ziel ist unerreichbar. Sondern es ist die Bekräftigung des Ernstes der rechtlichen Verhaltensnormen, es ist Wegweisung, Zeichensetzung. Daß es solcher Zeichensetzung bedarf, beweist die Tatsache, daß es in jeder Periode vorübergehenden Rechtsstillstandes (wie zuletzt nach dem Zusammenbruch von 1945) oder teilweiser faktischer Suspendierung der Strafrechtsordnung (wie in den Konzentrationslagern) sofort zu schwersten Erschütterungen des sozialen Gefüges kommt. Das Strafgesetz kann die Befolgung sittlicher Normen nicht garantieren, aber es darf sie nicht desavouieren.

Aus der Unentbehrlichkeit rechtlicher Weisungen folgt freilich nicht, daß die jeweils gegebenen sachlich richtig sind. Ihre Inhalte

bedürfen deshalb ständiger kritischer Überprüfung. Aber im Kernbereich des Strafrechts erspart die Konvergenz der Ansichten über die Sachgerechtigkeit der geltenden Normen den Nachweis ihrer Evidenz, und für die Randbereiche gilt, daß demjenigen, der Änderungen fordert, die Last zufällt, seine Ansicht zur herrschenden zu machen. Solange ihm das nicht gelungen ist, bleibt die Anwendung des positiven Rechts legitim, weil sie immerhin im — freilich beschränkten — Rahmen des Möglichen die Sicherheit und Berechenbarkeit des Rechtes garantiert.

Wichtiger noch als die niemals ganz gelingende Angleichung des materiellen Gehalts der rechtlichen Verhaltensnormen an die Idealtypen der absoluten Gerechtigkeit ist die, natürlich auch nur annäherungsweise mögliche, Erzielung des bestmöglichen Wirkungsgrades der auf ihre Verletzung anzusetzenden Sanktionen. Auch dabei ist Rücksicht auf die Erfahrung geboten. Sie bestätigt, daß auf die Dauer nur diejenige Reaktion der Rechtsordnung auf geschehenes Unrecht effektiv ist, die der begangenen Tat adäquat ist. Nichts als das Verlangen nach Adäquanz von Tat und Rechtsfolge drückt der Satz aus, daß Strafe Schuld voraussetzt und daß beide einander entsprechen müssen. Seine empirische Richtigkeit kann keine metaphysische Spekulation über die Existenz oder die Nichtexistenz von Schuld in Frage stellen. Praktisch folgt jeder dem Schuldprinzip. Auch der eingeschworene Determinist lehnt die bloße Erfolgshaftung ab, auch der eifrigste Verfechter der Devise „Heilen statt Strafen!“ leugnet nicht, daß die Heilung eben darin besteht, dem Kriminalpatienten die Einsicht zu vermitteln, daß er nicht nur Patient, sondern ein für sich selbst und seine Taten verantwortlicher Mensch ist. *Dann* hat die Gruppentherapie einen Erfolg erzielt, wenn die Gruppe dem Störrischen auf seine Beschönigungsversuche die Antwort gibt: Das kannst Du dem Direktor erzählen, nicht uns!

Bei alledem ist die Skepsis gegen den Schuldgedanken nicht ohne Wert. Sie bewahrt vor der Versuchung, aus der Einsicht, daß jede Strafe Schuld voraussetzt, den Grundsatz abzuleiten, daß jede Schuld Strafe fordert, daß die Strafe jedesmal das Maß der Schuld ausschöpfen und daß ihr Vollzug in der Übelszufügung zwecks Vergeltung bestehen müsse. Damit rechtfertigt jene Skepsis eine pragmatische Handhabung des Schuldprinzips, d. h. den gelegentlichen Verzicht auf Strafe, wo er aus kriminalpolitischen Gründen angezeigt erscheint, und die Orientierung des Vollzuges am Zweck der Spezialprävention. Das Schuldprinzip als solches bleibt davon unberührt. Die Schuldstrafe wird schon durch die in unzähligen Beobachtungen bestätigte Tatsache gerechtfertigt, daß Strafen, die wenigstens von der Mehrheit als schuldadäquat empfunden werden, dazu geeignet sind,

einen wesentlichen Beitrag zur Steuerung des sozialerheblichen Verhaltens der Menschen zu leisten, daß aber überschärfte Strafen nicht abschrecken, sondern abstupfen, und daß der Verzicht auf Strafe in Fällen, in denen die sozialetischen Überzeugungen Strafe fordern, deprivierend wirkt.

Pragmatische Handhabung des Schuldprinzips bedeutet aber überdies, daß sich die staatliche Reaktion auf kriminelles Verhalten nicht in der Bestrafung des Täters zu erschöpfen braucht. Mit der schuldvergeltenden (und auf Generalprävention zielenden) Strafe kann die spezialpräventiv orientierte blasse Maßregel kombiniert werden. Gegebenenfalls kann sie die Strafe oder wenigstens den Vollzug der Strafe ersetzen. Dies deshalb, weil die Aporien des Freiheitsproblems es möglich machen, vorwerfbares Verhalten und Auswirkungen angeborener Anlagen sowie milieu- und erziehungsbedingte Fehlentwicklungen als komplementäre Faktoren zu betrachten, aus denen die kriminelle Tat resultiert. Auf jenes antwortet die Rechtsgemeinschaft mit der Strafe, auf diese mit der ausschließlich die Spezialprävention anstrebenden Maßregel.

Beide sind freilich nur dem „Normalen“ gegenüber angebracht. Dabei ist unter „Normalität“ nicht etwa der Habitus eines „Normalmenschen“ zu verstehen. Anormal ist nicht der, dessen geistig-seelische Verfassung von der eines solchen Idealtypus abweicht. (Käme es darauf an, so gäbe es überhaupt keine Normalen, gleichviel, was man sich unter jenem Typus vorstellte). Anormal — wenn auch womöglich nur in dem Sinne, daß ihre an sich normale Entwicklung noch nicht bis zur vollen Reife gediehen ist — sind vielmehr solche Personen, bei denen das innere Steuerungsgefüge ihres Handelns von dem der meisten (und deshalb „normal“ Genannten) abweicht, so daß sie rechtswidrige Taten nach Motivationszusammenhängen begehen, die bei der Mehrheit nicht vorkommen. Sie verfehlen sich etwa deshalb, weil sie bloßen Einbildungen erliegen (wie der Wahnkranke), weil sie die Wirklichkeit unrichtig deuten, weil in ihrem Triebleben die Gewichte falsch verteilt sind, weil sie Zwängen unterliegen oder als Jugendliche gegen Versuchungen wehrlos sind, denen ein Erwachsener widersteht. Für diese Menschen ist eine Behandlung nach den Methoden des Straf- und des Massregelvollzuges, selbst nach den eines allein auf Resozialisierung ausgerichteten Vollzuges, nicht die richtige Behandlung. Sie bedürfen einer besonderen, gegebenenfalls einer zusätzlichen Erziehung oder Therapie. Sie gehören in die Hand des Erziehers oder des Arztes. Der Strafrichter ist für sie nur insoweit zuständig, als es seine — zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit ihm vorbehaltenen — Aufgabe ist, sie davor zu behüten, mit den allein für die Normalen tauglichen Strafen und Massregeln belegt zu werden

und sie denjenigen Arten der Behandlung zu unterwerfen, die der Eigenart ihres persönlichen Wesens angemessen sind.

Den anderen aber, den normalen Kriminellen ist mit Strafen und mit den für sie bestimmten Massregeln zu begegnen. Die Berechtigung dazu gründet sich auf das empirische Faktum, daß der normale Mensch normalerweise imstande ist, rechtlichen Geboten zu folgen und rechtlichen Verboten sich zu fügen. Warum er es vermag, muß und darf dahingestellt bleiben. Daran, daß er es vermag, kann keine Strafrechtskritik etwas ändern — so wie keine Antikritik es erklären kann.

Perennial Problems of Criminal Law*

JEROME HALL**

That crime and punishment are perennial problems is plain; indeed, from ancient Greek drama to Shakespeare, Goethe, Dostoyevski and onwards into the present, they have raised the most subtle questions about "the human situation". The relevant legal problems have recently become so complicated that even scholars who have spent many years studying them are puzzled and discouraged. It is not so much the clash of competent opinions that is disturbing as it is the tide of history moved by global, uncontrollable forces, wide-spread tragedy, and the advance of psychiatry that engenders compassion for those who "fall by the wayside" and troubles our best efforts to cope with crime. If we are not to succumb to skepticism or futility regarding the volume of crime in this country, we must take careful stock of what we are doing and what should be done to improve our situation.

The commonly prescribed remedy is empirical research. If only we *knew* whether this or that penalty deterred potential offenders; if only we *knew* the effect of various types of peno-correctional treatment on rehabilitation, and so on¹. Since we know so little, the need seems obvious — increase our knowledge by sociological, psychiatric and other empirical research. But the mills of intensive empirical research have been grinding out voluminous "findings" these many years, and still we lack the required answers; we remain very much in the dark. There must be something wrong with what we are doing, not least with the call for more empirical research.

Without disparaging sound social research, it is submitted that our principal problem is — what exactly *is* the problem? More fully, the most urgent need is to scrutinize the terms we employ and make them clear and precise, discover guiding lines and theories that make the study of criminal law and empirical research significant, and adopt a sound peno-correctional policy.

* Genehmigter Nachdruck aus: The Hofstra Law Review, Volume 1, No. 1, Spring 1973.

** Professor of Law at the University of California Hastings College of the Law; Distinguished Service Professor Emeritus, Indiana University.

¹ See Logan, *Evaluation Research in Crime and Delinquency: A Reappraisal*, 63 J. Crim. L. C. & P S. 378 (1972).

Conceptual Analysis

Such basic terms as "crime", "criminal law", "punishment" and "retribution" are still very ambiguous. For early Italian positivists, crime was "natural", to be defined, in disregard of criminal law, as anti-social or harmful behavior; this continues to be defended in some sociological quarters. For others, crime is *any* behavior forbidden by criminal law, and criminal law is law that prescribes "punishment". But are rules imposing strict penal liability "really" criminal law and is a privation imposed on innocent persons "punishment" in the same sense as a privation imposed on a robber or a thief? Thus, for still others, crime and punishment have moral connotations. Inevitably, empirical research and discussions that proceed in innocent neglect of the conceptual ambiguities do not advance knowledge. Where one person speaks about crime as unrelated to law, while another speaks of crime as based on voluntary harm-doing forbidden by criminal law, while a third speaks of any behavior, including inadvertent negligence (which contradicts the criteria of volition which he also includes in "mens rea") the construction of a relevant body of knowledge is greatly handicapped.

"Retribution" is also a word with a long history in moral philosophy where its connotations are desert, proportionality, justice and rational inquiry. But in psychological discussions and in many judicial opinions, including very recent ones by justices of the United States Supreme Court, "retribution" is synonymous with "vengeance". Obviously, if one writer has the former meaning in mind, while another thinks of emotional retaliation, discussions are not profitable. In this instance, current usage has so emphasized the latter meaning that the only remedy may be to drop "retribution" entirely, and speak of justice or of just punishment.

There is also disagreement regarding inadvertent negligence; there are archaic laws and technicalities, *e. g.*, legal distinctions drawn between larceny by trick and criminal fraud, which may not be socially significant; and there is the difference between arbitrarily imposed commands and norms which have grown spontaneously from custom and a long series of judicial decisions. Plainly, the demarcation of a uniform field of data relevant to "criminal law" is not possible by sole reliance on formal prescriptions in terms of "punishment". The need for concomitant conceptual analysis is also unmistakable.

Guiding Lines of Organization

The need to discover guiding lines is evident by mere reference to the amorphous literature on criminal procedure and administration. I am not referring to studies of particular problems or segments of procedure or administration but to collections of data and discussions which are little more than reports of current events. Last year, a defendant was arrested two blocks from his house, and the house was searched. Last month, the defendant was arrested in front of his house; yesterday, the arrest was at his doorstep. Decisions a, b and c were rendered. A stomach pump used by a police officer to secure evidence is disapproved, but its use by a doctor is legal. And so on. The acquisition of knowledge of procedure requires much more than the compilation of an endless series of discrete decisions on different facts. What is needed is a rational organization of the data, and the only semblance of that in the current literature is a chronological arrangement of materials, *e. g.*, from police to preliminary examination to prosecution, trial and so on. Such an historical approach may have its uses, but if we are to understand criminal procedure we must organize the data along rational lines, as has been done to a significant degree with the substantive criminal law.

For example, to recall some relevant considerations: (1) Criminal procedure, no less than civil procedure, is pointed at issues raised in the *substantive* law. Unless the substantive questions are held in view, procedure becomes a sort of game, interesting in itself, no doubt, but leaving unexplored opinions concerning delay, the influence of *voir dire* examinations on jurors and the like. The scholar should advance beyond such commonplace observations; he should explore and explicate the relation of procedure to substance, and thereby add to our knowledge of both procedural and substantive criminal law.

(2) The relation of procedure to substantive law involves the logic of criminal procedure, including distinctions between proof and persuasion and the study of relevance with regard to each of them. More important still, this necessitates the articulation of the basic purpose of procedure — to discover the truth of the allegations set out in the indictment or information. (Of course, the drama of a criminal trial is a warranted collateral pursuit.)

(3) The logic of criminal procedure is tied to, and is often limited by, adherence to values other than truth, *e. g.*, the restrictions set by the Bill of Rights. Confession is very relevant to the *truth* of a substantive charge, but we do not tolerate the use of confessions compelled by the “third degree”. Evidence directly in point may not be

gotten by invading the privacy of the defendant's home. The truth of the State's allegations must be established beyond a reasonable doubt despite the fact that in many cases reasonable jurors have solid grounds for believing that the defendant is guilty. Thus, a variety of humane values limits the efficiency of purely logical adjudication.

(4) Finally, there is the historical institutional factor to be considered; it bears the marks of a distinctive culture and the operation of chance or accident. Among the nations there are different organizations of police, prosecutorial offices, judiciary, jury and correctional institutions. These agencies have acquired many practices, techniques and standards that were not legally prescribed, *e. g.*, waiver of the felony, "bargaining", in our system. We can set the officials and their practices in meaningful contexts in relation to the rules of criminal procedure logically related to the issues and purposes of the substantive law, limited by the Bill of Rights and other values. Other models and functions than that outlined above may be employed; what is certain is that some rational organization of the materials is an essential prerequisite to the acquisition of knowledge of the criminal law system.

Analysis and Empirical Research

I have been discussing the need for conceptual clarity and guidelines as conditions of advance of knowledge of criminal law. These matters also concern the common opinion that empirical research will solve our problems. For example, in studies of the effectiveness of law, *i. e.*, deterrence and rehabilitation, if one scholar studies deterrence on the supposition that any law sanctioned by "punishment" is a criminal law while another scholar limits criminal law to rules concerning voluntary harm-doing by persons whose *mens rea* is either an intention to commit that sort of harm or the reckless commission of it, the results are not comparable.

There are other uncertainties about "effectiveness". I am not concerned here with the difficulties involved in studies of deterrence due to a negative factor, the number of potential criminals who did *not* commit crimes, or with the difficulties of studying only those who are "known" to have committed crimes or with comparisons of crime rates in Sweden and the United States. My concern here is with the lack of elucidation of "effectiveness", "deterrence", "rehabilitation", and other concepts. A legislature passes a law to produce certain changes, but these results should be distinguished from immediate and remote consequences. Results are aimed at and are in-

trinsic to action; consequences are external to action. The purpose of a housing law, *e. g.*, is to provide better housing for poor people.

The result may be that some people are provided with better housing but a direct consequence may be that the new housing increases juvenile delinquency in those neighborhoods. Capital punishment may deter some potential killers, but the consequences may be so unfortunate as to outweigh the advantageous results. Remote consequences cannot be definitely known, and that alone limits the utility of social research. A small start has been made by distinguishing specific from general deterrence. The latter needs detailed explanation with reference to the complexities involved, *e. g.*, the "sense of justice", learning theories, efficiency of police, prosecution, trial and peno-correctional treatment. There are also quantitative uncertainties. Is a law effective if 80 % or 70 % or 50 % of the population obey it? Suppose only 20 % obey it, but no one would have acted in the desired way if there were no law on the subject?

Similar questions should be asked about "rehabilitation". A current hypothesis seems to be that imprisonment has utterly failed if, after serving several years, a convict who previously spent 25 years in the worst sort of ghetto is again convicted after his release and return to the same environment. The same sort of specious "finding" is based on the fact that a large proportion of prison populations has a criminal record, when what needs to be known is the proportion of all those released in a past given period of time who later commit serious crimes. Rehabilitation involves the restructuring of an entire personality; statistical studies on recidivism hardly touch that difficult problem.

The other principal barrier to the solution of our problems by large-scale research is the lack of confrontation of opposed viewpoints. This is characteristic of the current educational scene where each department isolates its students, especially graduate students, from other departments; thus, a department of philosophy or history may have perspectives diametrically opposed to those held in the departments of sociology or political science but "never the twain shall meet"! Similar ideologies dominate large-scale research on the problems of crime. The leader has deep convictions and since that is what motivates action, grants are made by foundations on the supposition that they are helping to solve major problems when, in fact, they are subsidizing one side of a debate. What should be insisted on is that adequate provision must be made for research based on contrary viewpoints. This need not mean that the funds must be equally divided; it does mean much more than the mere symbolic presence of

a "devil's disciple" who can simply be ignored. Enough should be allocated to support research by a substantial minority who oppose the prevailing opinions. The same deliberate opposition of contrary and contradictory perspectives should guide the planning of symposia, public discussions, and the operation of public offices. There would be numerous benefits: on the negative side, a limitation on the pouring out of biased findings. Positively, there would be clarification of issues, rationally guided research, and recognition that we deal with problems that science alone cannot solve.

It is not my purpose to depreciate the importance of sound empirical research or to ignore the fact that it contributes to conceptual analysis, the discovery of guiding lines of organization and theoretical inquiry. I have submitted: (1) that sound empirical research depends on the above types of analysis and synthesis; (2) that even the soundest empirical research cannot provide solutions of our problems; it can inform the practical judgment of those who seek solutions of these problems; and (3) that we should discover the extent of our present knowledge by the deliberate use of methods that assure the adequate presentation of opposed perspectives, data, and theories.

Peno-Correctional Policy

The most difficult requirement of progress towards solution of the crime problem is the determination of a sound peno-correctional policy. "Policy" is a very extensive term. There are short-range and long-range policies; particularistic and integrative policies; policies regarding scope, objectives and sentencing; policies that involve values that are relatively malleable, *e. g.*, regarding certain sexual relations, and policies involving absolute values, *e. g.*, that no person should be dehumanized and that pain should not be inflicted on anyone unless there are very good reasons to do that. Policies are, also, feasible, possible, or utopian.

A. Objectives

The determination of the sound objectives of the peno-correctional system touches every phase of both research and practical work in the field of criminal law. Since it is widely agreed that deterrence and rehabilitation are sound objectives (although in the present mood only rehabilitation is espoused by many advocates of reform) the

principal current issues concern that of justice. The confusion regarding "retribution" has been noted, and it should only be added that this misconception has the unfortunate effect of allowing the question of justice to be ignored. To be sure, the value of justice is so ingrained that it is often implicit in discussions that say nothing about it; but the problems of justice are difficult and they should be carefully articulated if a sound policy is sought.

No one would advocate or condone amputation of the hands of thieves even if that were the most effective deterrent. No one advocates punishment of psychotic offenders. No one condones punishing an innocent person even in a situation where that would prevent considerable harm, *e. g.*, by appeasing mob spirit. The prohibition against cruel punishment, all of the other guarantees of the Bill of Rights and the presumption of innocence make no sense unless justice is valued. But if retribution in its ethical sense is excluded, punishment can be defended only on grounds of deterrence or rehabilitation. Thus the *justice* of what is done to convicts is ignored — until tragedy strikes and we are brought up short by the realization that we have lost sight of what is most precious in criminal law.

Few, if any, would disagree with the above observations about what should *not* be done. But when justice calls for punishment of guilty persons, the difficulties start. Is it possible to have justice in the above negative directions and, also, to make no distinctions between *what is done* to the robber or arsonist and *what is done* to or for those who sacrifice their lives for others, for students who need financial help or for ordinary decent persons who harm no one? Is it possible to maintain the principle of legality as a limitation on official action and at the same time allow offenders to escape the plain orbit of relevant penal law? Is it possible to make sense of praise and reward if no one is blamed or punished? The greatest defect in much of the current approach to crime is the failure to appreciate that even as regards privations, criminals should be treated as moral beings, not as animals to be conditioned². That, more than anything else, is what our common law of crime means; that is what the common man understands. It is also what public officials lose sight of and many philosophers and social scientists ignore.

A revived appreciation of the common law of crimes could do much to correct the current imbalance. It is a discipline that has its roots in ancient Greek philosophy and the religious tradition of the

² See Morris, *Persons and Punishment*, 52 *The Monist* 475 (1968), reprinted in *Theories of Punishment* 76 (S. Grupp, ed. 1971).

West. It starts, say, with Bracton and continues thence for more than 700 years in the most detailed, refined, and articulated record of moral experience and deliberation to be found anywhere. The principles of this law, stated in terms of legality, *mens rea*, voluntary conduct, harm, causation and punishment rest finally on the view that man is a responsible person. This has not been interpreted in a fixed or dogmatic way; it is a perspective that has grown and deepened through the ages. While we continue to improve it, we cannot abandon these ultimate principles unless we are prepared to accept a mechanistic or paternalistic view of man, *e. g.*, one that may be garbed in the well-motivated attire of "treatment". Punishment is the public, realistic condemnation of harmful, immoral, legally forbidden conduct; it is an implication of the basic principles of the moral life. Those principles could not survive the demise of just punishment.

Without discussion, which the limits of this paper exclude, it is submitted that a sound policy has three aspects — justice, deterrence and rehabilitation — and that the neglect of any one of them leads to fallacies in analysis and research³. But although a sound policy, an integrative one, is essential not only for productive social research but also to the maintenance and improvement of the criminal law, it will not suffice simply to recognize that all three of the stated objectives must be considered. A policy cannot decide specific cases, as Holmes has taught us; there are many individual factors to be considered (some of which will be discussed later) and there is no easy solution of this phase of the problem.

There is also the difficult problem of economic cost. A recent newspaper report stated, in substance, that the annual cost of maintaining juvenile delinquents in reformatories ranges from almost \$ 11,000 to \$ 19,000 for each juvenile, and this was contrasted with the annual cost of \$5,700 of attending Harvard University. There are limits on what can be spent on peno-correctional institutions. An even more difficult question concerns the limits on the quality of life in penal institutions if imprisonment is not to stimulate violation of law instead of deterring it⁴. There is, also, the question of possible conflict between the above objectives; *e. g.*, is it possible to be just and at the same time rehabilitate offenders?

³ *J. Hall, General Principles of Criminal Law* 304—307 (2d ed. 1960); *Hall, Justice in the 20th Century*, 59 *Calif. L. Rev.* 752, 755—758 (1971).

⁴ Professor *J. Andenaes*, no hard "retributionist" by any standard, writes: "[T]he humanizing of penal practice must be kept within certain limits if it is not to lead to an undermining of respect for law and authority." 43 *J. Crim. L. C. & P. S.* 195 (1952), reprinted in *Theories of Punishment*, *supra* note 2, at 159.

I believe defensible solutions can be reached regarding all of these difficult problems and that they will be compatible with the integrative theory. But this calls for the use of sound practical judgment aided by clear analysis of each problem in the light of presently available knowledge, not for postponement on the basis of optimistic hopes that future empirical research will supply the necessary answers.

B. The Scope of Criminal Law

A major perennial question of policy concerns the scope of criminal law. The history of criminal law shows spontaneous rather than carefully studied changes, often responsive to special interests or to passing public opinion. The premise of this discussion is that the morality of criminal law is improved when behavior that is not plainly immoral has been removed from its orbit and, perhaps, transferred to that of non-penal law. This purpose is served when strict penal liability is so treated; whether even that disposition is defensible may be doubted, but the consequent strengthening of the criminal law seems evident.

A second move in that direction, dating at least from the beginning of this century, concerns the so-called "victimless crimes". However, the current emphasis on "victimless" is misleading in its implications that all crimes must have specific individuals as victims and that the harms must be inflicted on unwilling persons. Traffic violations, tax offenses and political crimes need not have specific victims. Similarly, it is fallacious to assume that all crimes are *contra voluntas*; consent to mayhem or to fights that cause public disorder is not a defense, and consent is not even theoretically applicable to political crimes.

The focus should be on the harm, *i. e.*, whether it is the kind of harm that calls for use of the punitive sanction. Unfortunately, discussions of this problem have been carried on in terms of a sharp dichotomy — harm or no harm. In fact, it is always possible to find *some* harm, some undesirable result or consequence; since no man is an island, if he hurts himself the community is harmed. Quoting J. S. MILL, including passages where he advocates governmental intervention, does not help to elucidate this criminal law problem. Instead, what needs study is the relative crudeness of criminal law, the possibly preferable use of non-punitive law, the use of non-legal agencies, and the value of individual autonomy which, like the presumption of innocence, should place the burden of proof on those who advocate control by criminal law.

Emphasis on "victimless" has another unfortunate consequence: it lumps together gambling, prostitution, addiction, and homosexuality. But each of these differs importantly from the others; the respective solutions may also be expected to differ. If we make necessary distinctions and recognize that very different social problems are involved, we will advance beyond the intuition that something is wrong with our present handling of these problems.

We can strengthen the criminal law and subject fewer persons to its onerous sanctions by improving its moral quality in still other directions. The felony-murder rule leading to convictions of murder in the first degree regardless of the lack of even recklessness is still in vogue in this country and it leads to sharp disagreements among able judges. The objective standard of liability, especially in criminal homicide, also subjects some convicted persons to a higher degree of criminal liability than they deserve. In both of the above respects we can profit from the recent advance of English criminal law⁵. On the other hand we are making considerable progress, especially in California, by the use of "diminished capacity" to approach nearer to just treatment; but that vague concept is very much in need of the sort of analysis discussed above if it is to serve as a definite standard of adjudication. Finally, apart from various subsidiary problems in other parts of the criminal law, there is the problem of inadvertent negligence. Here, too, the submission has been that such conduct should be removed from the orbit of penal liability and treated civilly⁶. Although opinion on this question remains divided, recent discussions by scholars not previously involved definitely support that thesis⁷.

With regard to all of the above possibilities of narrowing the scope of criminal law, it should be noted that we lack the justifica-

⁵ The 1957 Homicide Act (5 & 6 Eliz. 2, c. 11) and the 1967 Criminal Justice Act, Sec. 8.

⁶ Hall, *Negligent Behavior Should be Excluded from Penal Liability*, 63 Colum. L. Rev. 632 (1963).

⁷ See, e. g., *Fine and Cohen, Is Criminal Negligence a Defensible Basis for Penal Liability?*, 16 Buffalo L. Rev. 749 (1967); *Wasserstrom, H. L. A. Hart and the Doctrines of Mens Rea and Criminal Responsibility*, 35 U. Chi. L. Rev. 92, 102-104 (1967); and *Note, Negligence and the General Problem of Criminal Responsibility*, 81 Yale L. J. 949 (1972).

The only recent article I have seen that supports criminal liability for inadvertent negligence is *Fletcher, The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis*, 119 U. Pa. L. Rev. 401 (1971). Professor *Fletcher* accepts the prevailing German position on this subject. Reflecting this influence is his confusion of inadvertent negligence with what in common law analysis is recklessness. See, *id.*, first full paragraph on page 426.

tion for the present indiscriminate treatment of those problems that may be allowed past generations whose non-punitive legal institutions and non-legal facilities were relatively crude or wholly inadequate. In this century our administrative agencies have been developed to a level undreamed of in past ages; our social services have likewise advanced to points where they can make substantial contributions. We are not, therefore, faced with the simple alternative that confronted lawyers in the 18th century — either to use the crude apparatus of the penal law or to do nothing at all. We are fortunately in a position where we can refer large areas of deviant behavior to other institutions while, at the same time, by circumspect narrowing of it, we can strengthen the criminal law.

C. Indeterminate Sentences Versus Definite Penalties

It has long seemed axiomatic that the individualization of treatment provided by wide indeterminate sentences marked a great advance over earlier insistence on specific penalties. The differences among offenders and the circumstances of their wrong-doing seemed and still seem obviously to call for very different degrees of punishment and types of treatment. The fact that judges are not often expert in non-legal disciplines and the assumed availability of competent specialists, augmented by confidence in the social disciplines, led to the transfer of decision-making regarding sentences from judges limited by specific rules of law to administrative boards largely unfettered by law, who, presumably, would make a careful study of each offender.

Recent events have taken a turn which calls for a reappraisal of this policy. They began with the abandonment of legality in European dictatorships and the dramatic reminder that the use of power unlimited by definite rules of law can lead not to wise, compassionate treatment but to gross injustice and the abuse of elementary human rights. More recently, the criticism of indeterminate sentences by inmates of penitentiaries and their representatives has become articulate, sometimes strident. Studies of judicial decisions have revealed great disparities which cannot be rationally explained on the basis of available data. Parole boards are charged with arbitrarily freeing some offenders while continuing for years the imprisonment of others who are not distinguished in terms of the crime or the circumstances or the offenders' characteristics. There are insinuations of political influence and of reliance on fortuitous characteristics, *e. g.*, whether

an inmate is clever enough to make a favorable impression on the guards. There are questions about the competence of the boards, about the time they actually spend in studying the individual inmate, and there are serious doubts about the availability of objective knowledge to guide this very important decisions.

Third, is the influence of recent Supreme Court decisions, especially *Gault* and *Furman*⁸. *Gault* dealt with the juvenile court, where individualization has had its greatest appeal; that decision and succeeding ones legalized juvenile court procedure to the point of bringing it very close to the formality of the criminal trial. Despite the judicial avowal not to interfere with the benevolent treatment of juveniles, criticism was not restricted to the trial; juvenile correctional institutions were even more severely criticized and were assumed to be punitive in their actual operation. Whether this criticism of procedure and treatment in cases of juveniles was warranted or mistaken, its indubitable effect, when joined to return to the rule of law as regards the juvenile court, is to raise serious doubts about the individualization of "treatment" and its corollary — the extensive indeterminate sentence.

Furman has a more direct relation to the indeterminate sentence; for, if there is a single thesis running through the majority opinions, it is that subjection to the capital penalty as now managed, *i. e.*, within the discretion of judges and juries, is arbitrary, capricious and without any "meaningful basis for distinguishing" the cases where it is imposed from the others; it is a mere "lottery". Inevitably, the question arises — how or why is the case different as regards life imprisonment instead of a shorter maximum term, imprisonment to 20 years instead of to 5 years or, indeed, as regards innumerable other indeterminate sentences? The capital penalty is distinctive in some ways, but it is like long term of imprisonment in that all are severe privations. If the execution of some criminals is arbitrary or fortuitous, on what ground or by reference to what available evidence can the disparities that run through the entire system of indeterminate sentencing be defended?

Finally, and perhaps most persuasive, is the experience of the small, homogeneous, literate Scandinavian countries which had embraced the indeterminate sentence as the plain road to progress and humane treatment. Professor *Andenaes*, the distinguished Norwegian scholar, reports:⁹

⁸ In re *Gault*, 387 U. S. 1 (1967); *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).

⁹ J. *Andenaes*, *The Future of Criminal Law*, Crim. L. Rev. 621—622 (Nov. 1971).

At least in the Scandinavian countries the trend in recent years has been away from the sanctions of indeterminate duration back to the traditional system of fixed sentences meted out by the court. This change in the trend is not due to theoretical speculation, but to experience and research.

The above developments, arising from different sources, leave us no choice except to reopen and reexamine the question of the indeterminate sentence. A first step in that direction is to fix the limits of defensible disagreement. It will be agreed, I believe, that we cannot return to 18th century classicism — to impose a specific penalty for each crime regardless of the offender's characteristics and the circumstances of his crime¹⁰. On the other hand, we cannot ignore the recent criticism of the indeterminate sentence, noted above. We are drawn therefore to explore intermediate positions, *e. g.*, to take certain criteria as the basis for definite limitation on official discretion, leaving it to operate within more restricted areas than the present very wide range allows. For example, only for illustration, not to suggest that it is a defensible solution, let us attend to a present indeterminate provision of, say, 1 to 10 years' imprisonment. Among criteria that are candidates for definite statutory provision or for the legal regulation of parole boards are the following: conviction of a previous felony, being armed with a lethal weapon, the use of such a weapon in the infliction of a physical injury on the victim, and confirmed addiction to a "hard" drug. (Other criteria, *e. g.*, dangerousness and evidence of mental disease, are relatively subjective.) Instead of 1 to 10, the sentence in a particular case would be 1—2.5, 2.5—5, 5—7.5 or 7.5—10. An offender who was found to have all four of the above characteristics would be sentenced to 7.5—10 years; *i. e.*, the parole board would have discretion to discharge him any time after he had served 7.5 years, but not before. And so on as regards the other criteria, depending on whether there were one, two or three of them¹¹.

There are obvious objections to such a proposal, *e. g.*, why give equal weight to each of the four criteria? How defend any combination of them against other combinations or why treat a combination of two of them as equivalent to combinations of two other criteria?

¹⁰ The usual account of 18th century penal law is little more than a myth since even at the peak of classical penology there were many ways of avoiding or mitigating the rigor of the substantive law. *See, e. g., Hall, Theft, Law and Society*, ch. 4 (2d ed. 1952).

¹¹ *See Judge M. E. Frankel's* discussion of "a scheme of quantification" in his lecture on *Lawlessness in Sentencing*, 41 U. Cin. L. Rev. 1, 47—48 (1972). "If this sounds crass and mechanical, I press it nonetheless as a goal preferable to the void in which we now operate." *Id.* at 48,

That there are infinite differences among offenders and the circumstances in which they acted is so obvious and it has so impressed able judges, lawyers and scholars that all of the recent well-known reports (the Model Penal Code, the Modell Sentencing Act, and the American Bar Association's project on Sentencing Alternatives and Procedures) recommend continued reliance on wide discretion. The A. B. A. project focused on a narrow difference between the two models: it supported the Model Sentencing Act and rejected the Model Penal Code's statutory provision of minimum sentences.

The fact that the New York Commission rejected some of the Model Penal Code's provisions and preferred to substitute legal controls did not alter the view that wide indeterminacy is desirable. Although the A. B. A. Committee was well-informed regarding great disparities in the judges' sentences, there is little, if any, evidence in its report that defects and injustices in the operation of parole were considered or, indeed, that any serious criticism of the policy of indeterminate sentences was discussed. This is not stated as criticism of that distinguished Committee the A. B. A. report was published in 1967, *i. e.*, before the very recent widely publicized complaints of inmates of prisons and before *Furman* was decided and, apparently, without consideration of the Scandinavian experience.

In the light of these recent developments, it is possible to formulate the present problem in more realistic terms. The question is not whether the indeterminate sentence is better *in theory* than any system of fixed penalties. Plato's *Statesman* is abundant proof of the preferability of decision by philosopher-kings unfettered by law. But that dialogue terminated with the equally persuasive argument that, lacking philosopher-kings, the best solution available in any actual state is the rule of law. Why should not that apply to a significant degree to decisions regarding the years of imprisonment that must be served? It could be shown, I think, that our traditional preference in the resolution of doubts is to give priority to the rule of law as a necessary curb on administration. The relevant, specific question is, what legal limits should be placed on administration?

Of first importance in dealing with this problem is recognition of the fact that this is a problem for informed practical judgment, not one that can be solved by empirical research.

Second, if the decision is one to be made by informed practical judgment, who should make that decision and how should it be reached? In our system, that kind of judgment is made by the legislature, hopefully, after full and free discussion in which opposed points of view and conflicting sets of data were considered. There is

considerable evidence in the above reports that rehabilitation and deterrence were foremost in the minds of the committees; evidence of an equal concern for justice is scant. Able legislators and thoughtful laymen, had they been members of those committees, might have called attention to the importance of this essential component of a sound penal policy.

Third, account should be taken of the fact that there is wide recognition of the need for evidence of the grounds of decision by judges and parole boards and for the availability of these records to the public¹². This much, at least, seems plain — the indeterminate sentence can no longer be accepted on faith; the rule of law can no longer be ignored on the ground that there are always differences among offenders and situations. We do not abolish the law on criminal homicide because each case is different or because an act of euthanasia stimulates compassion rather than prosecution. We should not allow the justice of the substantive law to disintegrate in the mere belief that individualization unchecked by law actually provides a higher degree of justice. Opinions will differ regarding this; perhaps a common ground can be reached if the enactment of statutes along the above-indicated lines were postponed, say, for five years and, as a first measure, judges and parole boards were required to state the standards and types of fact which they employed in reaching their decisions and, also, to say in their reports why particular combinations of them led to the various decisions. The common run of person understands the potential advantages of individualization; what they need to know is whether important decisions regarding sentences, release and detention were made on rational grounds and in conformity with recognized standards of justice. If that evidence cannot be produced, we should turn to legislation for substantial restoration of the rule of law.

Theories of Criminal Law and Theories About Criminal Law

In a large sense “theory” connotes knowledge or understanding. In a narrower sense, *e. g.*, that of “molecular theory” a theory is a set of interrelated concepts which unifies and explains a large range of data. A theory of criminal law depends on the elucidation of relevant concepts, on guiding lines implied in the rational interrelation of

¹² See *The Challenge of Crime in a Free Society* 179 (Pres. Comm. Law Enf. Adm. Just. 1967). But the focus of study of the task force was on “rehabilitative treatment.” Task Force Report: Corrections 16 (1967).

those concepts, and on its expression of a sound penal policy. Just as any scientific theory is verified by reference to fact, so does the validity of a criminal law theory depend on its coherence with actual criminal law, not with anyone's idealization of that law. The ambiguity of "criminal law" raises problems regarding theories of that law; and the alleged neutrality of theory (or of relevant social science) is contradicted by any criminal law theory's inevitable connotations of value or policy. It is possible here to give only the most summary statement of the principal theories of criminal law and salient differences among German, English and American theories. In broad terms it may be said that all of these criminal law theories distinguish: (1) an external element — facts and behavior, (2) the legality of the behavior and (3) the subjective element, the factor of personal guilt. The dominant type of German criminal theory (which, outside the common law world, is more influential than any other theory) deals with the above elements in chronological order. In England, again oversimplifying, the dominant view, probably influenced by parliamentary supremacy and Bentham, is based on a practical, formal definition of criminal law focused on "punishment"¹³. In the United States, an effort has been made to construct a detailed, systematic theory of criminal law which takes account of the above elements in a single level of analysis. Based on the ethical premise that only voluntary harm-doing should be subjected to penal liability, it distinguishes and interrelates rules, doctrines and principles of criminal law¹⁴. Criminal law and legal scholarship would be greatly advanced if the above theories were subjected to critical comparison.

Theories of criminal law should be distinguished from theories about criminal law. A theory of criminal law is a structure of immanent, interrelated ideas; *e. g.*, the principles referred to above are derived from the union of the rules and doctrines. Such a theory represents the discovery of unifying concepts inherent in the criminal law. A theory *about* criminal law may be a sociological, psychiatric or anthropological theory, *e. g.*, that criminal law evolves from certain conditions; that it represents the interests of a dominant class or competition among classes; that it reflects instincts and drives that are of psychiatric significance; that it is a rational dialectic of the moral life, and so on. Research on "criminal law" is sometimes

¹³ There are, of course, many variations in English criminal theory. For example, the position of the later Professor *Turner* and of Professor *G. Williams* on inadvertent negligence challenges the dominant model.

¹⁴ *Hall, supra* note 3, ch. 1. This theory is summarized in 77 *Ethics* 15—16 (No. 1 1966) and in 9 *Ariz. L. Rev.* 360 (1968).

carried on by social scientists in complete disregard of the significance of the legal concepts that are expressed in that law. The result may be an interesting contribution to behavioralism; it does not advance knowledge of the criminal law.

There is an alternative to this sort of study, one, indeed, that has the highest credentials in social science. I refer to the fact that the founders of many social disciplines were legal scholars. *Weber* was a professor of law before he turned to economics and sociology; *Durkheim* was also trained in law. The contributions of Maine to anthropology, of the German Historical School to history and social science, and of many legal scholars to political science are well-known¹⁵. These scholars not only kept in view the rational significance of the law, they also applied that knowledge in their development of the social sciences¹⁶. In sum, theories about criminal law, including the sociology of criminal law, depend on theories of criminal law.

The paramount importance of theory has become more fully appreciated as a result of the closer cultural relations among scholars of many countries, especially in the past 25 years. I am not referring to the occasional meetings of international societies but to the much more frequent exchange of ideas among legal scholars that has recently become possible. This means that the criminal law scholar of the future will address his best efforts to an international audience of scholars. The ultimate challenge is to construct a universal body of knowledge of criminal law and its administration.

¹⁵ *J. Hall, Comparative Law and Social Theory* 111—114 (1963).

¹⁶ *E. g., Weber's theory of "types" and of social action was influenced by his legal training.*

Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

ARTHUR KAUFMANN

I.

Mit schöner Regelmäßigkeit wird seit hundert Jahren — davor gab es dergleichen freilich auch schon — die Abkehr vom Schuldstrafrecht, bisweilen vom Strafrecht überhaupt, gefordert und propagiert. Der jüngste derartige Appell ging von *Arno Plack* aus, der, wie schon so mancher vor ihm, mit einem wortgewaltigen Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts vor die Öffentlichkeit getreten ist¹. Daran ist nichts aufregend Neues. Kein Geringerer als GUSTAV RADBRUCH hatte einst auch im Sinn, das Strafrecht durch ein Maßnahmenrecht abzulösen, „das besser als Strafrecht, das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre“² — aber als er dann seinen Strafgesetzentwurf verfaßte, da hielt er ausdrücklich am Schuldprinzip fest³. Dasselbe zeigte sich in der Sowjetunion und auch in Skandinavien, wo man — mehr oder weniger nach dem Vorbild des italienischen Entwurfs von *Enrico Ferri* — ein „Sanktionenrecht“ ohne „Strafen“ einführen wollte und wo man mittlerweile ausdrücklich oder stillschweigend den Schuldgedanken zur Hintertür wieder hereingelassen hat⁴. Gegenüber solchen Extremforderungen kann man also getrost zur Tagesordnung übergehen.

Etwas anderes ist es mit den Stimmen, die am Schuldgedanken festhalten, ihn aber „entschärfen“ wollen, indem sie die Bedeutung der Schuld herunterzuspielen versuchen. Dahin gehört beispielsweise die Auffassung *Roxins*, wonach die Schuld die Strafe nicht begründe, sondern nur begrenze, und der damit die „Lösung“ des Schuldproblems gefunden zu haben vermeint: da die Schuld bloß ein „Begren-

¹ *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974 (510 Seiten!).

² Zuletzt in: *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 265; siehe auch schon: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 73 ff.

³ *Gustav Radbruchs* Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (1922), hrsg. von *Eberhard Schmidt*, 1952, besonders S. 60 f.: „Die Durchführung des Schuldprinzips“.

⁴ Vgl. für die Sowjetunion: *Radbruch-Zweigert*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 150; für die DDR: *Maurach*, Verbrechen und Strafe nach dem neuen Strafgesetzbuch der DDR, in: *Maurach-Meissner* (Hrsg.), 50 Jahre Sowjetunion, 1969, S. 156 ff., und *Fr.-Chr. Schroeder*, Schuld als Entscheidung — Zur Regelung der „Schuld“ im Strafgesetzbuch der DDR, in: *Jahrb. f. Ostrecht* 1973, S. 9 ff.; für Skandinavien: *Andenaes*, ZStW 69 (1957), 651 ff., bes. 655. — Zum Ganzen eingehend: *Richard Lange*, Das Rätsel Kriminalität, 1970, passim; *derselbe*: Die Krise des Strafrechts und seiner Wissenschaften, 1969, passim.

zungselement“ sei, könne man die Frage, ob es Schuld — und Freiheit! — überhaupt gibt, getrost in der Schwebe lassen⁵. Wäre das richtig, so könnte man ausnahmslos alle Verbrechensvoraussetzungen in der Schwebe lassen, denn jedes Merkmal, an das die Strafe geknüpft wird, begrenzt diese zugleich — et vice versa (das folgt logisch zwingend aus dem Gesetz des reziproken Verhältnisses von Begriffsinhalt und Begriffsumfang)⁶. Natürlich kommt der Schuld im Strafrecht eine rechtsstaatlich äußerst wichtige Limitationsfunktion zu⁷. Aber gerade deswegen kann man ihre Existenz und ihre Feststellung nicht dahingestellt sein lassen. Das Schuldproblem verliert nichts an Gewicht, wenn man die Augen vor ihm verschließt.

Nun begegnet man immer wieder der Meinung, strafrechtliche Schuld setze „Willensfreiheit“ voraus (ein treffenderer Ausdruck wäre „Freiheit zur Selbstbestimmung“), diese Freiheit aber lasse sich, jedenfalls in concreto, nicht wissenschaftlich beweisen, und also müsse man von einer Begründung der Strafe durch die Schuld Abstand nehmen. Das ist leicht gesagt. Doch wie will man denn — um nur ein Problem herauszugreifen — die „Schuldunfähigkeit“ im Sinne des § 20 StGB erklären: die mangelnde Schuld infolge der Unfähigkeit, „das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“?

Es ist nicht beabsichtigt, im Rahmen dieses kleinen Beitrags näher auf das Freiheitsproblem einzugehen. Es können nur einige wenige Bemerkungen und Andeutungen gemacht werden⁸. Wer die Kürze dieser Darstellung tadelt, sei auf *Nietzsche* hingewiesen: „Etwas Kurz-Gesagtes kann die Frucht und Ernte von vielem Lang-Gedachten sein: aber der Leser, der auf diesem Felde Neuling ist und hier noch gar nicht nachgedacht hat, sieht in allem Kurz-Gesagten etwas

⁵ Roxin, JuS 1966, 377 ff., bes. 384 f.

⁶ Siehe näher *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, 553 ff., bes. 555. Zutreffend gegen *Roxin* auch *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, im: Handbuch der forensischen Psychiatrie, hrsg. von *Göppinger* und *Witter*, Band I, Teil A, 1972, S. 13 ff., bes. S. 18 f. — *Roxin* hat seine Auffassung neuerdings modifiziert, was hier im einzelnen nicht dargelegt werden kann; vgl. *Strafrechtliche Grundlagensprobleme*, 1973, S. 29 f., sowie: „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft — Festschr. f. Heinrich Henkel*, 1974, S. 171 ff. — Zum Streitstand auch *Haffke*, MSchrKrim. 1975, S. 46 ff.

⁷ Das darzulegen, war ein Hauptanliegen *meiner* Monographie „Das Schuldprinzip“, 1961; 2. Aufl. 1976.

⁸ Ich verweise des näheren auf: *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S. 321 ff. An meiner Darstellung des Freiheitsproblems in: *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949, S. 102 ff., halte ich nicht fest. — Ähnlich wie im Text: *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 63 ff. Vgl. auch *Kohlrausch-Lange*, Strafgesetzbuch, 39. und 40. Aufl. 1950, Anm. III zu § 51 (in der 43. Aufl. 1961 ist die einschlägige Stelle gekürzt).

Embryonisches, nicht ohne einen tadelnden Wink an den Autor, daß er dergleichen Unausgewachsenes, Ungereiftes ihm zur Mahlzeit mit auf den Tisch setze⁹.“

Es ist oft beteuert worden, daß der ganze Streit um das *Freiheitsproblem* für das Strafrecht überhaupt nicht relevant sei, weil insbesondere mit dem „psychologischen“ Merkmal der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB nicht „Willensfreiheit“ gemeint sei, sondern etwas viel Elementareres und Einfacheres: die „normale Motivierbarkeit“, wie man es vielfach genannt hat¹⁰. Dazu ließe sich sagen, daß mit dieser Redeweise doch auch wieder nur der Freiheit ein anderer Name gegeben wird. Indessen wollen wir das auf sich beruhen lassen. Wichtig ist die Frage, wie denn diese „normale Motivierbarkeit“ festgestellt werden kann. Die Antwort kann nur lauten: „Normale Motivierbarkeit“ läßt sich um kein Jota anders ermitteln als die — nicht indeterministisch verstandene¹¹ — Freiheit, nämlich einzig durch ein *analogisches* Verfahren.

Wollen wir wissen, ob ein Straftäter „normal motivierbar“ ist, so sind wir, wie auch sonst in der Wissenschaft, zu allererst auf unsere Erfahrung angewiesen. Sie muß uns darüber Auskunft geben, ob sich auch ein „*Durchschnittsmensch*“ in der äußeren und inneren Lage des Täters ebenso wie dieser verhalten haben würde oder nicht¹². Die

⁹ Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches, II, 1, 127 (Werke, hrsg. von Karl Schlechta, 1. Bd., 7. Aufl. 1973, S. 786 f.).

¹⁰ Statt vieler weiterer Hinweise: Mezger, Schuld und Persönlichkeit, 1932, bes. S. 19 ff. Im selben Sinne spricht Mezger a. a. O. auch von der „sozialen Adäquanz der Persönlichkeit des Täters“.

¹¹ Freiheit besteht nicht in einem Nein zur kausalen Determination, vielmehr in deren Überdetermination (genauer müßte man sagen: schon in der Möglichkeit solcher Überdetermination), d. h. im Hinzufügen einer eigenen Determinanten besonderer Art, die nicht aus dem Kausalgefüge der Welt stammt, sondern aus ihrem Sinnggefüge. Es ist ein weit verbreiteter — auch in der noch zu analysierenden Schrift von Ellscheid und Hassemer anzutreffender — Irrtum, daß mit der Aufdeckung kausaler Determinanten Freiheit eingeengt oder gar verneint werde. Nicht die Aufhebung irgendeiner Determination zeichnet den sittlichen Willen aus, sondern das Hinzutreten einer neuen, nicht ein Minus an Determination, sondern gerade ein Plus an Determination. Ein solches Plus an Determination lassen die Kausalprozesse sehr wohl zu, denn sie sind ja nicht von vornherein auf ein Endziel festgelegt, sondern laufen gleichgültig ab, und eben darum sind sie für den, der ihre Gesetzlichkeit durchschaut, lenkbar. Es gibt kein Gesetz, das besagt, daß zu den kausalen Determinanten eines Kausalnexus nicht noch anderweitige Determinanten hinzutreten könnten — das Kausalgesetz besagt nur, daß die Kausalverläufe nicht ein Minus an Determination zulassen. Vgl. näher: Rechtsphilosophie (Fn. 8), bes. S. 322 ff. mit weiteren Literaturhinweisen.

¹² Gut hierzu und zum folgenden: Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 25 ff.

Feststellung der — wie auch immer verstandenen — Schuld (oder Verantwortlichkeit) geschieht also seit eh und je und ganz notwendig per analogiam, das heißt der Täter wird *verglichen* mit einem aus unserem Erfahrungswissen gebildeten Konstrukt — nicht etwa mit einem leibhaftigen Durchschnitts- oder Normalmenschen, denn ein solcher wurde bislang von keinem Weibe geboren. Durchschnittlichkeit oder Normalität „an sich“ gibt es nicht, sondern immer nur „im Hinblick auf“, und das bedeutet, daß schon die Feststellung dessen, was als „durchschnittlich“, als „normal“ oder auch als „normal motivierbar“ anzusehen ist, ein analogisches Verfahren darstellt. Oder so ausgedrückt: Der Durchschnittsmensch, der als Maßstab für die strafrechtliche Schuldfähigkeit herhalten muß, ist weder ein Abstraktum, noch aber auch konkrete Wirklichkeit, er ist vielmehr ein Typus und steht als solcher mit dem einen Bein in der Welt des Wahrnehmbaren, mit dem anderen in der Welt des Intelligiblen. Deshalb läßt sich ein Schuldurteil nie ausschließlich auf Erfahrung gründen. Das hat aber mit Indeterminismus nichts zu tun. Auch wer die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von dem Problem der Willensfreiheit trennt, wird nicht anders verfahren können, als daß er aus dem erfahrungsgemäßen Verhalten wirklicher Menschen einen „Normalmenschen“ konstruiert, um dann von diesem erdachten Modell wiederum auf die Fähigkeiten wirklicher Menschen zu schließen. Solange man im Straf- oder Maßnahmenrecht „Normale“ anders behandelt als „Nicht-Normale“, solange wird man sich dieses analogischen Verfahrens bedienen müssen.

Der „Analogieschluß“, von dem hier die Rede ist, ist nichts anderes als jener vieldiskutierte Brückenschlag vom Sein zum Sollen bzw. vom Sollen zum Sein, der theoretisch immer wieder verdächtigt, im Rechtsleben aber stets praktiziert worden ist. Verdächtigt wurde er, weil die Analogie weder Deduktion noch Induktion ist, sondern, was schon *Aristoteles* wußte¹³, eine Verbindung zwischen beiden: eben jene Brücke, die, weil nicht auf festen Pfeilern ruhend, sondern elastisch zwischen zwei Pylonen aufgehängt, von den Methodendualisten für allzu schwankend erachtet wird. Aber über diese Brücke müssen wir, auch wenn uns dabei schwindelt¹⁴.

Es ist keine Frage, der sogenannte Analogieschluß führt niemals zu gesicherten, apodiktischen, sondern immer nur zu problematischen, aporetischen Urteilen. Aber wer glaubt, „daß sich die strafrechtliche Theorie nicht wie andere Wissenschaften ungeklärte Grundprobleme

¹³ *Aristoteles*, *Analytica prior*, II, 24; *Rhetorik*, I, 1357 b, 25 ff.

¹⁴ Näher zur Problematik der Analogie: *Arthur Kaufmann*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 8), S. 272 ff.

leisten kann“¹⁵, der gibt sich offenbar der wirklichkeitsfremden Illusion hin, es sei möglich, wissenschaftliche Grundprobleme abschließend zu „klären“. Es ist in der Tat unmöglich, „Schuld“ und „Freiheit“ mit den Mitteln des Strafprozeßrechts — und auch mit anderen Mitteln — so eindeutig zu erforschen, daß kein ungelöster Rest mehr bleibt. Doch ebenso steht es auch mit vielen anderen Kategorien, mit denen der Strafrichter, vor allem bei der Strafzumessung (§ 46 StGB), arbeiten muß: die „Beweggründe“ des Täters, seine „Gesinnung“, das Maß seiner „Pflichtwidrigkeit“, sein „Vorleben“ . . . , dann aber auch solche Momente wie „Gefährlichkeit“, „Unrechtsbewußtsein“, „potentielle Verbotskenntnis“ und viele andere mehr. Wie immer man ein Straf- oder Maßnahmenrecht fundiert, es wird notwendig auf problematischen Prämissen und Grundlagen errichtet sein, und die Ergebnisse, zu denen der Strafrichter gelangt, werden nie Wahrheitsgewißheit verbürgen.

II.

Unlängst haben *Günter Ellscheid* und *Winfried Hassemer* einen interessanten Versuch unternommen, einerseits das Schuldprinzip aus dem Strafrecht zu eliminieren und doch andererseits nicht den bekannten Aporien der *Défense sociale* (die „totale Unbestimmtheit“ der zu verhängenden Maßnahmen¹⁶) zu verfallen. Das Rezept hierfür erscheint verblüffend einfach. *Ellscheid* und *Hassemer* schlagen vor, das Schuldprinzip durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ersetzen, womit dann auch erreicht werde — und das ist ihr Hauptanliegen —, daß die Strafe ihren Vorwurfscharakter verlöre¹⁷.

Wenden wir uns zunächst der Frage zu, ob der Schuldgrundsatz wirklich so ohne weiteres durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgelöst werden kann. Die Meinung, die das bejaht, geht ersichtlich von der Vorstellung aus, daß beide Grundsätze auf derselben Ebene liegen, oder gar, daß das Schuldprinzip „nichts anderes ist, als die strafrechtliche Ausprägung jenes allgemeinen Rechtsgrundsatzes der ‚Verhältnismäßigkeit‘, dem als Ausfluß des Rechtsstaatsgedankens Verfassungsrang zukommt“¹⁸. Indessen, so liegen die Dinge nicht. Zwar ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein Teilaspekt des

¹⁵ *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, in: *Civitas — Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, 9. Bd., 1970, S. 27.

¹⁶ Siehe *Richard Lange*, *Das Rätsel* (Fn. 4), S. 63 ff., bes. S. 82.

¹⁷ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 27 ff.

¹⁸ So *Calliess*, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, S. 187. Vgl. auch *Zipf*, *Die Strafmaßrevision*, 1969, S. 55 ff.

Schuldgrundsatzes, aber eben nur ein Teilaspekt und auch nicht der primäre¹⁹.

Die Bedeutung des *Schuldprinzips* ist eine dreifache. Als erstes und wichtigstes besagt es, daß die Schuld — wie Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit — ein strafbegründendes und damit zugleich auch strafbegrenzendes *materielles Verbrechenmerkmal* ist, daß also jede Strafe notwendig Schuld voraussetzt. Diesen Aspekt — und nur diesen — hatte das *Bundesverfassungsgericht* im Auge, als es erklärte, dem Schuldgrundsatz komme verfassungsrechtlicher Rang zu, da er im Rechtsstaatsprinzip begründet sei²⁰.

Die zweite Bedeutung des Schuldprinzips liegt in der *Kongruenz zwischen Unrecht und Schuld*. Die Schuld muß alle Elemente des konkreten Unrechts umfassen, es darf also keine schuldindifferenten Unrechtsmerkmale geben, und es genügt auch nicht eine auf bloß unbestimmtes Unrecht gerichtete Schuld (also Absage an die aus dem kanonischen und gemeinen Recht stammende Lehre vom „*versari in re illicita*“). Diesen Aspekt des Schuldprinzips, nämlich „daß sich äußere und innere Tatseite decken müssen“, hat auch der *Bundesgerichtshof* ausdrücklich anerkannt: „Das Erfordernis der Entsprechung von Unrecht und Schuld ist heute in der Schuldlehre herrschender Grundsatz“²¹. Daß dieser Grundsatz nicht rein verwirklicht, sondern z. B. durch „objektive Strafbarkeitsbedingungen“ durchbrochen ist, ist kein Gegenargument, sondern bestätigt vielmehr das Prinzip.

Drittens schließlich bedeutet das Schuldprinzip, daß die *Strafe schuldangemessen* sein muß, daß sie jedenfalls nach oben durch die Schuld begrenzt wird (eine Unterschreitung des Schuldmaßes, etwa aus spezialpräventiven Gründen, ist nach allgemeiner Meinung zulässig²²). In diesem Sinne heißt es in § 2 Abs. 2 des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches²³: „Die Strafe darf das Maß der Tatschuld nicht überschreiten“. Allgemeiner gehalten und weniger präzise ist die Formel des § 46 Abs. 1 StGB: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe“. Nicht zu bezweifeln ist, daß auch damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Schuld und Strafe ausgedrückt werden soll.

¹⁹ Zutreffend *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allg. T., 2. Aufl. 1975, S. 108 f., der präzise zwischen dem Schuldgrundsatz und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterscheidet.

²⁰ So ganz unmißverständlich *BVerfG*, JZ 1967, 171.

²¹ *BGHSt.* 10, 35 ff., 38.

²² In *meinem* Buch: *Das Schuldprinzip*, 1961, S. 205 f., habe ich eine solche Unterschreitung des Schuldmaßes nur für ausnahmsweise zulässig erklärt; daran halte ich nicht fest.

²³ 2. Aufl. 1969.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß nur in dieser dritten Hinsicht von einer Ersetzung des Schuldprinzips durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesprochen werden kann. Die beiden erstgenannten Bedeutungen des Schuldprinzips liegen ganz außerhalb der Dimension des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und können daher auch nicht von diesem übernommen oder ersetzt werden. *Ellscheid* und *Hassemer* schweigen sich denn auch über diese Seite des Problems völlig aus. Von einer gänzlichen Eliminierung des Schuldprinzips aus dem Strafrecht kann nach alledem also keine Rede sein.

Aber auch im Hinblick auf die dritte Bedeutung des Schuldprinzips — Schuldangemessenheit der Strafe — müssen ernste Bedenken gegen den Vorschlag von *Ellscheid* und *Hassemer* angemeldet werden.

Im Gegensatz zum Schuldprinzip, das, wie gesagt, materiellen Charakter hat, ist der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* als solcher ein rein *formales* Prinzip: die Proportion, die Beziehung, das Verhältnis (*habitus*) eines Seienden zu einem anderen. Um welche Seienden es sich dabei handelt, sagt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht²⁴.

Ein Blick in die Geschichte des Strafrechts zeigt denn auch, daß man dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ganz verschiedene Inhalte gegeben hat. Das mosaische Gesetz: Haupt um Haupt, Auge um Auge, Zahn um Zahn war, historisch gesehen, eine Absage an die bis dahin geltende maßlose Rache und eine Anerkennung des Grundsatzes der Proportion zwischen Tat und Sühne. Ebenso steht es mit dem kantianischen Talionsprinzip, ja gerade bei *Kant* hat der Grundsatz des gerechten Verhältnisses von Verbrechen und Strafe seine schärfste Ausprägung erfahren: „Nur das *Wiedervergeltungsrecht* (*ius talionis*) . . . kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend und können, anderer sich einmischenden Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten.“²⁵ Hier zeigt sich auch, daß sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weit eher in einem Erfolgs- und Vergeltungsstrafrecht verwirklichen läßt als in einem Schuldstrafrecht, weil die Strafe viel leichter an der Schwere der Tat als an der Schwere der Schuld meßbar ist und weil man im Grunde nur Taten „vergelt“, d. h. mit Entsprechendem

²⁴ *Jescheck* kann dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur deswegen „materielle Natur“ zusprechen, weil er ihn sogleich inhaltlich bestimmt; vgl. Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T., 2. Aufl. 1972, S. 17.

²⁵ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*; *Der Rechtslehre* zweiter Teil, § 49, E: Vom Straf- und Begnadigungsrecht (Werke, hrsg. von *Wilhelm Weischedel*, Bd. IV, 1960, S. 454; Hervorhebung im Original).

zurückzahlen kann, nicht jedoch die Schuld (was wäre denn das Äquivalent für sie?)²⁶.

Damit stellt sich nun aber die Gretchenfrage, die wir an *Ellscheid* und *Hassemer* richten müssen: Woran bemessen sie denn die Höhe der Strafe, wenn nicht an der Schuld des Täters? Es läge nahe, daß sie den 1969 neu eingeführten 2. Absatz des § 42 a StGB (jetzt § 62 StGB), der den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Maßregeln der Besserung und Sicherung normiert²⁷, entsprechend auf das ganze Strafrecht ausgedehnt wissen wollen, zumal sie sich dezidiert für ein einspuriges Strafrecht, das nicht mehr zwischen Strafen und Maßregeln unterscheidet, aussprechen. Im Ergebnis hieße das, daß alle strafrechtlichen Sanktionen nach Art und Schwere im rechten Verhältnis zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr stehen müssen. Oder so ausgedrückt: Das Schuldprinzip wäre insoweit durch ein Gemisch aus Tat- und Gefährlichkeitsprinzip ersetzt.

Erstaunlicherweise erwähnen *Ellscheid* und *Hassemer* diesen im Strafgesetzbuch positivierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber gar nicht. Und auch sonst sagen sie kaum etwas Inhaltliches über die Beziehungsglieder Straftat und strafrechtliche Sanktion. Nur ganz vage und allgemein wird argumentiert: „Rechtsbruch und darauf folgende staatliche Reaktion müssen in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden, wobei diese Aufgabe das Problem mit umfaßt, ob in Anbetracht der *objektiven Bedeutung einer Tat* für die Gesellschaft eine strafrechtliche Maßnahme überhaupt vertretbar erscheint.“ Und an anderer Stelle: „Von entscheidender Bedeutung wäre es, aus dem Ganzen der Rechtsordnung, insbesondere aus der Verfassung, zu entwickeln, welche Wertigkeit Freiheit und Eigentum des einzelnen Straftäters im Verhältnis zu den *vorgegebenen kriminalpolitischen Zielsetzungen* zukommt.“²⁸ Mehr erfährt der Leser über das „angemessene Verhältnis“ zwischen Rechtsbruch und staatlicher Reaktion nicht. Auch wenn man berücksichtigt, daß es sich hier um einen programmatischen Aufsatz handelt, wird man sagen müssen, daß *Ell-*

²⁶ Das habe *ich* wiederholt ausgeführt, damit bisher aber keine Resonanz gefunden. Vgl. etwa: Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, in: JZ 1967, 553 ff., 556 f.; Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S. 324 ff., 334 f.; Schuldstrafrecht und Resozialisierung, in: Radius 1970, Heft 2, S. 37 ff.

²⁷ Die Rechtsprechung hatte den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für das Maßregelrecht bereits vorher anerkannt; siehe *BGHSt.* 20, 232, und dazu *Gribbohm*, JuS 1967, 349 ff.

²⁸ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15) S. 43, 45 (Hervorhebungen von mir). Die im Text zitierten Stellen sind nicht sinntstellend verkürzt.

scheid und *Hassemer* vor dem eigentlichen Problem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, nämlich seiner inhaltlichen Bestimmung, kapituliert haben.

Nur eine allgemeine Stoßrichtung kann man erkennen, und zwar in zweifacher Hinsicht. Erstens: Das Strafrecht soll *verobjektiviert* werden. Die kriminalrechtlichen Sanktionen sollen an der „objektiven Bedeutung einer Tat für die Gesellschaft“ gemessen werden, und von Schuld soll, wenn überhaupt, nur „in einem objektiven Sinn“ die Rede sein, nämlich als einer „Schuld, die nicht von den individuellen Handlungsmöglichkeiten des Delinquenten her konzipiert wird, sondern von der objektiven Verfehlung einer Pflicht, von den Anforderungen der anderen her“²⁹. Hier wird also ersichtlich ein Schritt vom Schuld- zum Erfolgsstrafrecht gemacht, und das heißt, wenn man die geschichtliche Entwicklung berücksichtigt, ein Schritt nach rückwärts³⁰. — Zweitens greifen *Ellscheid* und *Hassemer* ganz unverkennbar die Idee der *Défense sociale* auf, die sie lediglich durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz modifizieren möchten. Damit aber sind sie ganz in die Nähe der „Neuen *Défense sociale*“ von *Marc Ancel*³¹ gerückt, die sie jedoch bedauerlicherweise nirgendwo in ihre Reflexionen und Argumentationen einbezogen haben. Aber auch wenn sie es getan hätten, wäre für die inhaltliche Bestimmung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sicher nicht viel zu gewinnen gewesen.

III.

Nach alledem muß wohl festgestellt werden, daß der Versuch *Ellscheid*s und *Hassemers*, ein *Strafrecht ohne Vorwurfscharakter* zu begründen, fehlgeschlagen ist³². Man kann das Schuldprinzip nicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ersetzen. Aber auch wenn das möglich wäre, behielte die Strafe oder die Maßregel ihren mißbilligenden Charakter. Da sollte man sich nichts vormachen. Welche Sanktion

²⁹ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15) S. 43, 40.

³⁰ *Gustav Radbruch* hatte sich in seinem Entwurf (vgl. Fn. 3, S. 61) noch „eine Verfeinerung der Schuldlehre“ zum Ziel gesetzt. — Vgl. zu dem im Text Gesagten auch *Mangakis*, Über die Erfolgs- und Schuldhaftung als Kategorien geschichtlicher Betrachtung, in: ZStW 83 (1971), 283 ff.

³¹ *Ancel*, *La Défense sociale nouvelle*, 1954. Vgl. hierzu *Melzer*, Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; *ders.* in: JZ 1970, 764 ff.; *Richard Lange*, Das Rätsel (Fn. 4), S. 63 ff. — Hinweise auch schon bei *Hans Joachim Schneider*, in: ZStW 79 (1967), 946 ff., sowie in: JZ 1968, 36 f.

³² Vgl. auch die Kritik von *Haffke*, a. a. O. (Fn. 6), S. 50.

auch immer man wegen oder auch nur aus Anlaß einer kriminellen Tat verhängt, sie wird immer einen Tadel zum Ausdruck bringen, und sie wird von dem Delinquenten stets auch so verstanden werden. Mit Recht geißeln *Ellscheid* und *Hassemer* den in der Unterscheidung von Strafen und Maßregeln liegenden „Etikettenschwindel“³³. Aber die Konsequenz ist nicht die, daß man aus der Strafe das Tadelement eliminieren könnte und sollte, vielmehr ist es umgekehrt so, daß auch die schuldunabhängige Maßregel einen Vorwurf gegen den Täter beinhaltet. Es ist doch eine reine Fiktion, wenn man so tut, als hätte die Verurteilung zu einer Maßregel der Besserung und Sicherung im Sinne der §§ 61 ff. StGB keine sozialetische Valenz!

Nun meinen *Ellscheid* und *Hassemer*, dieses Festhalten am sozial-ethischen Vorwurf gegenüber dem Straftäter sei nur die Folge einer die Dogmatik begleitenden und auslegenden Ideologie³⁴. Daran ist sicher etwas Richtiges. Aber wenn in diesem Zusammenhang schon von Ideologie die Rede ist, dann muß man auch die heute willig aufgegriffene „Sündenbock-Ideologie“ zitieren, wonach an einer Straftat die ganze Mitwelt und vielleicht auch das Opfer schuld ist, nur nicht der Täter selbst³⁵. Kein Zweifel, auch an dieser „Sündenbock-Doktrin“ ist etwas Wahres. In gewisser Hinsicht delinquentiert der Verbrecher in der Tat stellvertretend für die Gesellschaft³⁶. Aber man lasse die Kirche im Dorf! Die Mitschuld der Gesellschaft an den in ihrer Mitte begangenen Verbrechen soll nicht zerredet werden; hier ist kriminalpolitisch noch vieles zu bestellen. Das ändert indessen nichts daran, daß der an einer Straftat primär Schuldige noch allemal der (schuldfähige) Täter selber ist!

Bei alledem sollte man doch auch nicht verkennen, daß eine „Strafe ohne Vorwurf“ am allerwenigsten vom Bestraften selbst verstanden würde. Ein Täter, dem man erklärte, daß ihm wegen seiner Tat weder eine Schuld angelastet noch ein Vorwurf gemacht werde, ein solcher Täter würde jede kriminalrechtliche Sanktion als ungerecht empfinden, und er würde ohne Zweifel auch nicht bereit sein, an seiner Reso-

³³ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 38.

³⁴ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 36.

³⁵ Vgl. statt vieler anderer nur *Naegeli*, Das Böse und das Strafrecht, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischem Recht; St. Galler Festgabe 1965 zum schweizerischen Juristentag, 1965, S. 263 ff.; *ders.*, Die Gesellschaft und die Kriminellen — Ausstoßung des Sündenbocks, in: Verbrechen — Schuld oder Schicksal?, hrsg. von *W. Bitter*, 1969, S. 40 ff., und *Hassemer*, Schuld als soziales und sozialwissenschaftliches Phänomen, in: RuG 1971, 17 ff. (jeweils dort auch weitere Literatur).

³⁶ So *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 16, und im Anschluß an ihn *Arthur Kaufmann*, Die Strafvollzugsreform, 1971, S. 48.

zialisierung mitzuwirken. Auch *Ellscheid* und *Hassemer* erkennen an, daß bei „manchen Häftlingen“ die Schuld ein „therapeutisches Mittel“ sei, um sie an ihre Verantwortung gegenüber dem Verletzten und der Gesellschaft zu mahnen und in eine solche Verantwortung einzuüben³⁷. Wenn sie dann aber hinzufügen, daß hier nicht der Tadel oder der Vorwurf therapeutisch wirke, so widerspricht das allen pädagogischen und psychologischen Erfahrungen. Freilich ist es in der Praxis leider noch die Regel, daß „der Tadel des Urteils ohne Konsequenz“ bleibt, daß er „im Strafvollzug nicht aufgenommen, nicht realisiert“ wird³⁸. Aber davon, daß es notwendig so sein müßte, kann eine Rede sein. Man kann das Schuldprinzip durchaus in einem an der Resozialisierungsidee orientierten Strafvollzug fruchtbar machen³⁹. Man muß es nur wollen.

Eines freilich ist *Ellscheid* und *Hassemer* unumwunden zuzugeben: Ein Schuldurteil ist sittlich nur dann zu verantworten, wenn sich „der Verurteilende auf die Person des zu Verurteilenden einläßt, mit ihm in eine *personale Kommunikation* eintritt, an der Schuld des anderen teilhat und sie versteht“⁴⁰. Eben davon aber könne, so meinen sie, keine Rede sein. Im Strafverfahren gebe es keine personale Kommunikation zwischen Richter und Angeklagtem, denn über dem Verhältnis beider stehe immer der „Zwang des Gesetzes“⁴¹.

Das ist ein schwerwiegender Einwand, den man nicht auf die leichte Schulter nehmen darf. Und man muß einräumen, daß dieser Einwand für die derzeitige Praxis leider weitgehend zutrifft. In-dessen, was folgt daraus? Die Konsequenz kann doch nur sein, daß man die Verhältnisse ändern muß! Und auch hier kommt es „nur“ darauf an, daß man diese Veränderung der Verhältnisse wollen muß, das Gesetz steht dem nicht entgegen. Oder was hindert daran, den Grundsatz des § 46 Abs. 1 StGB, wonach die Schuld des Täters Grundlage für die Strafzumessung ist, gerade auch im Sinne einer personalen Kommunikation zwischen Richter und Angeklagtem zu verstehen? Und wer sagt, daß der „Zwang des Gesetzes“ den Richter zum Subsumtionsautomaten machte? Die moderne Hermeneutik hat den Richter doch längst von diesem scheinbaren Zwang befreit und

³⁷ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 33.

³⁸ *Ellscheid/Hassemer*, wie Fn. 37.

³⁹ Wie *ich* mir das vorstelle, habe ich wiederholt dargelegt. Vgl. insbes. die in Fn. 26 und 36 zitierten Arbeiten, sowie dazu *Haffke*, a. a. O. (Fn. 6), S. 46 ff.

⁴⁰ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 32 (Hervorhebung von mir), im Anschluß an *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip (Fn. 7), S. 197 ff.

⁴¹ *Ellscheid/Hassemer*, a. a. O. (Fn. 15), S. 32 f. Kritisch dazu *Haffke*, a. a. O. (Fn. 6), S. 51 f.

ihm den Weg vom Funktionär zur Richterpersönlichkeit geebnet⁴². Hier in der Praxis müßte die Reform ansetzen und nicht da, wo die Gegner des Schuldstrafrechts reformieren zu müssen glauben.

IV.

Ellscheid und *Hassemer* haben das Schuldprinzip und die mit ihm verbundenen Prämissen mit scharfsinnigen und tiefbohrenden Einwänden problematisiert. Solche Problematisierung tut not. Allzu leicht wird immer wieder über die Aporien des Schuldgedankens hinweggegangen, allzu gerne macht man es sich in einem dogmatisch verfestigten Schuldstrafrecht bequem. Wer den Schuldgedanken vertritt, darf es nur mit schlechtem Gewissen tun, nur mit dem Bewußtsein, daß die Schuldstrafe zwar unausweichlich notwendig, aber doch zu tiefst frag-würdig: des ständigen Infragestellens wert und bedürftig ist.

Richard Lange, zu dessen Ehre dieser kleine Aufsatz geschrieben wurde, hat diese Tragik des Strafrechts nie verkannt. Er, der maßgebend an der Strafrechtsreform mitgearbeitet hat, sah deren „letztes und tiefstes Dilemma“: Das moderne Strafrecht muß sich auf die Erfahrungswissenschaften von den Ursachen und Erscheinungsformen des Verbrechens stützen. Aber wir wissen nicht und werden es niemals wissen, wo dieser Boden trägt und wie weit man ihn belasten kann. Angesichts dieser Problematik bleibt uns nur, daß wir neben den Bruchstücken erfahrungswissenschaftlich vermittelter Wirklichkeit „die Rückbindung an die andere Wirklichkeit festhalten, die in dem noch tragfähigen Bestand lebendiger sozialer Sinngebungen, Werte und Institutionen liegt. Sie zu schützen, ist die eigentliche Aufgabe des Strafrechts. Auf sie müssen sich daher seine Normen beziehen, ihnen müssen sie entsprechen. Das ist nur möglich, wenn sie weiterhin auf Schuld und Strafe aufbauen. Diese Grundpfeiler nicht aushöhlen zu lassen, ist die Hauptaufgabe derjenigen, die das neue Strafrecht anzuwenden haben.“⁴³

⁴² Dazu *Arthur Kaufmann*, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: *Einheit und Vielfalt des Strafrechts* — Festschr. f. Karl Peters, 1974, S. 295 ff.

⁴³ *Richard Lange*, Strafrechtsreform — Reform im Dilemma, 1972, S. 127 f.

Zur Problematik des Verbrechensaufbaus*

JÜRGEN RÖDIG †

Die systematischen Passagen, die dem von *Richard Lange* betreuten Kommentar des Strafgesetzbuches zu seinem so hohen Ansehen verholfen haben, belegen in paradigmatischer Weise den Satz, daß ein hinreichender Grad von Vollständigkeit nicht zwingend an einer bestimmten Anzahl von Seiten abgelesen zu werden vermag. Je allgemeiner die Fassung eines Rechtsgedankens gelingt, desto größer ist die Menge der implizite behandelten Fälle; desto geringer wird zugleich das Risiko, daß die im Rahmen einer Berücksichtigung des Einzelfalls angenommenen Rechtsätze miteinander zu kollidieren beginnen und zu Differenzierungen zwingen, die ihrerseits der Harmonisierung bedürfen. Jedoch gerade jene Allgemeinheit, der das rechtliche Dogma seine Bindekraft verdankt, kann sich nur anhand des Einzelfalls bestätigen. Wie jedes Gegenbeispiel die zu weit geratene Hypothese falsifiziert, so geht juristische Systematik mit dem ersten Sachverhalt, anhand dessen sie sich nicht bewährt, in bloßen Schematismus über. Und zwar in einen Schematismus, dessen Aufrechterhaltung mehr Mühe kosten kann als grundlegende Arbeiten an einem im Ansatz neuen System. Was sich im Rahmen solchen Zurechtbiegens als wirklichkeitsnahes Hantieren mit bewährten Grundsätzen ausnimmt, verzehrt tatsächlich in unvertretbarem Ausmaß die von wissenschaftlichem Fortschritt geforderte Energie. Keine Methode ist zu exakt und keine exakte Methode zu neu, um für die systematische Erfassung einer auch noch so bescheidenen Fallgruppe bemüht zu werden, ja bemüht werden zu müssen. Funktional verstandene Dogmatik stellt nach alledem keinen Rechtfertigungsgrund für Theorielosigkeit dar. Kein Wunder also, daß es gerade der große Dogmatiker verstand, dem Mitarbeiter des von ihm mitdirigierten Instituts immer wieder Mut zum Betreten neuer Wege zu machen. Solcher Ermutigung bedarf es, unnütz zu sagen, schon der Gefahr von Irrwegen halber. Möge der Jubilar es gleichwohl verantworten können, den Verfasser auf seiner im folgenden beschrifteten Wanderung recht lange zu begleiten.

I. Dogmatik, Methodik und Methodologie der zeitgenössischen Lehre vom Verbrechen

Die zeitgenössische Lehre vom Verbrechen nimmt in Vergleich mit anderweitigen Doktrinen zum geltenden Recht eine *prima facie* im-

* Es handelt sich um die autorisierte Kurzfassung einer längeren Abhandlung, deren Abdruck den Rahmen eines Festschriftenbeitrags gesprengt hätte. Die umfassendere Bearbeitung des Themas wird voraussichtlich als eigenständige Veröffentlichung vorgelegt werden.

Die Herausgeber

nierende Sonderstellung ein. Ungeachtet der unterschiedlichen Erscheinungsformen scheint hinsichtlich der entscheidenden Ordnungsgesichtspunkte Übereinstimmung zu bestehen. Nahezu allseitiger Anerkennung erfreut sich namentlich die — bekanntlich nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebende — *Gliederung der Straftat in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld*. Zwar ist vielfach strittig, welche Elemente des Verbrechens im Rahmen welcher der genannten Verbrechensstufen diskutiert werden sollten. Um so mehr muß es erstaunen, daß diese Stufen allem Anschein nach die Funktion einer gleichsam „gemeinsamen Sprache“ wahrzunehmen vermögen, mit deren Hilfe zumindest eine sinnvolle Diskussion der diversen Standpunkte betreffs der systematischen Einordnung einzelner Verbrechenselemente gelingt¹. Die einzelnen Verbrechensstufen scheinen sich nun aber nicht nur als Anknüpfungsmomente für grundlegende strafrechtsdogmatische Lehrsätze zu bewähren; mit dem dogmatischen Stufenbau des Verbrechens geht vielmehr die entsprechende *Struktur eines geradezu für allgemeinverbindlich erklärten Aufbaus der Lösung strafrechtlicher Fälle* einher. Zwar vermag eine bestimmte juristische *Methodik*, den Begriff der „Methodik“ i. S. eines Schemas für das Vorgehen beim Lösen eines gegebenen Problemtyps verstanden², nicht die Allgemeinheit von *Methodologie* — also einer Lehre über Methoden — in Anspruch zu nehmen; jede juristische Methodik ist durch die einschlägigen dogmatischen Lehrsätze gebunden sowie darüberhinaus durch gewisse Konventionen geprägt, die zwar dem jeweiligen methodologischen Erkenntnisstand möglichst entsprechen, jedoch nicht ihrerseits fortwährend diskutiert werden sollen. Allein selbst diese Einschränkung vorausgesetzt, die sich jedwede — definitionsgemäß problem-orientierte — Methodik gefallen lassen muß, scheint die derzeit im Grundsatz durchweg anerkannte Methodik für den Aufbau strafrechtlicher Fälle weithin aus sich heraus verständlich zu sein. Namentlich ihrer scheinbaren logischen Stringenz hat die zeitgenössische Verbrechenslehre so etwas wie ihre „Selbstverständlichkeit“ und damit ihre — denn auch immer wieder hervorge-

¹ Wenn *Schmidhäuser* (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970, S. 132 unter Nr. 4) mit Bezug auf *Belings* (Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 7) Verbrechensbegriff richtig ausführt, daß durch die drei ersten der diesen Begriff charakterisierenden Merkmale — eben Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld — „das Gespräch noch heute bestimmt wird“, so trifft dies gerade in dem im Text bezeichneten, nicht-übertragenen, Sinne zu.

² Im Rahmen seiner von *G. B. Jäsche* herausgegebenen *Logik* (1876, S. 13, 21 f.) bestimmt *Kant* die Methodik denn auch im Gegensatz zur reinen Logik, welche von der Individualität der Objekte zu abstrahieren vermag, als „aus der Natur der Wissenschaft selbst hergenommen“.

hobene — Stabilität³ zu verdanken. Diese resultiert im wesentlichen aus der Tatsache, daß diese Lehre eine vergleichsweise verlässliche Antwort auf die Frage erlaubt, an welcher Stelle jeweils welches Verbrechenelement geprüft werden müsse. Der Bearbeiter ist insoweit der Mühsal eigenen Rasonnements enthoben. Allein es fragt sich, ob die dem Bearbeiter abgenommene, gleichsam im Verbrechensaufbau selbst enthaltene, Denkbarkeit das Attribut logischer Zwangsläufigkeit verdient. Sie verdient es nicht.

II. Logische Voraussetzungen

1. Die Reihenfolge der Verbrechenstufen in logischer Sicht

Der Einfachheit halber lassen wir vorerst anderweitige strafrechtliche Folgen der Straftat als die Strafbarkeit des Täters, den Begriff der „Strafbarkeit“ im engeren Sinne der Verhängung von Sanktionen

³ Ein Blick in die strafrechtliche Dogmengeschichte bestätigt die gehegte Vermutung. Die für den heute üblichen Aufbau des Verbrechens maßgebenden Schriften, auf die wir im folgenden jeweils aus gegebenem systematischen Anlaß ad hoc eingehen werden, nehmen sich zum Teil geradezu wie einführende Literatur zur traditionellen Logik aus. Eichen und Linden, Adlernasen und Habichtsnasen helfen *Ernst Beling* (a. a. O., S. 24 „Baumarten“, 26 „Nasenlehre“) Beispiele bilden für die Illustration von logischen Gesetzmäßigkeiten, auf welche die Bestimmung des Verhältnisses von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit gegründet werden soll. *August Finger* hat sich schon 1903 in einer hochinteressanten Studie über Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit (GA 50, 1903, S. 32—59) vor der Verwendung mathematischer Symbole nicht gescheut. Zwar werden die logischen Grundlagen des Verbrechensaufbaus heute kaum mehr in expliziter Fassung vorgetragen. Charakteristisch für den zeitgenössischen Diskussionsstil ist demgegenüber jene Gegenüberstellung von „klassifikatorischer Systematik“ einerseits und einem „teleologisch auf die Strafe ausgerichteten System“ andererseits, die wir in dem (sonst) so vorzüglichen Lehrbuch *Schmidhäusers* (Fn. 1, S. 145 sub 31) antreffen können. Tatsächlich sind Klassifikationen kein Selbstzweck, sondern gleichsam ein Nebenprodukt einer im — weiten! — Rahmen logischer Konsistenz ausschließlich sachlich determinierten Axiomatik. Hieraus zu schließen, der zeitgenössische Verbrechenbau habe sich von seiner logischen Bedingtheit inzwischen gleichsam „emanzipiert“, wäre indessen verfehlt. Scheint es doch vielmehr, als feierten die logischen Gründe von gestern gerade deshalb, weil sie mittlerweile nicht mehr ausgesprochen — geschweige denn einer Debatte unterworfen — werden, heute ihre schönsten Triumphe. Als Indiz für diese Annahme sei erneut die Art der zeitgenössischen Diskussion ins Treffen geführt, und zwar namentlich die relative Konstanz der trotz aller Meinungsverschiedenheiten verwendeten Kategorien Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Was die Struktur des Verbrechenaufbaus anlangt, so scheint es sich geradezu um ein systematisches Naturereignis, um so etwas wie ein rechtslogisch ein für allemal gültiges Verbrechensmodell mit wechselndem strafrechtspolitischem Inhalt, zu handeln.

wie namentlich einer Freiheitsstrafe verstanden, außer Betracht. Der Begriff der Strafbarkeit sei ferner aus Gründen, die bald einsichtig werden, streng unter dem Gesichtspunkt des Rechtsanwendungsprozesses konzipiert⁴. Wir nennen jemanden „strafbar“ insoweit und nur insoweit, als die zur Verhängung von Strafe berufenen staatlichen Organe berechtigt und verpflichtet sind, den Betreffenden in bestimmtem Ausmaß mit einer bestimmten Art von Strafe zu belegen. Im Sinne eines „materiellen“⁵ Strafbarkeitsbegriffes soll hierbei davon ausgegangen werden, daß jene Organe über ein zutreffendes Bild des jeweils strafrechtlich relevanten Ausschnitts aus der Wirklichkeit verfügen. Von der Verhängung einer Strafe ist natürlich deren Vollzug zu unterscheiden, und es könnte als lebensvoller erscheinen, unter „Strafbarkeit“ die Berechtigung und Verpflichtung zum Vollzug einer bereits verhängten Strafe zu verstehen. Indessen lassen sich bekanntlich weder Art noch Ausmaß der Strafe allein aufgrund der Straftat bestimmen; über ein derart perfektes Strafrecht, das dem Strafrichter nur noch die Deklaration einer gleichsam über der Tat schwebenden Strafe auferlegt, verfügen wir — glücklicherweise — nicht. Ist die zu vollziehende Strafe nun aber durch deren Verhängung bedingt, dann empfiehlt es sich, dem Begriff der Strafbarkeit die *an das verhängende Staatsorgan adressierte Norm* zugrunde zu legen. Soll das zur Verhängung von Strafe berufene Staatsorgan berechtigt und verpflichtet sein, einen Täter in concreto mit Strafe zu belegen, so müssen offenbar bestimmte Voraussetzungen festgestellt worden sein. Es muß sich um *alle* Voraussetzungen der Strafbarkeit handeln. Wir haben es, anders gewendet, mit einem in ihrer Gesamtheit *hinreichenden* Inbegriff von Bedingungen für die Strafbarkeit des Täters zu tun. Ob wir diese Bedingungen als Eigenschaften der Tat, als Eigenschaften des Täters oder gar — logisch so abwegig nicht!⁶ — als Eigenschaften von Zeitpunkten auffassen sollen, ob wir stattdessen zweckmäßigerweise von (2- oder mehrstelligen) Beziehungen sprechen sollen, die sich jeweils *auch* auf jene Bezugspunkte beziehen: diese und ähnliche Fragen dürfen im Rahmen einer nicht spezifisch axiomatisch ansetzenden Analyse dahingestellt bleiben. Von Interesse ist hingegen, daß die jeweils in

⁴ Die Vorgehensweise stimmt insoweit mit derjenigen überein, die mir zugleich bei der Analyse des Anspruchs- sowie des Prozeßgegenstandsbegriffs geboten zu sein schien; vgl. Rüdig, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, §§ 45, 48.

⁵ Zu den Grenzen solcher materieller Betrachtungsweise siehe Rüdig (Fn. 4), § 25.4.

⁶ Siehe diesbezüglich die Formulierung eines Fundamentalschemas für das Bestehen von Ansprüchen bei Rüdig, Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme, 4.3, in: Datenverarbeitung im Recht, Band 1, 1972, S. 170 ff. (202 f.) sowie in: Münchener Ringvorlesung EDV und Recht, 1973, S. 49 ff. (86 f.).

ihrer Gesamtheit hinreichenden Bedingungen der Strafbarkeit ohne Einschränkung an logischer Allgemeinheit als sogenannte Konjunktion, d. h. als durch „und“ zusammengefaßt, gedacht werden können. Läßt man zu, daß einzelne Konjunktionsglieder ihrerseits komplex strukturiert, und zwar namentlich negativ oder disjunktiv („oder“) formuliert sind (die konjunktive Innenstruktur eines Konjunktionsglieds kann offenbar vernachlässigt werden)⁷, dann ist jede Beschreibung der für eine Bestrafung in ihrer Gesamtheit hinreichenden Strafbarkeitsbedingungen auf die erwähnte Normalform zu bringen. Diese Normalform, die durchaus natürlicher Betrachtungsweise entspricht, legen wir fortan zugrunde. So verlangen wir etwa für die Bestrafung des Diebes, daß er fremden Gewahrsam gebrochen hat *und* (!) daß er eigenen Gewahrsam begründet hat oder (!) neuen Gewahrsam eines Dritten begründet hat *und* (!) daß er bei Begehung der Tat nicht (!) einer krankhaften seelischen Störung im Sinne des § 20 StGB erlegen war *und* — (!) so weiter.

Die konjunktive Zusammenfassung von Aussagen ergibt eine wahre Aussage genau dann, wenn sämtliche der zusammengefaßten Aussagen wahr sind. An welcher Stelle welches Konjunktionsglied diskutiert wird, ist in logischer Hinsicht ohne Belang. Wenn man gleichwohl darauf besteht, daß jeweils zunächst die Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit, dann die Merkmale der Rechtswidrigkeit und im Anschluß hieran die Merkmale der Schuld des Täters erörtert werden, so läßt sich diese Forderung mithin nur noch unter denkökonomischen Aspekten erheben. Es könnte ja sein, daß das Vorliegen eines Schuldmerkmals das Vorliegen sämtlicher Rechtswidrigkeitsmerkmale, das Vorliegen eines Rechtswidrigkeitsmerkmals das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale und daß mithin das Vorliegen eines Schuldmerkmals das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale impliziert. Träte zu derartigen Implikationen der Umstand hinzu, daß die Merkmale einer früheren Verbrechenstufe typischerweise „griffiger“ — eben leichter konstatierbar — als die einer späteren sind, so könnte man sich die genannten Besonderheiten durchaus im Sinne des zeitgenössischen Schemas für die Lösung strafrechtlicher Fälle zunutze machen. Jedoch keine dieser Besonderheiten trifft zu. Nicht nur können Schuldmerkmale — etwa der Umstand, daß der Täter bei Tatbegehung mindestens vierzehn Jahre alt ist — leichter als Tatbestandsmerkmale und vollends leichter als Rechtswidrigkeitsmerkmale nachprüfbar sein. Von jenen zuvor behandelten logischen Ab-

⁷ A und (B und C) ist mit (A und B) und C äquivalent, weshalb man bei der Zusammenfassung von mehr als zwei Konjunktionsgliedern denn auch häufig — trotz 2-Stelligkeit der Konjunktion — auf innere Klammerung verzichtet.

hängigkeiten im Verhältnis der Kategorien Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld kann nicht die Rede sein. Die Schuldfähigkeit des Täters dank Überschreitung der Vierzehn-Jahres-Grenze (vgl. § 19 StGB) setzt weder die Erfüllung eines Straftatbestandes noch gar die rechtswidrige Erfüllung eines Straftatbestandes voraus. Eine Notwehrlage kann vorliegen ohne daß derjenige, der sich in dieser Lage befindet, eine tatbestandsmäßige Handlung — begeht⁸. Ein Verhalten wie etwa das durch Unachtsamkeit bedingte Beschädigen einer Sache kann rechtswidrig sein, ohne daß eine gesetzliche Verbrechensfixierung existiert⁹.

Was namentlich das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit anlangt, so wird dem Anschein logischer Abhängigkeit immer wieder durch Formulierungen dahin Vorschub geleistet, es komme im Rahmen der Rechtswidrigkeits-Prüfung darauf an, ein Unwerturteil über die zuvor als tatbestandsmäßig erkannte Handlung zu fällen¹⁰. Gegenstand dieses Urteils scheinen die im Rahmen der

⁸ Mißverständlich insoweit *Hirsch* in seiner sonst so tiefgründigen Monographie über die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (1960). Wenn *Hirsch* a. a. O., S. 309 lehrt, jede Rechtfertigung setze ein normwidriges Verhalten voraus, dann trifft dies in einem sozusagen operativen Sinne sicherlich zu. Ein im vorhinein als normgerecht befundenes Verhalten braucht nicht im nachhinein legitimiert zu werden. Vergewenwärtigt man sich indessen, daß jeder Rechtfertigungsgrund letztlich nichts anderes als eine rechtlich relevante Tatsache ist, dann setzt das Vorliegen dieser Tatsache offenbar gerade *nicht* die Realisierung von Straftatbeständen voraus. Die Notwehrlage kann auch ohne Verteidigungshandlung des Angegriffenen bestehen, die beispielsweise den Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt.

⁹ Tatbestandsmäßigkeit (im Sinne der gesetzlichen Fixierung sämtlicher belastender Verbrechensmerkmale) einerseits und Rechtswidrigkeit andererseits stellen also voneinander unabhängige Kriterien dar. Geht man davon aus, daß die Strafbarkeit *sowohl* Tatbestandsmäßigkeit *als auch* Rechtswidrigkeit voraussetzt, so hat man natürlich, wenn man mit der Behandlung der Tatbestandsmäßigkeit beginnt, im Anschluß hieran nur noch die Rechtswidrigkeit zu erörtern. Genauso hätte man, wenn man mit der Behandlung der Rechtswidrigkeit begönne, im Anschluß hieran nur noch nach der Tatbestandsmäßigkeit, also nach der Existenz einer entsprechenden Fixierung der belastenden Verbrechensmerkmale *de lege lata*, zu fragen. Nun könnte man für die erste der genannten Vorgehensweisen ins Treffen führen, die Existenz einer gesetzlichen Fixierung belastender Verbrechensmerkmale stelle immerhin eine wichtige Vorarbeit für die Herausarbeitung von Rechtswidrigkeit dar. Jedoch gerade insoweit würde sich die zeitgenössische Verbrechenslehre — vorausgesetzt, sie wollte dies — *nicht* auf *Belings* Lehre vom Verbrechen berufen können: Laut *Beling* (Fn. 1, S. 27) kann durchaus „für rechtswidrige schuldhafte, also strafwürdige, Handlungen durch nachträgliche Aufstellung eines neuen Verbrechens-typus die Sühne ermöglicht“ werden. Lediglich ein „angebliches“ Unrecht werde dem Täter durch nachherigen Straferlaß zugefügt.

¹⁰ Paradigmatisch *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1972, S. 152; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 154 f.

Tatbestandsmäßigkeit bejahten Strafbarkeitsbedingungen zu sein. Es wird also der Eindruck erweckt, als vollziehe sich die Prüfung der Rechtswidrigkeit auf einer logisch höheren Ebene. Mißverständlicher sind die Dinge kaum zu beschreiben. Was mit dem anspruchsvollen Titel „Unwerturteil über die Tatbestandserfüllung“ firmiert, stellt in Wirklichkeit nichts anderes als ein Abhaken zusätzlicher Strafbarkeitsbedingungen dar. Diese Bedingungen sind insbesondere nicht minder tatsächlichen Charakters als die zuvor geprüften Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit. Das Fällen eines Unwerturteils, das über die Anwendung schon vorhandener rechtlicher Wertungen hinausgeht, liegt dem Bearbeiter strafrechtlicher Fälle, sofern er nicht gerade Rechtsfortbildung betreibt, nicht ob. Die erforderlichen Unwerturteile *sind vielmehr bereits in Gestalt der anzuwendenden Rechtsnormen gegeben*. Die Anwendung dieser Rechtsnormen läuft auf das Prüfen der hiernach rechtlich relevanten Tatsachen hinaus, mag die Interpretation der einschlägigen Rechtsbegriffe auch mitunter — sog. „wertausfüllungsbedürftige“ Begriffe (*Erik Wolf*) — einen Nachvollzug gesetzgeberischer oder ähnlicher Wertungen erforderlich machen. Des Nachvollzuges derartiger Wertungen kann es aber nicht minder bei der Interpretation von Strafbarkeitsbedingungen bedürfen, die im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit diskutiert zu werden pflegen¹¹.

Halten wir das Ergebnis der bisher angestellten Überlegungen fest. Strafbarkeitsbedingungen sind rechtlich relevante Sachverhaltsmomente. Diese Momente sind weder aufgrund unterschiedlichen logischen Ranges noch auch nur dank interner Implikationen in eine logisch zwingende Reihenfolge zu bringen. Was die Kategorien von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld angeht, so muß es daher bei dem sehr viel bescheideneren Versuch des Nachweises der Zweckmäßigkeit einer entsprechenden Klassifizierung von Strafbarkeitsbedingungen bewenden.

¹¹ Das Besteigen einer künstlichen zweiten Stufe von logisch höherer Ordnung kommt namentlich bei der Rede von „tatsächlichen Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen“ zum Ausdruck. In Wirklichkeit stimmt der Rechtfertigungsgrund mit seinen „tatsächlichen Voraussetzungen“ überein. Der Täter kann sich natürlich in einem Irrtum über die hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes einschlägigen Normen befinden. Aus der Möglichkeit eines solchen Irrtums folgt jedoch nicht, daß die genannten Normen einen Bestandteil des Rechtfertigungsgrundes bilden. Sowohl die zutreffende als auch die unzutreffende Vorstellung des Täters über die einschlägigen Normen sind vielmehr wiederum Phänomene tatsächlicher — wenngleich psychischer — Art; es handelt sich demnach um Fakten, die erst dank rechtlicher Normen rechtliche Relevanz — sei es zum Nachteil, sei es zum Vorteil des Täters — zu entfalten vermögen. Sofern eine Rechtsnorm als Gegenstand der Vorstellung des Täters fungiert, sinkt sie in Wirklichkeit in die Ebene der Sachverhalte herab.

2. Zur Dreiteilung der Verbrechensstufen

Ungeachtet des magischen Gehalts, welcher der Zahl 3 zukommen mag, sind Dreiteilungen¹² unter dem Gesichtspunkt der Logik im Grundsatz von Übel. Die Begründung liegt auf der Hand. Sei eine Menge von — logisch gleichrangigen — Objekten gegeben. Gegeben sei ferner eine Eigenschaft, die von jedem dieser Objekte sinnvoll — d. h. mit dem Ergebnis einer wahren oder falschen Aussage — behauptet werden kann. Dann ist mit Hilfe dieser Eigenschaft, falls sie manchmal zutrifft, manchmal nicht, eine vollständige Ordnung in die genannten Objekte zu bringen. Die gesamte Menge wird in genau zwei Teilmengen zerlegt, die sich zueinander komplementär verhalten¹³. In der traditionellen Logik pflegte diesbezüglich von „vollständigen Dichotomien“ gesprochen zu werden. Kommt nun aber anstelle solcher Zweiteilung eine Unterteilung in drei Teilmengen heraus, so müssen wenigstens *zwei* Eigenschaften als Gliederungsgesichtspunkte verwendet worden sein. Auf der anderen Seite wird man erwarten, daß der Einsatz zweier Gliederungsgesichtspunkte zumindest für den Normalfall nicht etwa eine Dreiteilung, sondern eine Vierteilung ergibt: Scheint es doch, als müsse jede der Teilmengen, die aus der Anwendung des ersten Gliederungsgesichtspunktes resultiert, mit Hilfe des zweiten Gliederungsgesichtspunktes erneuter Zweiteilung fähig sein. Daß eine jener Teilmengen sich gegen die Anwendung des zweiten Gliederungsgesichtspunktes sperrt, sollte korrekterweise jeweils dargetan werden.

Was die Dreiteilung der Strafbarkeitsbedingungen in Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuld anbelangt, so tritt die *Unvollständigkeit jener Untergliederung* zu den genannten Bedenken erschwerend hinzu. So kann man zwar anführen, die sogenannten „objektiven Strafbarkeitsbedingungen“ bräuchten vom Vorsatz des Täters, eine Vorsatztat vorausgesetzt, nicht erfaßt zu werden. Aber auf die eigene Schuldfähigkeit i. S. etwa des Ausbleibens einer krankhaften seelischen Störung braucht sich der Vorsatz des Täters sinnvollerweise gleichfalls nicht zu beziehen¹⁴.

¹² Von „Dreiteilungen“ ist nur im technischen Sinne von Klassifikationen über gegebenen Gegenstandsbereichen die Rede; es geht also nicht um Fragen wie die nach dem zweckmäßigen Gliedern wissenschaftlicher Abhandlungen usf.

¹³ Eine Menge B heißt „Komplement“ einer vorausgesetzten Menge A genau dann, wenn für alle (Elemente) x gilt: x gehört genau dann zu B, wenn x nicht zu A gehört. Geht man hierbei lediglich von Elementen eines begrenzten Gegenstandsbereichs aus, so pflegt von einem „relativen“, sonst von einem „absoluten“ Komplement gesprochen zu werden.

¹⁴ Das für die Abgrenzung gerade der objektiven Strafbarkeitsbedingungen offenbar erforderliche Kriterium bleibt also geradezu systematisch im Dunkeln. Was angesichts des Odiums einer Verlegenheitslösung, das der Kategorie der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bei schuldstrafrechtlicher Betrachtungsweise anhaftet, so unverständlich nicht ist.

Wir dürfen daher lediglich vermuten, daß die hier zur Diskussion stehende Dreiteilung auf so etwas wie einer „*Kreuzung mehrerer Gliederungsgesichtspunkte*“ beruht. Um *welche* Kriterien es sich hierbei im einzelnen handelt, bleibt — in einer für derartige Kreuzungen charakteristischen Weise — im Dunkeln. Hinreichender Anlaß für wissenschaftliche Detektivarbeit ist vorhanden.

III. Kategoriale Analyse

1. *Tatbestand als Regel. Insbesondere Indizwirkung des Tatbestandes auf ungesicherter wahrscheinlichkeitstheoretischer Grundlage*

Während der das *Liszt-Belingsche* System kennzeichnende Gegensatz von außen und innen — mag er auch anspruchsvoll als Gegensatz von Objektivität und Subjektivität bezeichnet werden — längst als ungeeignet für die Strukturierung der Straftat i. S. des zeitgenössischen Verbrechenaufbaus erkannt worden ist, scheint an jener so unglückseligen Konzeption des Tatbestandes als eines Regel-Unrechts noch immer festgehalten zu werden. Wiederum firmiert freilich eine und dieselbe Betrachtungsweise mit den unterschiedlichsten Namen. So sieht man die tatbestandsmäßige Handlung als Verwirklichung von Strafbarkeitsbedingungen dergestalt an, daß die Verwirklichung dieser Bedingungen „*in der Regel*“ zur Strafbarkeit des Handelnden führt; nur „*ausnahmsweise*“ stünden solcher Strafbarkeit das Vorliegen von Rechtfertigungs- oder auch das Vorliegen von Schuldausschließungsgründen entgegen¹⁵. Wie jedes Regel-Ausnahme-Verhältnis, so stellt nun aber auch das soeben bezeichnete nichts anderes als eine etwas beschönigende Beschreibung logischer Widersprüchlichkeit dar. Wird ein Grundsatz allgemeiner ausgesprochen, als er gilt, so läßt sich aus diesem Grundsatz in Verbindung mit jeder seiner Durchbrechungen ein logischer Widerspruch erzeugen¹⁶. Dieses Faktum stört nicht allein aus logischen Gründen. Es erschwert oder verhindert die Anwendung des geltenden Rechts, wie an anderer Stelle¹⁷ näher dar-

¹⁵ Siehe etwa *Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1968, S. 253.

¹⁶ Siehe *Rödig* (Fn. 6), 4.1.

¹⁷ Ein Großteil der Rechtssatzkollisionen, die im Rahmen des geltenden Rechts beklagt werden müssen, rührt von nicht hinreichend als solchen erkennbaren Regel-Ausnahme-Verhältnissen her, die sich mitunter nicht allein auf einzelne Rechtssätze, sondern auf ganze Rechtsinstitute (s. etwa die bürgerlich rechtlichen Institute des Kondiktions- und Vindikationsrechts) beziehen; siehe Fn. 4, etwa § 46.8.

getan worden ist, in einem nicht immer genügend erkannten Ausmaß. Die jeglicher Präzisierung spottende Unterscheidung der Regel von der Ausnahme ist um so verwunderlicher, als jede Regel ohne logische Not sowie auch ohne praktische Schwierigkeiten zu einem tragfähigen Grundsatz umformuliert werden kann. Es kommt ganz einfach darauf an, die Voraussetzungen der Ausnahme-Bestimmungen in Voraussetzungen der Regel-Vorschrift zu transformieren. Solche Transformation ist offenbar mit so etwas wie einer Änderung des Vorzeichens der entsprechenden Voraussetzung verbunden. Was beispielsweise zuvor als positiv gewendete Voraussetzung für rechtmäßiges Handeln in Notwehr erschien, tritt nunmehr als negativ gefaßtes Konjunktionsglied i. S. einer von mehreren Bedingungen für die Strafbarkeit des Täters auf¹⁸. Mit wachsender Anzahl von Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen nimmt naturgemäß die Anzahl jener negativ gefaßten Strafbarkeitsbedingungen zu. Doch solche negativ gefaßten Bedingungen lassen sich nicht minder wie positiv formulierte Bedingungen bündeln¹⁹, so daß man es also keineswegs nur noch mit jenen so gerne beschworenen²⁰ Gespenstern von unübersehbar langen Rechtssätzen zu tun zu haben braucht. Im übrigen brauchen negativ gefaßte Strafbarkeitsbedingungen nicht etwa mit Notwendigkeit aus Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründen hervorgegangen zu sein. Vielmehr lassen sich zahlreiche Strafbarkeitsbedingungen, die bislang — und zwar auch von Gegnern der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen — im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit geprüft worden sind, ebenso negativ wie positiv formulieren²¹. Dieser Umstand ist durch bekannte Ambivalenzen der Umgangssprache bedingt. Hat sich der Täter einer gesetzlichen Unterhaltungspflicht entzogen (vgl. § 170 b StGB), so kann man genausogut sagen, er habe sich ihr *nicht* unterworfen. Ob man davon spricht, jemand habe ein Geheimnis *nicht* gewahrt, oder aber davon, der Betreffende habe es geoffenbart (vgl. § 203 Abs. 1 StGB), ist einerlei. Die Zufälligkeit der negativen Formulierung tritt namentlich im Zusammenhang mit Unterlassungsverbrechen ans Licht²². Vorerst gilt es festzuhalten, daß

¹⁸ Insoweit treffend *Finger* (Fn. 3), S. 35.

¹⁹ Vgl. *Rüdig/Thieler-Mevissen*, Die Regel-Ausnahme-Technik des Gesetzgebers in logischer Sicht, in: *Rüdig-Baden-Kindermann*, Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1975, S. 88 ff.

²⁰ So sieht bereits *Finger* (Fn. 3, S. 37) in einer logisch schwer nachvollziehbaren Weise das „richtige“ Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme gefährdet.

²¹ *Jescheck* (Fn. 10), S. 190 spricht von „echten“ Tatbestandsmerkmalen, die negativ gefaßt sind.

²² Vgl. *Rüdig*, Die privatrechtliche Pflicht zur Unterlassung, in: *Rechtstheorie*, 1972, S. 1 ff. (4 f.).

die Unterscheidung zwischen negativen und positiven Tatbestandsmerkmalen ähnlich unzuverlässig wie die Unterscheidung der Ausnahme von der Regel ist²³.

Mit der Konzeption der Tatbestandsmäßigkeit als eines regelmäßigen Unrechts hängt die Auffassung des Tatbestandes als einen *Typus* zusammen. Nun kann man unter rechtlich relevanten Typen sehr unterschiedliche Phänomene verstehen. So wird man im Rahmen historisch ausgerichteter Gesetzesanwendung — und zwar durchaus sinnvollerweise — wissen wollen, welche Arten von Sachverhalten den Verfassern des Gesetzes bei der Formulierung von gesetzlichen Tatbeständen („Tatbestand“ diesmal im morphologischen Sinne gemeint) vorgeschwebt haben; geht beispielsweise die künftige Tatbestandsverwirklichung über die Verwirklichung jener Sachverhaltsarten hinaus, so wird man mit Recht nach der Notwendigkeit einer Restriktion des Gesetzes (also nicht nur dessen restriktiver Auslegung) fragen. Was nun aber die Typisierung von Straftaten anbelangt, so erbringen Vorschriften wie die des § 32 StGB (Notwehr) oder auch die des § 35 StGB (Notstand) hinreichenden Beweis dafür, daß es nicht erst einer Reduktion der Verbrechenbeschreibungen des Besonderen Teils auf die vom Gesetzgeber in Wirklichkeit angeschauten Handlungsbilder bedarf. Es kann sich also nicht um eine an den Intentionen des Gesetzgebers orientierte *subjektive*, sondern es muß sich um eine *objektive* Typik handeln. Solche objektive Typik aber kommt, wenn überhaupt, so offenbar nur durch ein hohes Maß von — objektiver — Wahrscheinlichkeit jeweils dafür zustande, daß tatbestandsmäßige Handlungen zugleich rechtswidrige (sowie schuldhaft) Handlungen sind. Von einer derartigen Wahrscheinlichkeit, die auf einen Vergleich der Anzahl tatbestandsmäßiger Taten mit der Anzahl tatbestandsmäßiger *und* rechtswidriger (sowie schuldhafter) Taten gestützt werden müßte, kann nun aber nicht entfernt die Rede sein. Beschwichtigende Verbalisierungen dieses Phänomens wie beispielsweise der Hinweis darauf, gewisse Tatbestände — wie etwa der des § 240 Abs. 1 StGB — seien eben „offen“²⁴, führen nicht weiter; in Wirklichkeit wird mit der Zulassung offener Tatbestände der gewählte Ausgangs-

²³ Die an sich schon logisch angreifbare Unterscheidung der Ausnahme von der Regel wird mitunter kurioserweise für eine bestimmte Reihenfolge der Prüfung von Verbrechenmerkmalen ins Treffen geführt: Sei noch keine Regel vorhanden, so gebe es nichts, was der Durchbrechung durch eine Ausnahme fähig sei. Also sei jeweils zunächst die Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des Regel-Unrechts zu prüfen (Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 80). — Eine Diskussion dieses Arguments erübrigt sich angesichts des vorseitig Ausgeführten.

²⁴ Hierzu siehe insbes. Welzel (Fn. 23), S. 82 f.

punkt beim Tatbestand als eines — naturgemäß geschlossenen! — Typus verlassen²⁵.

2. Zum wertenden Charakter der Prüfung von Rechtswidrigkeit

Die Umformulierbarkeit von Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen in allgemeine Strafbarkeitsbedingungen, deren Struktur mit den bislang im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit diskutierten Verbrechensmerkmalen übereinstimmt, ist logisch schwerlich zu bestreiten. Wenn die herrschende Lehre es dennoch bei der Dreigliedrigkeit des Verbrechensaufbaus beläßt, so offenbar *auch* gewisser nicht-formaler Gesichtspunkte wegen, welche vornehmlich im Zusammenhang mit der Ablehnung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen vorgetragen worden sind.

Den Anstoß scheint wiederum *Ernst Beling*²⁶ gegeben zu haben. Es handelt sich um *Belings* (anfängliche) Lehre vom Verbrechen, nach welcher die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit im Gegensatz zur Bejahung der Rechtswidrigkeit auf keinem Werturteil beruhe. Die tatbestandsmäßige Handlung erscheint hiernach geradezu als wertfrei, als „an sich nicht rechtswidrig“. Nun hat sich *Beling* freilich die Existenz von Strafbarkeitsbedingungen vorhalten lassen müssen, die nach seiner Auffassung zwar im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit erörtert werden müßten, jedoch durchaus eine Wertung i. S. des Nachvoll-

²⁵ Auf ungesicherter wahrscheinlichkeitstheoretischer Grundlage baut schließlich die Konzeption der Tatbestandsmäßigkeit als eines *Indizes* für rechtswidrige (sowie schuldhaftige) Tatbegehung (vgl. *Welzel*, a. a. O., S. 80; richtig dagegen etwa *Schmidhäuser*, a. a. O., S. 229 vor Nr. 10) auf. Eine mit einem derartigen Indizienbegriff operierende Kriminalistik würde schwerlich unser Vertrauen genießen. Gerade einer Jurisprudenz, die bisweilen von „formal“ spricht, wenn es eine Ansicht als unrichtig zu bezeichnen gilt, steht der fortwährende stillschweigende Bezug auf letztlich in der Tat formale Kriterien nicht wohl an. Will man sich schon derartiger Kriterien bedienen, so sollte man sich hierzu nicht nur bekennen, sondern darüber hinaus die einschlägigen — wenn auch mitunter komplizierten — Gesetzmäßigkeiten beachten. Im übrigen vermag ich im Augenblick keinen Anlaß für die Herstellung wahrscheinlichkeitstheoretischer Verhältnisse zwischen Teilmengen von Strafbarkeitsbedingungen zu sehen. Listet man die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Sinne einer — ungeordneten — Menge von Konjunktionsgliedern auf, so kommt es auf die Bestätigung jedes dieser Konjunktionsglieder an; mit der bloßen Wahrscheinlichkeit des Vorliegens jeweils weiterer Strafbarkeitsbedingungen aufgrund des Vorliegens bereits bestätigter Strafbarkeitsbedingungen ist es nicht getan.

²⁶ Die Untersuchungen über Tatbestandlichkeit halten sich, wie *Beling* (Fn. 1, S. 147) einmal bemerkt, „auf streng neutralem Boden“.

zuges einer legislatorischen Wertung erforderten²⁷. Das Auftreten sogenannter normativer Tatbestandsmerkmale ist heute denn auch allgemein anerkannt²⁸.

Wenn man die Merkmale der Rechtswidrigkeit gleichwohl noch immer von denen der Tatbestandsmäßigkeit glaubt sondern zu können, so naheliegenderweise deshalb, weil man in puncto Rechtswidrigkeit eine andere Art von Wertung als in puncto Tatbestandsmäßigkeit für angebracht hält. So wird beispielsweise vertreten, das Urteil über die Rechtswidrigkeit der Tat baue im Gegensatz zu dem über deren Tatbestandsmäßigkeit auf der Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung auf²⁹. Jedoch auch über das Vorliegen von Merkmalen wie das der Fremdheit i. S. des § 242 Abs. 1 StGB läßt sich nur mit Hilfe nichtstrafrechtlicher Normenkomplexe befinden³⁰. Des weiteren heißt es³¹, für die Diskussion der Rechtswidrigkeit einer Tat sei eine auf den Einzelfall bezogene Wertabwägung charakteristisch; die unterschiedlichen Normen als Hüter der miteinander kollidierenden Rechtsgüter träten einander selbständig gegenüber, und zwar auf die Weise, daß Wertung und Gegenwertung jeweils nur in den Grenzen der Erforderlichkeit sowie der Verhältnismäßigkeit miteinander in Einklang gebracht werden könnten. Zu dieser Sicht der Dinge ist fürs erste zu bemerken, daß es bei der Prüfung der Strafbarkeit eines Verhaltens allemal darauf ankommt, einen Einzelfall unter die einschlägigen Normen zu subsumieren. Zum zweiten leuchtet ein, daß es in dem Maße, in welchem die in den einschlägigen Normen vorkommenden Begriffe „wertausfüllungsbedürftig“ sind, eines Nachvollzuges legislatorischer Wertungen bedarf. Solcher Nachvollzug kann sich, wie drittens zugegeben sei, auf die angesichts des jeweiligen Falles relevanten Wertungen beschränken. Hieraus indessen viertens schließen zu wollen, das Ergebnis der Wertung sei durch die Würdigung des Einzelfalles — unter Berücksichtigung von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit — bedingt, wäre geradezu verheerend. Entschieden zu bestreiten ist bereits der Ausgangspunkt, daß mehrere jeweils für verbindlich gehaltene Normen miteinander überhaupt in einen Konflikt zu ge-

²⁷ Siehe *M. E. Mayer*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 12, 184 ff.

²⁸ Vgl. etwa *Jescheck* (Fn. 10), S. 203 f.

²⁹ Nicht umsonst pflegt gerade im Zusammenhang mit der Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Taten der Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“ ins Treffen geführt zu werden; siehe etwa BGHSt. 11, 241 (244).

³⁰ Über die Fremdheit entscheidet nach *Welzel* (Fn. 23), S. 340 „das bürgerliche Recht“.

³¹ Ich beziehe mich insoweit namentlich auf Formulierungen *Jeschecks* (Fn. 10, S. 189), die als repräsentativ für die heute vorherrschende Auffassung angesehen werden dürfen.

raten vermöchten, der eben anhand des Einzelfalles behoben werden müsse³². Diesem Ausgangspunkt liegt sichtlich die Verwechslung des Handlungsrechts mit dem — freilich irreführend so genannten — Erfolgs-„Unrecht“ in Gestalt der Beeinträchtigung rechtlich geschützter Güter (etwa Zerstörung eines Hauses infolge Einschlagens eines Blitzes) zugrunde. Geht man von derartigem Erfolgsunrecht aus, dann kommt es in der Tat zu Kollisionen der bezeichneten Art. So kann etwa, was die Notwehr betrifft, das Rechtsgut der Gesundheit des Angreifers mit dem Rechtsgut der Gesundheit des Angegriffenen kollidieren. Hat man sich indes vergegenwärtigt, daß für eine strafrechtliche Betrachtung letztlich lediglich das *Handlungs*unrecht ausschlaggebend sein und daß es auf das Erfolgsunrecht allenfalls im Hinblick auf das Vorliegen von Handlungsunrecht ankommen kann, dann fällt die Duldbarkeit von miteinander kollidierenden Rechtsnormen weg. Rechtliche Normen schützen nicht rechtliche Güter an sich³³. Sie schützen diese Güter vielmehr erst auf dem Umweg über die Einflußnahme auf das Verhalten von Menschen. Würden derartige Verhaltensnormen einander widersprechen, so stünde dem zur Rechtsanwendung berufenen Organ — und zwar nicht erst aufgrund des Einzelfalles — *jegliche* Regelung offen; das simultane Auftreten einander widersprechender Sätze ist in Wirklichkeit ein Sonderfall von Falschheit, und aus einer falschen Aussage folgt, wie schon die scholastischen Logiker wußten, jede („ex falso quodlibet sequitur“)³⁴. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit würden nur noch den

³² Vom soeben skizzierten Fall der Unverträglichkeit von Normen, die Anspruch auf Verbindlichkeit erheben, ist scharf der leider nicht seltene Fall zu unterscheiden, daß gesetzliche Vorschriften, die zumindest partiell zu weit geraten sind, bereits *vor* ihrer Anwendung miteinander in Einklang gebracht werden müssen.

³³ Trefflich lehrt *Gallas* (Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen in: ZStW 67 (1955), S. 1 ff. (15)), daß „das Recht nicht nur Maßstäbe für das Erwünscht- oder Unerwünschtsein eines sozialen Zustandes (Sein- oder Nichtsein-sollen) enthält, vielmehr zugleich einen Inbegriff von *Verhaltensnormen* (Tun- oder Nichttunsollen) darstellt, durch die der gewollte Zustand realisiert werden soll“. Aus diesem Umstand ist freilich nicht nur — dies der von *Gallas* a. a. O. diskutierte Zusammenhang — auf das Erfordernis einer Handlung als eines in welcher Richtung auch immer „willentlichen Verhaltens“ zu schließen. Willentlichkeit ist vielmehr überdies im Hinblick auf die Befolgung einer Handlungsmaxime zu verlangen, die schon des von ihr erhobenen Geltungsanspruchs wegen realisierbar sein muß. Ist eine solche Maxime nicht formulierbar, weil jedes für den Normadressaten infrage kommende Verhalten zu einer (nach Voraussetzung gleichwertigen) Rechtsverletzung führt, wird jenem Handlungsunrecht die Grundlage entzogen, innerhalb dessen sich ein Erfolgsunrecht erst auswirken könnte.

³⁴ Eine (extensive) Implikation nimmt den Wahrheitswert Falschheit nur bei wahren Implikans und falschem Implikat an; die Implikation ist also insbesondere bei widersprüchlichem Implikans stets wahr, ohne daß es auf die Richtigkeit des Implikats oder gar auf dessen Inhalt ankommt.

rechtsstaatlichen Mantel für freie Rechtsschöpfung auf dem Gebiet des Strafrechts liefern.

Es gibt nach alledem lediglich *eine* für die Konstitution des Verbrechens maßgebliche Art von Rechtswidrigkeit³⁵. Die Frage, ob ein rechtswidriges Verhalten zugleich strafbar sein soll, steht auf einem anderen Blatt; auch für zivilrechtliche Schadensersatzpflicht reicht bekanntlich nicht jede widerrechtliche Schädigung aus. Für die verwirrende Konzeption der zweiten Stufe des zeitgenössischen Verbrechensaufbaus dürfte nicht zuletzt die bereits erwähnte Sicht der Rechtswidrigkeit als des Ergebnisses eines „Urteils über die tatbestandsmäßige Tat“ verantwortlich sein³⁶. Zu den Bestandteilen der

³⁵ Dem steht auch nicht entgegen, daß einige Autoren zwischen positiv und „lediglich“ negativ begründeter Rechtswidrigkeit glauben unterscheiden zu sollen. So sieht sich etwa *Welzel* (Fn. 23, S. 80 f.) zur *Begründung* von Rechtswidrigkeit nur mit Hilfe genereller Normen in der Lage. Nur „in bestimmten Fällen“ träten derartigen Verbotsnormen Erlaubnissätze entgegen und schlossen die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung aus. Tatsächlich haben Erlaubnissätze nicht minder generell als Verbotsätze zu sein. Geht man von Verbotsätzen und Erlaubnissätzen in der Allgemeinheit aus, in der sie auftreten, so wird deutlich, daß sie schon *vor* Anwendung auf den jeweils zur Debatte stehenden Sachverhalt miteinander harmonisiert werden müssen. Erst mittels solcher Harmonisierung kommt eine Norm zustande, die als kompetente Richtschnur für menschliches Verhalten zu dienen und insofern der Begründung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens zugrundegelegt zu werden vermag. Mit der unglücklichen Rede vom Tatbestand als der „Verbotsmaterie“, deren sich auch *Welzel* a. a. O. befleißigt, wird den Rechtsätzen des Besonderen Teils eine qualitative Selbständigkeit zudedacht, die sie weder wahrnehmen sollen noch wahrnehmen wollen. Aus der gesetzgebungstechnisch bedingten Not der Isolierung einzelner Rechtssätze, die vor jeder Anwendung erst einmal zu einer überhaupt anwendungsfähigen Norm zusammengesetzt werden müssen, wird die Tugend „positiver“ Unrechtsbegründung gemacht. Während noch *Max Ernst Mayer* (Fn. 27, S. 52, 182) jenen isolierten Rechtssatz als bloße *ratio cognoscendi* einzuordnen versteht, haben wir es nach *Welzels* Sicht der Dinge beim Tatbestand in Wirklichkeit durchaus mit einer *ratio essendi* zu tun. Nur vor diesem Hintergrund wiederum ist *Welzels* (a. a. O., S. 81) Empörung betreffs der Gleichstellung der Tötung eines Menschen in Notwehr mit der Tötung einer Mücke nachzuvollziehen — ein Gleichnis übrigens, das sich in der Literatur immer wieder antreffen läßt und das seine Suggestivwirkung selten verfehlt. Tatsächlich geht es nicht darum, ob ein Mensch nach Maßgabe der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen nur so viel wert wie eine Mücke ist. Von Interesse ist vielmehr allein, ob Gesichtspunkte für eine Unterscheidung mehrerer, strafrechtlich unterschiedlich relevanter Klassen von „Rechtmäßigkeit“ angeführt werden können.

³⁶ Nur so erklärt sich ja auch das verbreitete Mißverständnis, die Einbeziehung negativer Tatbestandsmerkmale schränke positive Merkmale ein. So schreckt *Gallas* (Fn. 33, S. 1 ff. (28)) vor der Konsequenz zurück, Töten in Notwehr sei kein Töten mehr. Ähnlich *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings* Normentheorie, 1954, S. 241 mit der Forderung, daß negative Merkmale keine „verneinende Einschränkung positiv formulierter Tatbestandsmerkmale“ bewirken dürfen. Zu alledem treffend neuerdings *Jutta Minas von Savigny*, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, S. 78—82.

Straftat scheinen hiernach rechtliche Normen zu gehören, und zwar möglicherweise sogar solche, die erst anlässlich des zu beurteilenden Einzelfalles aufgestellt worden sind³⁷. In Wirklichkeit sind diese Normen, wiederum vom Fall der richterlichen Rechtsfortbildung abgesehen, schon vorhanden. Dies kann nicht genug hervorgehoben werden. Wie im Rahmen der Prüfung von Tatbestandsmäßigkeit (oder Schuld), so ist auch im Rahmen der Prüfung von Rechtswidrigkeit lediglich das Vorliegen einzelner Sachverhaltsmomente zu untersuchen. Um welche Sachverhaltsmomente es sich hierbei handelt, ergibt sich aus den einschlägigen Normen, welche, sofern es überhaupt einer Harmonisierung bedarf, bereits *vor* Anwendung auf den gegebenen Rechtsfall miteinander in systematischen Einklang gebracht werden mußten³⁸.

3. Konturierung der Tatbestandsmäßigkeit unter dem Aspekt der Garantiefunktion des Tatbestandes

Eine Tat kann sowohl nach Art. 103 Abs. 2 GG als auch nach § 1 StGB „nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“. Nun wird jedoch die Strafbarkeit einer Tat bekanntlich nur zum Teil durch Verbrechensmerkmale bestimmt, die im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit geprüft zu werden pflegen. So kann die Strafbarkeit des Täters davon abhängig sein, ob er sich bei Tatbegehung in einer Notwehrlage be-

³⁷ So kann es denn auch nicht wunder nehmen, daß man den Begriff des „Rechtfertigungsgrundes“ weniger im Sinne der tatsächlichen Voraussetzungen einer Berechtigung — siehe insoweit auch den „Grund“ eines (prozessualen) Anspruchs nach Maßgabe des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO — als vielmehr im Sinne der berechtigenden Rechtsnorm versteht mit dem Ergebnis, daß Tatbestandsmerkmale und Rechtfertigungsgründe logische Kommensurabilität einbüßen. Verbrechensmerkmale können nur in rechtlich relevanten — sei es „inneren“, sei es „äußeren“ — *Tatsachen* bestehen.

³⁸ Der Vollständigkeit halber sei noch bemerkt, daß eine unterschiedliche Qualifizierung von Strafbarkeitsbedingungen auch nicht auf den Umstand gegründet werden kann, daß manche dieser Bedingungen mit Hilfe von Gebots- oder Verbotsätzen, andere dagegen mit Hilfe von Erlaubnissätzen formuliert zu werden pflegen (mißverständlich *Welzel* a. a. O. S. 80 f.; *Jescheck* a. a. O., S. 189). Die sogenannten „deontischen Modalitäten“, wie man Gebote, Verbote und Erlaubnisse auch nennt, sind bekanntlich gegeneinander austauschbar. So können wir beispielsweise anstatt von der Erlaubnis einer durch Notwehr gedeckten Handlung davon sprechen, es sei nicht verboten, gegen den Angreifer Notwehr zu üben. Das Verbot einer Körperverletzung läßt sich sowohl durch das Gebot der Unterlassung der Körperverletzung als auch durch die Verneinung der Erlaubnis zur Begehung einer Körperverletzung zum Ausdruck bringen. Ein tieferer rechtlicher Sinn wohnt dem Gebrauch gerade dieser oder jener der deontischen Modalitäten nicht inne.

fand oder nicht, ob er einem Verbotsirrtum aufsaß oder nicht usw. Diese und ähnliche Umstände kommen indessen lediglich i. S. einer Entlastung des Täters in Betracht, so daß der Tatbestand seine Garantiefunktion allem Anschein nach in einem engeren Sinne durchaus wahrzunehmen vermag: Vorherige Information des — potentiellen — Täters über die ihn *belastenden* Strafbarkeitsbedingungen. Zwar wird der Täter solchermaßen auf eine gleichsam asymmetrische Weise informiert. Über belastende Umstände erfährt er mehr als über solche, die ihm zu seiner Entlastung gereichen. Allein es scheint im Zweifelsfalle die angenehmere Irreführung zu sein, daß jemand mehr als nötig anstatt weniger als nötig gewarnt wird³⁹.

Nehmen wir der Einfachheit halber einmal an, wir hätten es ausschließlich mit Tatbeständen zu tun, die hinsichtlich der Bestimmtheit der den Täter belastenden Umstände keine Wünsche offen lassen. Dann fragt es sich gleichwohl, welche Relevanz dem Kriterium der Bestimmtheit für eine systematisch adäquate Gliederung der Strafbarkeitsbedingungen zukommt. Für die Beantwortung dieser Frage kann die Frage nach dem Adressaten der Norm nicht unberücksichtigt bleiben. Dem (potentiellen) Täter liegt die Auflistung *sämtlicher* Verbrechenselemente nicht ob. Deshalb kann es bereits im Ansatz nicht gelingen, den Verbrechensaufbau aus der Perspektive des (potentiellen) Täters heraus zu strukturieren. Maßgeblich muß vielmehr die Perspektive des über die Strafbarkeit der Tat Urteilenden sein. Der

³⁹ Freilich will schon die Behandlung der sogenannten unechten Unterlassungsdelikte in das soeben skizzierte, friedliche Bild nicht recht passen. Zwar hat man in Ergänzung des Begriffs der Garantienpflicht, welcher der Unterlassende unterworfen sein muß, alsbald das entsprechende Tatbestandsmerkmal der Garantienstellung entworfen (zur begrifflichen Klärung: BGHSt. 16, 155 (157)). Jedoch die Garantienstellung pflegt ausschließlich von der Garantienpflicht her konzipiert zu werden, und für deren Diskussion wiederum ist der im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung gepflogene, eher allgemein gehaltene, Stil charakteristisch: Die Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB liest sich denn auch wie ein Ausdruck gesetzgeberischer Resignation. Das Fehlen der erforderlichen Bestimmtheit nimmt sich um so bedauerlicher aus, als es auf das Vorhandensein einer Garantienstellung nicht nur bei dieser oder jener besonderen Tat, sondern bei einer Mannigfaltigkeit von Taten ankommen kann. Auf der anderen Seite sind die kodifikatorischen Schwierigkeiten, denen sich der Gesetzgeber bei der Fixierung der Garantienstellung ausgesetzt sah, nicht zu verkennen. Die Voraussehbarkeit künftiger Tatbestandsverwirklichung kann auch im Hinblick auf Umstände, die den Täter belasten, mißlingen. Dem Gesetzgeber bleibt in diesem Fall gar keine andere Wahl als die einer mehr oder minder verblühten Resignation. Die weniger verblühten Resignation verdient freilich im Vergleich mit der mehr verblühten den Vorzug; das Aussprechen des schon heute weithin praktizierten Satzes „nulla poena sine iudicio“ hätte vermutlich überwiegend heilsame Folgen — insbesondere für das Selbstverständnis unserer höheren Strafgerichte, denen auf diese Weise die Garantiefunktion ihrer Judikate für den potentiellen Täter noch bewußter gemacht werden könnte.

Urteilende hat sich, soll es zu einer Verurteilung kommen, in der Tat mit sämtlichen Strafbarkeitsbedingungen zu befassen; *ihm* ist denn auch mit einer funktionsgerechten Gliederung dieser Bedingungen gedient. Was nun aber die Perspektive des Rechtsanwenders betrifft, so stößt die Garantiefunktion des Tatbestandes mit der für sie charakteristischen Zielrichtung ins Leere. Die Tatbestände unseres Strafrechts brauchen keine Magna Charta für die deutsche Richterschaft zu bilden. Legt man die Perspektive des Richters zugrunde, mit der sich die Perspektive des das Strafrecht studierenden Fallbearbeiters weitgehend deckt, so ist die Bestimmtheit der einschlägigen Strafbarkeitsbedingungen *dort zu prüfen, wo es auf die Vorwarnung des Täters sachlich ankommt*: Sie ist zu prüfen im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines *Verbotsirrtums* des Täters sowie vor allem im Zusammenhang mit der Frage, ob dieser Irrtum für den Täter *vermeidbar* war oder nicht. Diesen systematischen Rahmen vorausgesetzt, sollte man sich nicht scheuen, mit der Unbestimmtheit einzelner Strafbarkeitsbedingungen praktische Folgen zugunsten des Täters zu verbinden; nunmehr kann insbesondere die von Täter zu Täter variierende, nicht zuletzt durch Erziehung, Ausbildung, Umwelt und Sprachgewohnheit beeinflusste, Auffassungsgabe hinlänglich berücksichtigt werden.

Die für den Begriff der Tatbestandsmäßigkeit im Sinne der Garantiefunktion des Tatbestandes maßgebenden Gesichtspunkte kommen im Rahmen des hier vorgeschlagenen Verbrechensaufbaus nach alledem erst innerhalb der zweiten Verbrechensstufe zum Tragen⁴⁰.

IV. Abriß eines normspezifischen, zweistufigen Verbrechensaufbaus

1. Grundgedanken

Unterscheidet man sowohl zwischen den einschlägigen Normen als auch insbesondere zwischen deren Adressaten, so ergibt sich ein zweistufiger Verbrechensaufbau nahezu zwangsläufig wie folgt. Wir haben es fürs erste mit einer allgemeinen, insbesondere an den (potentiellen) Täter adressierten Handlungsanweisung zu tun. Die Verletzung dieser

⁴⁰ Wenn schon der Verbrechensaufbau, was seine systematischen Aspekte anlangt, von der Garantiefunktion des Tatbestandes nicht zu profitieren vermag, so erscheint es als erst recht verfehlt, wenn auch noch die zivilrechtliche unerlaubte Handlung auf analoge Weise in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und (objektivierter!) Schuld zu gliedern versucht wird; hierzu *Rüdig*, Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß, 1973, S. 48 ff.

Anweisung ist für sich genommen noch nicht „mit Strafe bedroht“. Die genannte Handlungsanweisung sagt dem (potentiellen) Täter, wie *man* sich in dieser oder jener, jedoch jeweils *bestimmten*, Situation verhält⁴¹. Sämtliche einschlägigen Bestimmungen der Rechtsordnung sind in der an den Täter adressierten Verhaltensmaxime zusammengefaßt. Der gesetzestechnische Umstand, daß manche jener einschlägigen Bestimmungen in diesem, andere in einem anderen Kodifikat oder an einer anderen Stelle desselben Kodifikats geregelt sind, daß andere wiederum vielleicht nur „gewöhnheitsrechtlich“ gelten, findet keine Berücksichtigung. Wie *man* sich von Rechts wegen richtig verhält, läßt sich erst entscheiden, wenn sämtliche der regelungstechnisch bedingten Kollisionen im Verhältnis der einschlägigen Rechtssätze zuvor behoben worden sind. Ich darf auch an dieser Stelle⁴² die Unterscheidung des jeweils durch regelungstechnische Zufälligkeiten geprägten, etwa als Inhalt eines Gesetzesparagraphen anzutreffenden, einzelnen *Rechtssatzes* von der den intendierten Regelungsgehalt adäquat zum Ausdruck bringenden, rechtlichen *Norm* empfehlen. Für die Frage, wie man sich beispielsweise in einer Notwehrlage von Rechts wegen richtig verhält, kann offenbar weder allein der Rechtssatz des § 223 Abs. 1 StGB noch allein der des § 32 Abs. 1 StGB (i. V. m. § 32 Abs. 2 StGB) ausschlaggebend sein; eine Richtschnur dahingehend, wie *man* sich in der bezeichneten Lage verhält, ist vielmehr erst in der entsprechenden Norm als gleichsam der rechtlichen „Resultante“ sämtlicher einschlägiger Rechtssätze enthalten.

Von der an den (potentiellen) Täter adressierten Handlungsanweisung ist zum zweiten die an das zur Verhängung von Strafe berufene staatliche Organ adressierte Norm betreffend die Art sowie die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Einwirkung auf den Täter zu scheiden. Pars pro toto sei von „Strafnorm“ die Rede. Auch diese Strafnorm stellt lediglich das Ergebnis des Zusammenspiels sämtlicher einschlägiger Rechtssätze dar. Die Unterschiede zwischen der Strafnorm sowie der an den (potentiellen) Täter gerichteten Handlungsanweisung sind im übrigen mit Händen zu greifen. So ist der amtsrechtliche Charakter der Strafnorm unverkennbar; demgegenüber braucht die verletzte Handlungsanweisung keineswegs zum Sonderrecht der zu strafrechtlicher Einwirkung berufenen Staatsorgane zu

⁴¹ Der Klarheit halber sei angemerkt, daß eine positive Antwort auf die Frage, wie *man* sich in der Situation des (potentiellen) Täters zu verhalten habe, durchweg in der Angabe *mehrerer* jeweils rechtlich gebilligter Verhaltensweisen wird bestehen können.

⁴² Siehe bereits Rödiger (Fn. 4), § 46.3.0.

gehören. Der fundamentale Unterschied zwischen der verletzten Handlungsanweisung einerseits sowie der Strafnorm andererseits tritt namentlich im Zusammenhang mit der Einordnung von Strafbarkeitsbedingungen wie etwa derjenigen der Schuldfähigkeit des Täters deutlich zutage. Das Fehlen der Schuldfähigkeit ist für den Regelungsgehalt der an den Täter adressierten Handlungsanweisung ohne Belang. Es ist nicht Sache des Täters, im Zusammenhang mit der Frage, ob er eine allgemeine Handlungsanweisung einhalten möchte oder nicht, über seine eigene Schuldfähigkeit zu rasonnieren. Ähnlich verhält es sich mit dem bereits angesprochenen Unrechtsbewußtsein, insbesondere mit der hinlänglichen Kenntnis der verletzten Handlungsanweisung, durch deren Einhaltung die Mindestvoraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenleben der Mitglieder der betreffenden Rechtsgemeinschaft garantiert werden soll, will als solche befolgt sein, mehr nicht. Umgekehrt reicht für die vorsätzliche Verletzung der Handlungsanweisung die Kenntnis der hiernach relevanten Sachverhaltsmomente aus. Der Täter braucht, was beispielsweise die Begehung eines Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) betrifft, lediglich die einschlägigen Sachverhaltsmomente gegenwärtig zu haben. Er muß wissen, daß die von ihm begangene Handlung den Tod eines Menschen zur Folge haben werde; er muß die Handlung ferner in Kenntnis der Möglichkeit wenigstens eines weiteren Verhaltens vorgenommen haben, aufgrund dessen der Tod jenes Menschen (jedenfalls auf die eingetretene Art und Weise) ausgeblieben sein würde. Darüber hinaus ist weder der Nachvollzug der gesetzgeberischen Wertungen bezüglich des Tötungsverbots noch auch nur die Kenntnis von dessen Strafbarkeit zu verlangen. Die zuletzt genannten Merkmale, die man übrigens ebensogut als solche der Tat wie solche des Täters ansehen kann, sind vielmehr lediglich für die Art der strafrechtlichen Einwirkung auf den Täter von Bedeutung. Sie interessieren also erst im Rahmen von Stufe 2 des hier vorgeschlagenen Verbrechensaufbaus. Innerhalb dieses Rahmens, aber auch nur innerhalb dieses Rahmens, ist hinsichtlich einer strafrechtlich angemessenen Reaktion auf die vom Täter realiter — und zwar in Kenntnis aller Tatumstände! — begangene Normverletzung individuell zu differenzieren^{43,44}.

⁴³ Durch die scharfe Trennung von Tatumständen einerseits sowie von Voraussetzungen strafrichterlicher Einwirkung andererseits läßt sich der namentlich von *Gustav Radbruch* (Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1930, S. 1158 ff. (171)) so überzeugend erhobenen Forderung nach einer Ausrichtung des Verbrechensaufbaus anhand des Systems der strafrechtlichen Folgen des Verbrechens Rechnung tragen. Nicht zuletzt ist in Stufe 2 der systematisch angemessene Ort für eine Verankerung von Strafzumessungsgründen gefunden. Jedoch es braucht, wie schon erwähnt, bei der Strafe

2. Einordnung der Fahrlässigkeitstat

Im Zusammenhang mit der Einordnung der Fahrlässigkeitstat hat schon mancher Verbrechensaufbau einer, wie man wohl sagen darf, Zerreißprobe unterworfen werden müssen. Unproblematisch war diese Frage naturgemäß solange, wie man Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichermaßen als Schuldformen glaubte qualifizieren zu dürfen mit dem Ergebnis, daß Elemente der Willentlichkeit und solche der Vorwerfbarkeit friedlich nebeneinander auftreten konnten. Sobald man jedoch die Normverletzung von deren Vorwerfbarkeit zu sondern sucht, will nur noch die entsprechende Strukturierung der Vorsatztat gelingen. Demgegenüber hat die Fahrlässigkeitstat dem Anschein nach

im engeren Sinn nicht zu bewenden. Mit der Konstatierung der Normverletzung ist längst nicht alles des für die Anwendung eines modernen Strafrechts Erforderlichen gesagt. Die Normverletzung als solche stellt vielmehr lediglich eine Störung des Gemeinschaftslebens dar, die zur Erforschung der Ursachen Veranlassung gibt. So bleibt insbesondere die Frage nach der Realisierbarkeit jener so sympathischen Strafrechtskonzeption zu erwägen, die von dem nur mühsam rationalisierbaren Begriff der Vergeltung vollends absieht und die Einwirkung auf den Täter bereits ausschließlich unter den Gesichtspunkten einer psychiatrisch-psychotherapeutischen Betreuung des Täters sowie des Selbstschutzes der Gemeinschaft motiviert.

⁴⁴ Von praktischem Interesse dürfte insbesondere die Behandlung einiger Fallgestaltungen sein, die noch immer unter dem Gesichtspunkt des allenfalls *entschuldigenden* Notstandes gesehen zu werden pflegen. So hatten zu Anfang des zweiten Weltkrieges, als die systematische Tötung von Geisteskranken begann, die später wegen Mordes oder doch wegen Beihilfe zum Mord angeklagten Anstaltsärzte nur deshalb bei der Aufstellung sogenannter „Verlegungslisten“ mitgewirkt, weil sie durch Aufopferung der hoffnungslosesten Patienten wenigstens einigen hoffnungsvolleren Anstaltsinsassen wahrheitswidrig Arbeitsfähigkeit bescheinigen und auf diese Weise das Leben retten konnten. Hätten die Angeklagten jegliche Mitwirkung verweigert, so wären linientreue Funktionäre an ihre Stelle getreten; diese hätten vermutlich keinen oder doch eine sehr viel geringere Anzahl von Patienten verschont. In derartigen Fällen ist die Rechtsordnung um eine Antwort auf die Frage, wie *man* sich von Rechts wegen richtig verhält, verständlicherweise verlegen. Die Berufung auf das allgemeine Tötungsverbot führt so wenig weiter wie der Hinweis auf das zweifellos zu beklagende Erfolgsunrecht. Maßgebend kann vielmehr allein die situationsbezogene Handlungsanweisung sein. Die Wirklichkeit besteht nicht aus Tatbeständen im Sinne der Rechtssatzstruktur. Sie setzt sich vielmehr ausschließlich aus einzelnen Situationen zusammen. Diese und nur diese bilden den Anlaß für den Versuch der Beeinflussung menschlichen Verhaltens mit Hilfe rechtlicher Normen. Kann kein Verhalten vorgeschrieben werden, bei dessen Vornahme das eingetretene oder ein dem eingetretenen ähnliches Erfolgsunrecht entliefe, dann kommt auch keine Normverletzung in Betracht. Ist keine Norm verletzt, dann hat der Angeklagte eben rechtmäßig gehandelt. Der Verdruß darüber, daß dem Handelnden keine bessere Richtschnur an die Hand gegeben werden konnte, sollte seinen Niederschlag nicht in Rechtmäßigkeitskategorien zweiter oder gar dritter Klasse finden dürfen. Die Prüfung der Strafbarkeit ist nach alledem bereits im Rahmen der ersten Stufe mit negativem Ergebnis zu Ende zu führen.

sämtlichen der bislang angestregten systematischen Bemühungen erfolgreich zu trotzen vermocht⁴⁵. Das ist auch nicht verwunderlich. Wenn man unter fahrlässiger Tatbegehung die ungewollte Verletzung, von Sorgfaltpflichten versteht und dem Täter vorhält, er habe die Gebotenheit von Sorgfalt entweder pflichtwidrig verkannt oder aber zwar erkannt, jedoch pflichtwidrig auf das Ausbleiben einer Verletzung des der Sorgfalt bedürftigen Rechtsguts vertraut⁴⁶, dann haben wir es in Wirklichkeit ausschließlich mit Elementen der Vorwerfbarkeit zu tun. Das Faktum der Normverletzung ist durch den Hinweis darauf, wie sich der Täter pflichtgemäß hätte verhalten sollen, nicht zu belegen. In tatsächlicher Hinsicht bewendet es in Wirklichkeit bei der Registrierung des eingetretenen Schadens, mithin bei einem schuldstrafrechtlich nicht eben tragfähigen Verbrechensmoment. Den angesichts sämtlicher Konsequenzen allein gangbaren Ausweg aus diesem Dilemma vermag ich lediglich in der Auffassung der Fahrlässigkeitstat als einer besonderen Art von Vorsatztat, und zwar in der *Konzeption der Fahrlässigkeitstat als eines erfolgsqualifizierten (vorsätzlichen) Gefährdungsdelikts*, zu erblicken. Der Sorgfaltsverstoß wird, wie man sieht, zum Inhalt eines im traditionellen Sinne „tatbestandsmäßigen“ Handlungsunrechts gemacht. An die Stelle der Verursachung des Erfolges, die zu einer meines Erachtens nicht gerechtfertigten Parallelisierung der Fahrlässigkeitstat mit der Vorsatztat beigetragen hat, tritt die Verwirklichung einzelner — wiederum möglichst präzise zu fixierender — Momente der Sorglosigkeit. Bereits mit der Verwirklichung dieser Umstände ist das erforderliche Handlungsunrecht gegeben. Daß Strafe gleichwohl allenfalls im Falle des Erfolgseintritts verwirkt sein soll, ist zwar prozeßpraktisch indessen verständlich⁴⁷. Gleichwohl wird man sich von einer einheitlichen Betrachtung der Fahrlässigkeitstat einerseits sowie des Gefährdungsdelikts andererseits, die ohnehin vom gemeinsamen Hintergrund der versuchten Straftat her gesehen werden können, gewisse Anregungen für die Strafrechtsdogmatik versprechen dürfen.

Faßt man die Fahrlässigkeitstat auf die soeben skizzierte Weise als Sonderfall der Vorsatztat auf, so ergeben sich hinsichtlich der Einordnung der Fahrlässigkeitstat in den hier vorgeschlagenen zweistufigen

⁴⁵ Auch *Schmidhäusers* (Fn. 1, S. 346 sub 101) Forderung, es gelte das Tatbewußtsein, das wir für die Vorsatztat verlangen, im Falle der Fahrlässigkeitstat durch dessen „Erlangbarkeit (Potentialität)“ zu ersetzen, weist m. E. keinen gangbaren Weg.

⁴⁶ Siehe etwa *Jescheck* (Fn. 10), S. 426.

⁴⁷ Insoweit — doch auch nur insoweit — treffend *Lüderssen*, Artikel „Strafrecht“, in: *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, hrsg. von *A. Görnitz*, 1972, S. 474 ff. (475).

gen Verbrechenaufbau keine Probleme. Daß der Verfasser es bei der genannten Hypothese beläßt, deren Aussichten auf Beifall gering sein dürften, möge unter dem Gesichtspunkt jener Narrenfreiheit gesehen werden, deren sich der — ohnedies rechtstheoretisch infizierte — Zivilrechtler in Sachen Strafrecht erfreut.

V. Ergebnis

Das Ergebnis der im Rahmen dieser Studie angestellten Überlegungen werde mit Hilfe einer Graphik zusammengefaßt (S. 64). Statt vom Aufbau des Verbrechens ist in der gebotenen Allgemeinheit von der Struktur eines korrekturbedürftigen Verhaltens die Rede. Die Bestrafung des Täters stellt offenbar nur eine von mehreren Möglichkeiten einer „Läuterung“ des menschlichen Zusammenlebens dar. Ähnliche Korrekturen werden sich im Wege eines Systems von anderweitigen Maßregeln erreichen lassen, die freilich nicht wie die Strafe den Anschein eines geradezu arithmetischen Ausgleichs des begangenen Unrechts zu erwecken vermögen und schon deshalb im Vergleich mit der Strafe gern ins Hintertreffen geraten. Macht man sich demgegenüber die Funktion der einzelnen Einwirkungsmöglichkeiten klar, so leuchtet es ein, daß Strafe und Maßregel allenfalls die Begehung einer Normverletzung (linke Seite der Graphik) zur gemeinsamen Voraussetzung haben. Zwar wird man, was das korrekturbedürftige Verhalten im allgemeinen betrifft, die Verletzung vergleichsweise grundlegender Normen verlangen. Allein, es nimmt sich eher als Zufall aus, daß es haargenau dieselben Normen sein sollen, die bei vorwerfbarer Verletzung mit Strafe und andernfalls mit einer Maßregel bewehrt sind; gerade ein um optimales Verständnis der Motivation des Täters bemühtes „Straf“-Recht wird sich die Orientierung des sozial-schädlichen Verhaltens anhand des strafbaren Verhaltens auf die Dauer nicht leisten können. So erklärt es sich denn auch, daß die rechte Seite unserer Graphik, welche die Voraussetzungen spezifischer Verhaltenskorrektur betrifft, im Vergleich mit der linken Seite bereits im Ansatz horizontal — und nicht wie jene vertikal — gegliedert ist.

Die bisher pauschal verwendete Kategorie der Tatbestandsmäßigkeit zerfällt gleichsam in ihre Funktionen. Es kommt fürs erste darauf an, aus der Menge der Normverletzungen die Menge derjenigen Handlungen herauszugreifen, die zudem mit Strafe bedroht sind. Dieses Auswahlverfahren bleibt von der Tatsache unbeschadet, daß es oft gerade erst die generelle Strafdrohung ist, die wir für die Herausarbeitung der die Situation des Täters bestimmenden Rechtslage benötigen. Was zum zweiten die erforderliche Warnung des potentiellen Täters im Sinne des *Feuerbachs*chen Latinismus' anlangt, so haben wir es lediglich mit einer von mehreren Voraussetzungen für das Normverletzungsbewußtsein des Täters zu tun. Dieses ist denn auch der rechte systematische Ort für die

Erörterung von Fragen wie etwa derjenigen nach der notwendigen Bestimmtheit der Grundsätze betreffend die Garantienstellung bei sogenannten unechten Unterlassungsdelikten. Aber auch das Verbot der analogia in malam partem ist in dem erwähnten Zusammenhang zu diskutieren. Als Gegenprobe für die Richtigkeit der hier vorgeschlagenen differenzierenden Sicht der Dinge lassen sich wiederum die Maßregeln zur Sicherung und Besserung ins Treffen führen. Diesmal ist eine vorherige Warnung des Täters offenbar nicht auf dieselbe Weise wie im Hinblick auf dessen Strafbarkeit zu verlangen; so sollte sich der Täter die — wenngleich von ihm nicht notwendig als solche empfundene — Chance einer psychiatrischen oder gar psychotherapeutischen Behandlung nicht erst durch präzisen Nachvollzug der potentiellen Strafdrohung verdienen müssen.

⁴⁸ Von der Struktur der korrekturbedürftigen Handlung, insbesondere von der Verbrechenstruktur, ist die jeweils adäquate Taktik für das Lösen von Fällen scharf zu unterscheiden. Für die Adäquatheit einer Taktik werden wir namentlich deren logische Stringenz, aber auch so etwas wie die Ökonomie des Denkens zu verlangen haben. Zur logischen Stringenz wird wiederum der — an anderer Stelle näher behandelte — Gesichtspunkt der Beweisvollständigkeit gerechnet werden müssen. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit tritt die Unterschiedlichkeit von Verbrechenstruktur und Lösungstaktik deutlich hervor. Struktur und Taktik treffen, wenn überhaupt, so nur im Falle des kompletten Verbrechens zusammen. Jedoch in diesem Fall ist die Reihenfolge der Lösungsschritte im Hinblick auf die Gleichwertigkeit von Konjunktionsgliedern ohnehin ohne Belang. Was dagegen die Ablehnung der Strafbarkeit anlangt, so genügt es, sich auf den Beweis des Ausbleibens einer notwendigen Bedingung derselben zu konzentrieren. Eine dieser Bedingungen besteht darin, daß die verletzte Norm überhaupt mit Strafe bewehrt ist. In diesem Sinne kann man, was die Prüfung der Strafwürdigkeit eines Verhaltens anlangt, gut und gern mit der Tatbestandsmäßigkeit im Sinne der Durchmusterung eines Rechtssatzes des Besonderen Teils des Strafgesetzes (oder eines nebenstrafrechtlichen Rechtssatzes) „anfangen“. Aber man kann, wenn beispielsweise keine Möglichkeit zur Vermeidung des eingetretenen Erfolgsunrechts aufgezeigt zu werden vermag, auch mit dem Fehlen der verletzten — individuellen — Norm „anfangen“. Man kann „anfangen“ mit dem Nachweis, daß der Handelnde innerhalb des gesamten zur Diskussion stehenden Zeitraumes nur seiner — übergeordneten — Pflicht genüge, so daß sich eine Erörterung der verschiedenartigsten strafrechtlichen Gesichtspunkte im vorhinein erübrigt. Steht nur die Verhängung von Strafe zur Debatte, so stellt die Prüfung der Schuldfähigkeit bei gegebenem Anlaß nicht nur einen logisch unangreifbaren Anfang, sondern vielleicht sogar zugleich das praktisch so erfreuliche Ende der Untersuchungen dar; anders als im Falle des Normverletzungsbewußtseins ist betreffs der Schuldfähigkeit gerade nicht je nach Art der begangenen Regelwidrigkeit zu differenzieren. Kommt wiederum Teilnahme in Betracht, so kann es sich lohnen, trotz Schuldunfähigkeit des Haupttäters zuerst einmal die Begehung einer Regelwidrigkeit zu konstatieren. In der richterlichen Praxis scheinen wir die hier empfohlene Elastizität in puncto Fallaufbau längst gepflogen zu finden. Demgegenüber gilt es festzustellen, daß der an der Universität gebräuchliche schulmäßige Lösungsweg nicht so sehr ein Plus an Theorie denn vielmehr ein Plus an Schematismus bedeutet. Von Schematismus ist hierbei freilich keineswegs in nur negativem Sinne die Rede. Die Gleichförmigkeit des Vorgehens erhöht etwa die Verständigungsmöglichkeiten im Verhältnis mehrerer Bearbeiter.

Den kleinsten gemeinsamen Nenner der links aufgeführten — übrigens auf Vollständigkeit bedachten — Liste von Erscheinungsformen einer Normwidrigkeit bildet offenbar die wissentliche Verletzung einer Verpflichtung zu *mindestens abstraktem* Rechtsgüterschutz, und zwar *ohne die Notwendigkeit eines entsprechenden „Erfolges“* (in Gestalt der tatsächlichen Verletzung des geschützten Guts oder auch — was wohl die exaktere Ausdrucksweise ist — in Gestalt der Verletzung des *Substrats* des vorausgesetzten Rechtsguts). Dieses Resultat spiegelt die bereits aufgestellte, in puncto Strafwürdigkeit streng schuldstrafrechtlich konzipierte, These von der *Versuchsstruktur als der Grundform des Verbrechens* wider. Ja wir haben es sogar lediglich mit der hinreichenden Dokumentation eines auf Rechtsgutsgefährdung gerichteten Willens des regelwidrig Handelnden zu tun. Und in der Tat, anders als der zivilrechtlich ausgleichsbedürftige Schaden kommt der strafrechtlich relevante (Miß-)Erfolg nur im Wege der verschiedenartigsten Appelle an natürliches Empfinden über die Funktion eines bloßen Indizes für die „Korrekturbedürftigkeit“ des Täterverhaltens hinaus⁴⁸.

Auf der andern Seite muß man fragen, ob nicht jene „Anstrengung des Begriffs“ (um einmal ausnahmsweise mit *Hegel* zu reden), die das Befolgen eines allenfalls typischerweise zweckmäßigen Schemas erspart, dem Studierenden tatsächlich erspart werden sollte. Kommt es doch gerade darauf an, dem Studierenden immer wieder Gelegenheit zur Entwicklung von Lösungsstrategien bei der Behandlung konkreter Problemlagen zu bieten. Vollends verkennt ein Schematismus seine Grenzen dann, wenn er die Dogmatik von Rechtsgebieten sowie die Struktur von Rechtsfiguren — wie eben des Verbrechens — ebenso unbemerkt wie wirkungsvoll zu determinieren beginnt.

STRUKTUR DES KORREKTURBEDÜRFTIGEN VERHALTENS

Verstoß gegen individualisiertes objektives Recht (Handlungsumrecht)		Spezifische Voraussetzungen individueller Verhaltenskorrektur
<p>Rechtlich erfähtes sozialschädliches Verhalten („Erfolgsumrecht“ im weitesten Sinne)</p> <p style="text-align: center;">Möglichkeit sozialunschädlichen Verhaltens</p>	<p>★ Voraussetzungen einer Bestrafung des begangenen Verstoßes gegen individualisiertes objektives Recht</p>	
<p>★ Wissentliche Verletzung einer Verpflichtung zu konkretem Rechtsgüterschutz mit Erfolgsqualifikation; vorausgesetzt ist die Möglichkeit der Wahrnehmung eines den Erfolg nicht auslösenden Verhaltens (wissenliches „Erfolgsumrecht“ im engeren Sinne)</p>	<p>Die begangene Regelwidrigkeit ist mit Strafe bedroht</p>	<p>Vorwerfbarkeit der Regelwidrigkeit; genauer: Der regelwidrig Handelnde weist die persönlichen Voraussetzungen für die Erreichung des als maßgeblich angesehenen Strafzwecks auf</p>
<p>★ Wissentliche Verletzung einer Verpflichtung zu konkretem Rechtsgüterschutz ohne Erfolgsqualifikation; vorausgesetzt ist die Möglichkeit der Wahrnehmung eines das geschützte Gut gleich gar nicht gefährdenden Verhaltens (sog. „Versuch“)</p>	<p>Schuldfähigkeit</p>	<p>Regelwidrigkeitsbewußtsein. Insbesondere hinreichende Bekanntheit – einschließlich hinreichend genauer sicherten Strafandrohung als der Grundlage für die erforderliche „Parallelwertung in der Latensphäre“</p>
<p>★ Wissentliche Verletzung einer Verpflichtung zu abstraktem Rechtsgüterschutz (Sorgfaltspflicht) mit Erfolgsqualifikation; vorausgesetzt ist die Möglichkeit der Anwendung von Sorgfalt dergestalt, daß der qualifizierende Erfolg ausgeblieben wäre (sog. „Fähigkeitstest“; in Wirklichkeit erfolgsqualifiziertes Gefährdungsdelikt)</p>	<p>★ Voraussetzungen einer anderweitigen Verhaltenskorrektur aufgrund der begangenen Regelwidrigkeit</p>	
<p>★ Wissentliche Verletzung einer Verpflichtung zu abstraktem Rechtsgüterschutz (Sorgfaltspflicht) ohne Erfolgsqualifikation; vorausgesetzt ist die Möglichkeit der Anwendung von Sorgfalt (sog. „Gefährdungsdelikt“)</p>	<p>Die begangene Regelwidrigkeit ist mit einer Maßregel – sei es zur Sicherung der Rechtsgemeinschaft, sei es zur Besserung des Handelnden „bedroht“</p>	<p>Der regelwidrig Handelnde weist die persönlichen Voraussetzungen für die Erreichung des Zwecks der Maßregel auf, also etwa Gefährlichkeit, Besserungsfähigkeit usw.</p>

Probleme der „Postpendenzfeststellung“ im Strafverfahren

Ein Beitrag zur Logik und Dogmatik der Wahlfeststellung

WILFRIED KÜPER

Der Gesamtkomplex der Wahlfeststellungsproblematik, die inzwischen einen schwer erträglichen Grad verwirrender Kompliziertheit erreicht hat¹, läßt sich in drei elementare Problemfelder aufgliedern. Ich möchte sie, ohne Anspruch auf Originalität, mit den Stichworten „rechtsstaatliches Basisproblem“, „Begrenzungs- und Maßstabsproblem“ und „Einordnungs- oder Klassifizierungsproblem“ kennzeichnen. Unter dem Blickwinkel des „*rechtsstaatlichen Basisproblems*“ gewinnt die von der Rechtsprechung längst definitiv entschiedene, wissenschaftlich aber noch nicht ausdiskutierte Frage Bedeutung, ob eine Verurteilung auf nur „wahldeutig“ gesicherter Grundlage — gleichgültig, mit welchen Einschränkungen und in welcher begrifflichen Einkleidung² — überhaupt zulässig ist³. In diesem Problemfeld geht es um das spezifische Gewicht der keineswegs geringfügigen rechtsstaatlichen Bedenken, die z. B. im Hinblick auf das Verfassungsprinzip „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (Art. 103 II GG), aber auch aus anderen Gründen gegen eine Wahlfeststellung und wahlfeststellungsähnliche Konstruktionen bestehen⁴. Impliziert die „wahldeutige“ Verurteilung, von ihrer relativen Unbestimmtheit

¹ *Dreher*, MDR 1970, 369 spricht mit Recht von einem „Irrgarten der Wahlfeststellung“. Zur Diskussion der letzten Jahre vgl. insbes. *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, 22 Fn. 40, 41; guter Überblick neuerdings bei *Röhmel*, JA 1975, 371 ff. — Monographien werden in dieser Untersuchung beim zweiten Zitat nur mit dem Namen des Autors angeführt.

² Zu Fällen „verdeckter“ Wahlfeststellung vgl. z. B. *Jakobs*, GA 1971, 260 f., 264 f.; *Tröndle*, LK, 9. Aufl. 1970, nach § 2 Rz. 26 a, 27 f., 32; *Willms*, JZ 1962, 629; *Wolter*, 85 ff., 162. Hierher gehören „Auffangtatbestand“ und „analoge Anwendung“ des in-dubio-pro-reo-Prinzips.

³ Gegner der Wahlfeststellung in neuerer Zeit: *Endruweit*, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung (usw.), 1973, 293 ff.; *Heinitz*, JZ 1952, 100; *Maurach*, Allg. Teil, 4. Aufl. 1971, 113 f.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975, S. 113.

⁴ Vgl. dazu die vorzügliche zusammenfassende Darstellung bei *Tröndle*, LK, nach § 2 Rz. 1 f.; ferner z. B. *Wolter*, 46 ff. Zur Bedeutung des Rechtsstaatsgedankens für das Strafrecht vgl. auch *Langes* immer noch lesenswerten Vortrag „Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung“, Berliner Kundgebung des DJT, 1952, 62 ff.

ganz abgesehen⁵, doch stets *einen* Tatvorwurf, der mit Sicherheit unbegründet ist, weil der Angeklagte nur eines der in Betracht kommenden Delikte begangen haben kann⁶! Räumt man indes den Erwägungen, die vor allem unter dem Aspekt der materiellen Einzelfallgerechtigkeit, aber auch der Rechtssicherheit die Zulässigkeit der Wahlfeststellung nahelegen, in der rechtsstaatlichen Gesamtbilanz den Vorrang ein⁷ — und dies ist die auch in der vorliegenden Studie akzeptierte Arbeitsbasis der herrschenden Auffassung —, dann stellt sich zwangsläufig das „*Begrenzungs- und Maßstabsproblem*“, dessen Erörterung und fallbezogene Konkretisierung im Mittelpunkt der Wahlfeststellungslehre stehen. Die *materiellrechtliche* Dimension dieser Schrankenproblematik („normatives Maßstabsproblem“), die von ihren verfahrensrechtlichen Aspekten zu trennen ist („prozessuales Begrenzungsproblem“), versucht die Rechtsprechung mit der bekannten — auf *Kohlrausch* zurückgehenden — Formel zu bewältigen, daß die in Betracht kommenden Verhaltensweisen „rechtsethisch und psychologisch vergleichbar“ oder „gleichwertig“ sein müssen, wenn eine Wahlfeststellung zulässig sein soll⁸.

Diese „Zauberformel“⁹ hat einen bemerkenswerten Bedeutungswandel erfahren. Nach *Kohlrauschs* Auffassung, an der *Richard Lange* festgehalten hat, sollte das Vergleichbarkeitserfordernis die Alternativverurteilung — „täterstrafrechtlich“ — auf Fälle beschränken, in denen bei ungeklärtem *Tat*typus jedenfalls eine eindeutige „Persönlichkeitsfeststellung“ im Sinne eines bestimmten *Täter*typus möglich sei, auf den die Strafe gegründet werden könne¹⁰. Wesentlich sei, so hat *Lange* ergänzt, das im

⁵ Sie wird auch durch die in der Lit. vorgeschlagene eindeutige Tenorierung (vgl. *Tröndle*, a. a. O., Rz. 44 f., m. w. Nachw.) nicht behoben, sondern nur kaschiert, da das wirklich begangene Delikt nicht feststeht und die Wahldeutigkeit ohnehin in den Gründen offengelegt werden muß. Vgl. auch *Blei*, NJW 1954, 500; *Heinitz*, JZ 1952, 101 f. Konsequenter und ehrlicher ist deshalb ein mehrdeutiger Schuldspruch. Dafür z. B. *Grünhut*, MSchrKrim. 1934, 338; *Endrweit*, 89 ff.; *Otto*, Peters-Festschrift, 1974, 391; *Schaffstein*, NJW 1952, 727; *Wolter*, 101 ff., m. w. Nachw.

⁶ Bei eindeutiger Tenorierung (Fn. 5) ist das im Tenor allein erwähnte Delikt u. U. gerade die Straftat, die der Angeklagte in Wirklichkeit *nicht* begangen hat!

⁷ Vgl. dazu die abgewogene Stellungnahme bei *Tröndle*, LK, nach § 2 Rz. 3. *Tröndle* macht mit Recht darauf aufmerksam, daß für die Zulässigkeit der Wahlfeststellung auch Gründe der Rechtssicherheit sprechen; zu einseitig *Rudolphi*, SK, 1975, Anh. § 55 Rz. 5. Vgl. auch *Schulz*, JuS 1974, 638 f.

⁸ Vgl. dazu die Nachw. bei *Tröndle*, a. a. O., Rz. 20—26 a. Aus der Rechtspr. vgl. zuletzt BGHSt. 25, 182; BGH, NJW 1974, 804; OLG Hamm, NJW 1974, 1957 f.

⁹ *Jakobs*, GA 1971, 271.

¹⁰ Vgl. *Kohlrausch*, StGB, 33. Aufl. 1937, § 2 b Anm. II, 3; *Kohlrausch-Lange*, StGB, 43. Aufl. 1961, § 2 b Anm. I, 2, 3.

wahldeutigen „Gesamtverhalten“ ausgeprägte Persönlichkeitsbild, wie es sich als Folge des einen oder anderen Urteilspruchs darstelle: „der damit gegebene personale Status“; abstrahiert von diesem typologischen Bezugsrahmen verliere die Wahlfeststellung den Charakter „wirklicher Schuld feststellung“, führe sie zur Verdachtsstrafe¹¹. Diese Konzeption hat sich nicht durchsetzen können, ja sie hat kaum Resonanz gefunden¹². Gegen sie spricht vor allem die nach geltendem Recht handlungs-, nicht täterorientierte Systematik der Strafbegründungsnormen, die „Persönlichkeitsfeststellungen“ in die Strafzumessungsebene verweist; auch die Wahlfeststellung muß deshalb in erster Linie „tatstrafrechtlich“ begründet und begrenzt werden. Die Rechtsprechung hat *Kohlrauschs* Gleichwertigkeitsformel im Anschluß an die — noch ziemlich vagen — Kriterien der berühmten Plenarentscheidung RGSt. 68, 257 (261, 262) von vornherein in dieser Richtung uminterpretiert und die rechtsethisches-psychologische Vergleichbarkeit eng mit der tatbestandlich ausgeformten Delikts- und Güterverletzungstypik verknüpft.

Die so verstandene „Gleichwertigkeit“ bedeutet, daß die alternativ festgestellten Straftaten nach allgemeinem Rechtsempfinden eine vergleichbare rechtlich-sittliche Mißbilligung verdienen und zu einem annähernd gleich schweren Schuldvorwurf führen („rechtsethische Vergleichbarkeit“); außerdem wird eine ungefähr gleichgeartete seelische Beziehung des Täters zur jeweiligen Tat gefordert („psychologische Vergleichbarkeit“)¹³. Die Praxis hat diesen dualistischen Orientierungsrahmen allerdings fast vollständig auf seine normativ-„rechtsethische“ Abwägungskomponente reduziert — das Moment der „psychologischen Gleichwertigkeit“ spielt nur eine untergeordnete Rolle und wird als selbständiger Beurteilungsfaktor im Grunde nicht ernst genommen¹⁴ —. Ohne eine solche monistische Verkürzung wäre die Gleichwertigkeitsformel auch schwerlich praktikabel; denn die analoge „seelische Beziehung“ fehlt bei verschiedenen Tatbeständen in aller Regel. Im Schrifttum begegnet das Dogma der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“ heute vehementer Kritik, die in letzter Zeit immer mehr Anhänger gewinnt. Wichtigstes positives Resultat der Auseinandersetzung ist die in der Literatur inzwischen dominierende These, daß die entscheidende sachlich-rechtliche Zuläs-

¹¹ *Lange*, a. a. O.

¹² Zur Kritik vgl. insbes. *Schaffstein*, NJW 1952, 726 f., der freilich konzidiert, daß tätertypische Aspekte für die Gleichwertigkeitsfrage „keineswegs völlig bedeutungslos sind“.

¹³ Vgl. *Tröndle*, LK, nach § 2 Rz. 20, m. w. Hinw.

¹⁴ Vgl. dazu *Schaffstein*, NJW 1952, 726: Durch die Erwähnung des psychologischen Moments wird lediglich „besonders hervorgehoben, daß neben den objektiven Merkmalen auch subjektive Unrechts- und Schuld momente die Vergleichbarkeit der Deliktstypen bestimmen“.

sigkeitsvoraussetzung der Wahlfeststellung in der „Identität des Unrechtskerns“ der jeweiligen Delikte bestehe¹⁵. Mit diesem Kriterium soll vorwiegend die im wahldeutigen Verhalten manifestierte Gleichartigkeit der *Rechtsgutsverletzung* als Urteilsgrundlage erschlossen werden¹⁶, während auf das von der traditionellen Vergleichbarkeitsformel geforderte quantitative Gleichgewicht der alternierenden *Schuldvorwürfe* zugunsten eines kongruenten „Mindestvorwurfs“ verzichtet wird. Doch läßt diese Lehre unterschiedliche Deutungen zu und ist in ihrer Tragweite noch wenig geklärt. Kritischer Prüfung bedarf sie vor allem unter dem Aspekt, ob ihre Tendenz zur Vernachlässigung wesentlicher Aktunwertdifferenzen erträglich ist¹⁷; die Diskussion ist in diesem Punkt noch völlig offen. — Das hier skizzierte materiellrechtliche Maßstabsproblem macht im übrigen nur einen Teil der wahlfeststellungsspezifischen Begrenzungsproblematik aus: In *prozessualer* Hinsicht geht es insbesondere um die — sehr streitige — Limitierungsfunktion der verfahrensrechtlichen Tatidentität (§§ 155, 264 StPO)¹⁸, aber auch um Relevanz und Präzisierung des in BGHSt. 12, 386 (389) herausgestellten *Exklusivitätserfordernisses*: die in Frage kommenden Sachverhalte müssen danach im Verhältnis der „Alternativität“ stehen; auf diese Einschränkung wird noch zurückzukommen sein.

Das dritte große Problemfeld schließlich, das ich als „*Einordnungs- oder Klassifizierungsproblem*“ bezeichnet habe, betrifft einen mit der Schrankenproblematik faktisch eng zusammenhängenden, doch strukturell anders- und eigenartigen Fragenkreis: Welche Konstellationen — so lautet hier der Tenor der Fragestellung — gehören überhaupt (kategorial) in den Anwendungsbereich der Wahlfeststellung und ihrer restriktiven Regelungsprinzipien; nach welchen Kriterien unterscheiden sich die „echten“ Wahlfeststellungsfälle von anderen, verwandten Fallgestaltungen? Dieser Komplex kategorialer Klassifizierungsprobleme, der wegen der nur begrenzten Zulässigkeit wahldeutiger Verurteilungen erhebliche praktische Bedeutung hat, wäre schon unübersichtlich genug, ginge es allein um die jeweilige Zuordnung zur grundlegenden methodischen Alternative „in dubio pro reo“ oder „Wahlfeststellung“ und um mögliche Kombinationen beider Rechtsin-

¹⁵ Vgl. etwa *Deubner*, JuS 1962, 23 f., NJW 1967, 738; *Dreher*, MDR 1970, 371; *Fleck*, GA 1966, 336; *Hardwig*, Eb.-Schmidt-Festschrift, 1961, 484 Fn. 28; *Hruschka*, MDR 1967, 267 f.; *Otto*, Peters-Festschrift, 1974, 390 f.; *Tröndle*, a. a. O., Rz. 37, JR 1974, 135. — Ähnlich *Jakobs*, GA 1971, 270 ff.; *Sax*, JZ 1965, 748.

¹⁶ Vgl. zuletzt *Jakobs* und *Otto*, a. a. O.

¹⁷ Ablehnend deshalb *Wolter*, 106 ff. und GA 1974, 162 f.; in anderer Hinsicht kritisch *Rudolphi*, SK, Anh. § 55 Rz. 40.

¹⁸ Vgl. hierzu etwa *Röhmel*, JA 1975, 378; *Rudolphi*, a. a. O., Rz. 11 ff.; *Tröndle*, a. a. O., Rz. 16 f.; *Wolter*, 29 ff., 37, je m. w. Hinw.

stitute¹⁹. Indessen hat namentlich die Rechtsprechung innerhalb dieser Polarität ein „Zwischenreich“ eigentümlicher Sonderkonstruktionen etabliert — z. B. „Auffangtatbestand“ und „*analoge* Anwendung des Grundsatzes ‚in dubio pro reo‘“ —, die als Surrogate der Wahlfeststellung figurieren, ohne ihrem Begrenzungsmechanismus zu gehorchen²⁰, und dadurch die Einordnungsprobleme noch weiter komplizieren. Nimmt man schließlich Begriffe wie „normativ-ethisches Stufenverhältnis“ (im Gegensatz zum „logischen Stufenverhältnis“)²¹ und „reine Tatsachenalternativität“²² hinzu, so ist die verwirrende Palette der Klassifizierungsproblematik nahezu vollständig.

Freilich nur „nahezu“: Denn in diesem schwer überschaubaren Problemfeld ist auch die sog. „*Postpendenzfeststellung*“ beheimatet, die im Zentrum der folgenden Überlegungen stehen wird; ihre bisher nicht befriedigend erhellte Problematik liegt gleichsam im Schnittpunkt von Einordnungs- und prozessuaalem Begrenzungsproblem, steht aber auch in Beziehung zur materiellrechtlichen Maßstabsfrage. Den Begriff „Postpendenz“ („*Postpendenzfeststellung*“, „*Postpendenzfall*“), der sich in der Nomenklatur der Wahlfeststellungslehre inzwischen durchzusetzen beginnt, hat *Hruschka*²³ im Anschluß an die logistische Terminologie²⁴ vorgeschlagen²⁵, um eine bestimmte Fallgruppe aus dem Umkreis der Wahlfeststellung zu kennzeichnen, deren genauere Klassifizierung unsicher ist. Konstellationen dieser Art

¹⁹ Vgl. dazu etwa *Rudolphi*, a. a. O., Rz. 17 f., 44; *Schulz*, JuS 1974, 635 ff.; *Wolter*, 75 ff., 119 ff. Siehe aber auch *Deubner*, JuS 1962, 22; *Hruschka*, NJW 1973, 1805; *Tröndle*, JR 1974, 134.

²⁰ Scharfe Kritik an solchen Konstruktionen z. B. bei *Tröndle*, LK, nach § 2 Rz. 27, 32 und *Wolter*, 85 ff., 91 ff., m. w. Hinw.

²¹ Dazu zuletzt *Dreher*, MDR 1970, 370 f.; *Otto*, Peters-Festschrift, 1974, 375 ff.; *Rudolphi*, SK, Anh. § 55 Rz. 21 ff.

²² Vgl. dazu *Sax*, JZ 1965, 745 ff., 747; *Tröndle*, LK, nach § 2 Rz. 7 ff. Vgl. auch *Jakobs*, GA 1971, 265 f.

²³ JZ 1970, 640 f., NJW 1971, 1392 f.

²⁴ Sprachgebrauch des „Münchener Kreises“, vgl. *Bocheński-Menne*, Grundriß der Logistik, 4. Aufl. 1973, 29, 35; ausführlicher *Döhmman*, Zur Semantik und Etymologie der sprachlichen Darstellung der dyadischen Funktoren, Studium generale 19 (1966), 402 ff., 414. — Die „Postpendenz“ gehört in der Logistik zu den „Minimalfunktoren“ oder nur formal zweistelligen Junktoren, die über den Wahrheitswert der einen (anderen) Aussage informieren und den der anderen (einen) dahingestellt lassen. So bedeutet „Postpendenz“ inhaltlich: „Jedenfalls trifft das andere (q) zu, gleichgültig, ob auch das eine (p) zutrifft“. *Symbol*: „Hpq“ (Zeichensystem *Lukasiewicz*; die Symbolik des Systems *Peano-Russell*, das stärker verbreitet ist, kann in dieser Arbeit aus drucktechnischen Gründen nicht verwendet werden); *Matrix*: „1010“. Entsprechend gibt es „Präpendenz“ (Ipq) sowie „Postnonpendenz“ (Gpq) und „Pränonpendenz“ (Fpq). Zur logistischen „Wahrheitswerttafel“, in der die Funktion „Postpendenz“ je nach Anordnung an verschiedenen Stellen auftritt, vgl. außerdem etwa *Börger-Barnocchi*, Art. „Aussagenlogik“,

werden dadurch charakterisiert, daß die strafrechtliche Bewertung eines erwiesenen „Nachtatgeschehens“ (Anschlußhandlung) von der — nach dem Beweisergebnis unmöglichen — Klärung eines ungewissen „Vortatsverhalts“ abhängt²⁶. Beispiele dafür sind Fälle, in denen das festgestellte spätere Verhalten — isoliert betrachtet — eindeutig die Voraussetzungen einer strafbaren Unterschlagung, Hehlerei oder Begünstigung ergibt, jedoch zweifelhaft bleibt, ob der Angeklagte außerdem bereits an der Vortat (etwa einem Betrug, Diebstahl usw.) als Mittäter beteiligt war oder sie sogar allein ausgeführt hat²⁷: Liefße sich dieser Zweifel beheben, so wäre die Strafbarkeit der Nachtat — ja häufig schon ihre Tatbestandsmäßigkeit — mit Sicherheit ausgeschlossen²⁸; da indes die Vortatbeteiligung unbewiesen ist, entsteht das Problem, ob man es mit einem Fall der Wahlfeststellung zu tun hat oder ob eine eindeutige Verurteilung wegen der Nachtat in Betracht kommt. Die gesamte buntscheckige Kasuistik dieser Materie²⁹ kann und soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht analysiert werden; dazu wäre eine umfangreiche Abhandlung erforderlich. Diese Studie verfolgt das bescheidenere und zugleich anspruchsvollere Ziel, am Beispiel eines instruktiven Modellfalles die Grundstrukturen der „Postpendenzproblematik“ schärfer herauszuarbeiten, als dies bisher — trotz beachtlicher Ansätze — in der Literatur geschehen ist. Eine neuere BGH-Entscheidung ist für diesen Zweck

Hist. Wb. Philos. I, 1971, 672 ff., 676; von Freitag-Löringhoff, Logik I, 5. Aufl. 1972, 160 ff.; Hruschka, JZ 1970, 639; Klug, Juristische Logik, 3. Aufl. 1966, 35; E. von Savigny, Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren, 2. Aufl. 1971, 53 ff.

²⁵ Den Begriff haben übernommen: Lackner, StGB, 9. Aufl. 1975, § 2 Anm. 3 d; Otto, Peters-Festschrift, 1974, 374, 388; Röhmel, JA 1975, 378; Rudolphi, SK, Anh. § 55 Rz. 24; Wolter, 127 Fn. 412, GA 1974, 161 Fn. 6, 175.

²⁶ Vgl. aber auch den ergänzenden Hinweis u. S. 73 Fn. 44.

²⁷ Vgl. den Überblick bei Rudolphi, a. a. O., Rz. 24; eingehend Wolter, GA 1974, 161 ff.

²⁸ Man denke etwa an den Fall, daß der Angeklagte sich eine Sache schon durch ein Vermögensdelikt (Betrug, Erpressung usw.) zugeeignet hat und später seinen Herrschaftswillen erneut manifestiert. Nach BGHSt. 14, 38 (42 ff.) fehlt es dann bereits an einer tatbestandsmäßigen Unterschlagungshandlung. Läßt sich die Begehung der Vortat nicht beweisen, so liegt ein Problem der „Postpendenzfeststellung“ vor.

²⁹ Vier interessante Fälle aus diesem Bereich, die freilich die Kasuistik nicht erschöpfen, behandelt Wolter in seiner verdienstvollen, leider schwer lesbaren und gedanklich nicht immer durchsichtigen Untersuchung zur „Postpendenz“ (GA 1974, 161 ff.); BGH, DRiZ 1972, 30 m. Bespr. Blei, JA 1972, 241 f., 313 f., 379 f. („Brieftaschen-Fall“); BGHSt. 23, 360 (361) m. Anm. Schröder, JZ 1971, 141 und Hruschka, NJW 1971, 1392 („Transport-Fall“); OLG Hamm, JMBINRW 1955, 236 („Kollier-Fall“); OLG Hamm, JMBINRW 1967, 138 („Schrott-Fall“). Vgl. ferner u. a. OGHSt. 2, 89 (90); BGHSt. 11, 26 (27); BGHSt. 15, 63 (64); BGH b. Dallinger, MDR 1955, 269; BGH, NJW 1955, 350, JR 1959, 305, NJW 1974, 804; OLG Hamm, NJW 1974, 1957 (1958).

besonders geeignet, weil sie die wesentlichen *Varianten* des Problems verdeutlicht und damit das stoffliche Defizit weitgehend ausgleicht, das durch den notwendigen Verzicht auf detaillierte Einzelfallanalysen entsteht.

In einem unlängst veröffentlichten Urteil³⁰ kommt der BGH zu dem Ergebnis, daß eine Wahlfeststellung zwischen Betrug und Hehlerei zulässig sei. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde, der — auf seinen Kern reduziert — denkbar einfach ist: Der Angeklagte war einem Betrüger dabei behilflich gewesen, die Betrugsbeute (Stahlwaren) im Ausland abzusetzen; möglicherweise hatte er sich vorher sogar als *Mittäter* am Betrug beteiligt — dies konnte jedoch nicht geklärt werden. Nach Ansicht des BGH liegt hier ein Fall der Wahlfeststellung vor. Zur Begründung legt der Senat dar, daß der Angeklagte, wäre er tatsächlich Mittäter des vorangegangenen Betruges, *nur* wegen dieser Beteiligung, nicht aber wegen Hehlerei in Form der Absatzhilfe („Mitwirken zum Absatz“ nach § 259 I StGB a. F.) verurteilt werden könnte; denn der Mittäter der Vortat könne nach gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich nicht zugleich Hehler sein³¹. Die Unaufklärbarkeit der Vortatbeteiligung verhindere somit auch den schlüssigen Nachweis strafbarer Hehlerei; deshalb scheidet die Möglichkeit aus, den Angeklagten „in dubio pro reo“ lediglich wegen Absatzhilfe zu verurteilen³². Eine Wahlfeststellung, die danach allein in Betracht komme, hänge davon ab, ob Hehlerei und Betrug rechtsethisch-psychologisch gleichwertige Delikte seien. Der BGH *bejaht* diese bisher nicht höchstrichterlich entschiedene Frage, und zwar mit der bemerkenswerten Erwägung, daß die Vergleichssituation ganz ähnlich sei wie im „klassischen“ Gleichwertigkeitsfall „Diebstahl — Hehlerei“. Zwar schütze die Betrugsvorschrift, anders als der Diebstahls- und der Hehlereitattbestand (!), nicht das Eigentum an einem speziellen Vermögenobjekt, sondern das Vermögen insgesamt; im *konkreten Fall* führe jedoch der Betrug ebenso wie der Diebstahl stets zur Entziehung eines bestimmten Vermögensgegenstandes, und die Hehlereihandlung perpetuiere jeweils diesen rechtswidrigen Zustand. So betrachtet seien auch Betrug und Hehlerei normativ gleichwertig³³. Die Tatsache, daß die Rechtsprechung im Verhältnis von Steuerhinterziehung und -hehlerei ebenfalls eine Wahlfeststellung zugelassen habe, bestätige diese Bewertung. — An der Urteilsbegründung fällt auf, daß sie sich ausführlicher allein zum materiell-rechtlichen „Maßstabsproblem“ der Wahlfeststellung äußert; das „Einordnungs- oder Klassifizierungsproblem“ wird dagegen,

³⁰ BGH, NJW 1974, 804. Der Fall ähnelt dem von *Wolter* erörterten „Schrott-Fall“, vgl. o. S. 69 Fn. 29.

³¹ Vgl. dazu insbes. BGHSt. 7, 134 (137); BGHSt. 8, 390 (392); ferner z. B. RGSt. 34, 304 (305); 73, 322 (324); OLG Hamm, JMBlnRW 1967, 139. — Zu einer Ausnahme — Erwerb nach Teilung der Beute — vgl. BGHSt. 3, 191 (194).

³² Davon war die Vorinstanz ausgegangen.

³³ Die Verkürzung der Gleichwertigkeitsformel auf ihre normative Komponente (vgl. o. S. 66 bei Fn. 14) wird hier recht deutlich.

von einem kurzen Hinweis auf die Unanwendbarkeit des in-dubio-Prinzips abgesehen, explizit nicht aufgeworfen³⁴ und wohl auch gar nicht erkannt; die prozessuale Begrenzungsproblematik wird ebenfalls übergangen. Zu der eigenartig verschlungenen Argumentation, mit der das Gericht die Gleichwertigkeit von Betrug und Hehlerei gewissermaßen auf einem „Umweg“ begründet — nämlich über eine „konkret-situationsbezogene“ Analogie zur Wahlfeststellung bei Hehlerei und Diebstahl —, wäre manches kritische Wort zu sagen. Doch muß darauf verzichtet werden: In diesem Zusammenhang interessiert allein die Frage, ob hier überhaupt ein Fall der *Wahlfeststellung* vorliegt, der Überlegungen zur „Vergleichbarkeit“ der kriminellen Verhaltensweisen erforderlich macht.

Daß unsere Fallgestaltung in die Kategorie der Wahlfeststellung gehört, nimmt der BGH deshalb an, weil der Angeklagte, wenn er wirklich Mittäter des Betruges gewesen sein sollte, nicht zugleich wegen Hehlerei strafbar sein könne. Ansatzpunkt der Klassifizierung ist also das bekannte — und anerkannte³⁵ — Unvereinbarkeitsprinzip: „Der Mittäter der Vortat kann nicht außerdem (strafbarer) Hehler sein“, ein Satz, von dessen grundsätzlicher Richtigkeit auch die folgende Betrachtung ausgeht³⁶. Danach steht trotz der nicht aufklärbaren Vortatbeteiligung immerhin fest, daß sich der Angeklagte entweder nur wegen eines in Mittäterschaft begangenen Betruges oder aber allein wegen Hehlerei strafbar gemacht hat, je nachdem, ob er am Betrug als Mittäter beteiligt war oder nicht. Da andererseits die für den Angeklagten partiell günstige Annahme, er sei *nicht* Mittäter der Vortat, bezogen auf die *Anschlußhandlung* offenbar zur unzulässigen Unterstellung „contra reum“ wird³⁷, scheint die eindeutige Verurteilung wegen Hehlerei nicht möglich zu sein. Gleichwohl ist mit solchen Erwägungen eine Wahlfeststellungskonstellation noch nicht überzeugend begründet. Von ihrem Normaltypus unterscheidet sich der vorliegende Fall durch eine für „Postpendenzfälle“ kennzeichnende Besonderheit, die vorerst nur pauschal und unter dem Vorbehalt weiterer Präzisierung beschrieben werden kann. Der nach der Beweisaufnahme zweifelhaft gebliebene Sachverhalt ist nicht etwa in

³⁴ Das entspricht der Behandlung vergleichbarer Fälle in der bisherigen Rechtsprechung. Vgl. die Hinw. o. S. 69 Fn. 29 und *Hruschka*, JZ 1970, 638.

³⁵ Vgl. etwa *Ladner*, § 259 Anm. 7; *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, 323 f.; *Ruß*, LK, 9. Aufl. 1973, § 259 Rz. 31; *Schönke-Schröder*, StGB, 17. Aufl. 1974, § 259 Rz. 57. Vgl. auch *H. Mayer*, JZ 1953, 86; *Meister*, MDR 1955, 715 f.; *Schwalm*, MDR 1955, 372. — Für die Absatzhilfe a. A. *Maurach*, Bes. Teil, 5. Aufl. 1969, 376.

³⁶ Inwieweit er in Sonderfällen, etwa beim Erwerb nach Beuteteilung oder beim Rückerwerb von einem Zwischenmann, Ausnahmen zuläßt, interessiert hier nicht.

³⁷ Diese Annahme ist ja unter dem Aspekt der Nachtat für den Täter ungünstig, da bei feststehender Vortat-Mittäterschaft die Strafbarkeit wegen Hehlerei entfallen müßte. Vgl. aber auch u. S. 76.

der Weise ungeklärt, daß von zwei möglichen Geschehensabläufen *keine* Variante bewiesen werden kann; denn die spätere Handlung der Absatzhilfe wurde „an sich“, jedenfalls als Faktum, zweifelsfrei festgestellt. Die dennoch bestehende und nicht behebbare Unsicherheit über die anzuwendende Norm beruht allein darauf, daß der Angeklagte möglicherweise am vorangegangenen Delikt mit einem Tatbeitrag beteiligt war, der wegen des Zusammenhangs zwischen Vor- und Nachtat eine Bestrafung aus der Hehlereivorschrift in Frage stellt. Diese — im Gegensatz zu den „klassischen“ Wahlfeststellungssituationen — gleichsam nur *einseitige Sachverhaltungewißheit*, die eine doppelte Rechtsnormungewißheit zur Folge hat, ist der Sitz des Problems, ob das Institut der Wahlfeststellung die richtige Einordnungskategorie darstellt.

An unserem Ausgangsfall läßt sich zunächst ein wichtiger Unterschied in der *dogmatischen Struktur* derartiger Postpendenzfälle aufzeigen. Der Sinngehalt des anerkannten Grundsatzes, daß der Mittäter der Vortat nicht zugleich wegen Hehlerei strafbar sein könne, ist ja, sieht man genauer zu, keineswegs eindeutig. Diese Maxime kann einerseits bedeuten — und dies ist die Linie der neueren Rechtsprechung —, daß eine mittäterschaftliche Vortatbeteiligung stets schon den *Tatbestand* der Hehlerei ausschließt³⁸. Möglicherweise ist jener Satz aber auch so zu verstehen, daß die Hehlerei hinter einer Mitwirkung am „perpetuierten“ Delikt, die über eine bloße Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) hinausgeht³⁹, als sog. „*mitbestrafte Nachtat*“ zurücktritt, weil sie durch die Vortat(beteiligung) konsumiert wird⁴⁰. Nach der ersten Version tangiert die Ungewißheit über die Vortat-Mittäterschaft bereits den schlüssigen Nachweis, daß eine tatbestandsmäßige Hehlereihandlung vorliegt; denn dieser Beweis ist, auch bei gesichertem Nachtatsachverhalt, offenbar nur dann geführt, wenn feststeht, daß der Angeklagte *nicht* Mittäter des vorausgegan-

³⁸ So dezidiert BGHSt. 7, 134 (137); BGHSt. 8, 390 (392); OLG Hamm, JMBINRW 1967, 138 (139). — Die Literatur äußert sich zu diesem Punkt meist nicht präzise. Für Tatbestandsausschluß aber wohl *Maurach*, 376 und *Meister*, a. a. O., 715; ebenso bezüglich der Neufassung *Krey*, Bes. Teil, 2. Aufl. 1975, 153 f.; *Stree* in *Schönke-Schröder*, 18. Aufl. 1976, § 259 Rz. 54.

³⁹ Daß die bloße Teilnahme an der Vortat eine Bestrafung wegen Hehlerei nicht ausschließt, ist in der Rechtspr. inzwischen anerkannt; vgl. die Hinw. bei *Schönke-Schröder*, § 259 Rz. 55 ff., wo eine differenzierende Lösung entwickelt wird.

⁴⁰ In dieser Richtung RGSt. 34, 304 (305); 73, 322 (324); BGH, NJW 1954, 889; wohl auch *Dreher*, StGB, 35. Aufl. 1975, § 259 Anm. 7 A a; *H. Mayer*, JZ 1953, 86 f.; *Wolter*, GA 1974, 173. — Statt von „Konsumtion“ kann man bei mitbestrafter Nachtat auch von „Subsidiarität“ sprechen (so z. B. *Schönke-Schröder*, 17. Aufl. 1974, vor § 73 Rz. 66). Ich folge hier der Einordnung von *Wessels*, Allg. Teil, 5. Aufl. 1975, 148.

genen Delikts war und daher ein tatbestandsausschließendes Vorverhalten mit Gewißheit *entfällt!* Nach der zweiten Interpretation des Unvereinbarkeitsprinzips berührt dagegen die apostrophierte „einseitige Sachverhaltungsgewißheit“, wenn sie wirklich nur „einseitig“ ist, den Nachweis eines tatbestandlichen (rechtswidrig-schuldhaften) Hehlereiverhaltens nicht: Der Beweismangel wirkt sich lediglich im Konkurrenzbereich aus und wird nur für die Frage relevant, ob eine „an sich“ konsumierte Nachtat auch straflos bleibt, wenn das konsumierende Delikt nicht erwiesen ist. — Danach lassen sich zwei dogmatisch verschieden strukturierte Gruppen von Postpendenzsituationen unterscheiden⁴¹; im ersten Fall kann man von „*tatbestandsrelevanter*“, im zweiten von „*konkurrenzrelevanter*“ Postpendenz sprechen. Es versteht sich, daß dieser Strukturunterschied nicht allein bei der Hehlerei eine Rolle spielt; er betrifft vielmehr das gesamte Gebiet der Postpendenzfälle.

Ist etwa eine zur Verwirklichung des Unterschlagungstatbestandes geeignete Zueignungshandlung zweifelsfrei festgestellt, während nicht nachgewiesen werden kann, ob der Täter die Sache bereits durch einen vorausgegangenen Betrug erlangt hat, so liegt ein „*tatbestandsrelevanter*“ Postpendenzfall vor, *wenn* man der in BGHSt. 14, 38 (42 ff.) vertretenen Auffassung folgt, daß nur die deliktische „Erstzueignung“ den Tatbestand des § 246 StGB erfüllen könne⁴². Nach der Gegenmeinung, die in solchen Fällen eine tatbestandsmäßige, aber als mitbestrafte Nachtat vom (erwiesenen) Hauptdelikt verdrängte Unterschlagung annimmt⁴³, ist dagegen eine „*konkurrenzrelevante*“ Postpendenzsituation gegeben⁴⁴.

Bleiben wir vorerst bei der zweiten Gruppe von Postpendenzfällen: Gehört unser Modellfall in diese Rubrik, dürfen wir also voraussetzen, daß im Ausgangsbeispiel die — nachgewiesene — tatbestand-

⁴¹ Vgl. auch *Hruschka*, JZ 1970, 640; *Röhmel*, JA 1975, 378; der Sache nach auch *Schröder*, JZ 1971, 142 und OLG Hamm, NJW 1974, 1958.

⁴² Dafür z. B. *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, 261 ff.; *Otto*, 119 ff.; *Schünemann*, JuS 1968, 114 ff., 117 ff.

⁴³ Vgl. insbes. *Baumann*, NJW 1961, 1142 f.; *Bockelmann*, JZ 1960, 621 ff., 624; *Eser*, Strafrecht IV, 1974, 68; *Schönke-Schröder*, § 246 Rz. 10, 34; *Schröder*, JR 1960, 308 f.

⁴⁴ BGHSt. 14, 38 betrifft — was bisweilen übersehen wird — auch „*Koinzidenzfälle*“, d. h. Konstellationen, in denen die „*Zueignungs*“-handlung mit einer sonstigen Vermögensstrafat zeitlich zusammenfällt; nach Auffassung des BGH (a. a. O., 44, 46) ist dann ebenfalls der Tatbestand der Unterschlagung nicht erfüllt. Diese Problemvariante macht deutlich, daß man bei Postpendenzsituationen nicht allein an ein zeitliches Nacheinander der Handlungen denken darf. Der Begriff „*Postpendenz*“, der logisch, nicht nur chronologisch zu verstehen ist, umfaßt auch Fälle, in denen es um (konkurrenz- oder tatbestandsbedingt) straflose „*Begleitaten*“ geht. Ein möglicher Anwendungsfall ist daher z. B. auch BGHSt. 23, 294 m. Anm. *Küper*, NJW 1970, 2253.

liche Absatzhilfe hinter der mittäterschaftlichen Vortatbeteiligung als „straflose Nachtat“ zurücktritt, dann ist die Lösung des Postpendenzproblems zumindest im Ergebnis relativ einfach. Denn noch so gewichtige Anhaltspunkte für die Möglichkeit der Vortat-Mittäterschaft ändern nichts daran, daß jedenfalls eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft ehereihandlung *eindeutig* festgestellt ist; nur ihre — konkurrenzbedingte — tatsächliche Strafbarkeit steht noch in Frage. Diese „Rechtsnormungewißheit“ läßt sich indessen, im Rückgriff auf die dogmatische Substanz der „Konsumtion“⁴⁵, unschwer dadurch beheben, daß die einschlägige Konkurrenzregel der eigentümlichen Ungewißheitsstruktur von Postpendenzsituationen angepaßt wird — ein in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur meist unreflektiert angewandtes Verfahren⁴⁶. Die Straflosigkeit einer „konsumierten“ Anschlußhandlung beruht auf der Bewertungseinheit, die Vor- und Nachtat in dem Sinne bilden, daß der primäre *Eingriffsakt* (Hauptdelikt) gegenüber der sekundären Folgetat (Verwertung, Sicherung oder sonstige „Vertiefung“ der deliktisch erworbenen Position) die maßgebliche Entscheidungsbasis für die Strafbemessung darstellt⁴⁷. Dieser Funktionszusammenhang, der die „verdrängende“ Wirkung der Haupttat erklärt, kann aber nicht allein aus materiellrechtlichen Gründen entfallen, etwa weil die Nachtat ihrerseits selbständige Eingriffsmomente aufweist⁴⁸; er ist vielmehr *auch* gestört, wenn und soweit das Hauptdelikt mangels Nachweisbarkeit als maßgebende Bewertungsgrundlage untauglich wird. Eine an sich „mitbestrafte“ Anschlußhandlung wird daher nicht konsumiert, sofern die Bestrafung aus dem Primärdelikt an einem beweismäßigen „Non liquet“ scheitert; der Wahlfeststellung bedarf es in diesem Fall nicht, und deshalb steht auch deren Maßstabs- und Begrenzungsproblematik nicht zur Debatte. Dies ist — soweit ersichtlich — heute allgemein anerkannt und vom BGH wiederholt ausgesprochen worden⁴⁹.

Dieses unstrittige Ergebnis wird allerdings vielfach aus dem allgemeinen Satz abgeleitet, daß die selbständige Strafbarkeit der Nachtat erhal-

⁴⁵ Bzw. „Subsidiarität“ (vgl. o. S. 72 Fn. 40).

⁴⁶ Vgl. die Hinw. u. Fn. 49.

⁴⁷ Ich folge insoweit der Auffassung *Schröders* zur straflosen Nachtat (*Schönke-Schröder*, vor § 73 Rz. 67 ff.); ähnlich z. B. *Bockelmann*, JZ 1960, 625; *Krauß*, GA 1965, 173 ff., 178. Die grundsätzliche Diskussion über diese Rechtsfigur kann hier nicht aufgenommen werden.

⁴⁸ Stichworte: „neue Rechtsgutsbeeinträchtigung“, „erhebliche Vergrößerung des Schadens“; vgl. nur *Lackner*, vor § 52 Anm. VI, 1.

⁴⁹ Vgl. BGH b. *Dallinger*, MDR 1955, 269 (dazu auch BGHSt. 18, 324, 325); BGH, JZ 1968, 710, GA 1971, 83 (84); OLG Hamm, NJW 1974, 1958 und JMBINRW 1955, 236. — Aus der Literatur vgl. u. a. *Baumann*, Allg. Teil, 7. Aufl. 1975, 699; *Lackner*, a. a. O.; *Samson*, SK, vor § 52 Rz. 74; *Schönke-Schröder*, vor

ten bleibe (sozusagen „wiederauflebe“), wenn eine Verurteilung wegen der Haupttat — aus welchen Gründen auch immer — nicht möglich sei. Bezeichnend dafür ist z. B. die Begründung des BGH: „Die Nachtat wird nur dann und deshalb straflos gelassen, wenn und weil sie durch die *Strafe* für die Haupttat schon hinreichend gesühnt wird⁵⁰.“ Diese Verallgemeinerung, die hier bewußt vermieden wurde, ist deshalb recht problematisch, weil sich aus der Bewertungseinheit von Vor- und Nachtat auch ergeben kann, daß die Anschlußhandlung straflos bleibt, obwohl das Hauptdelikt — etwa infolge Verjährung oder fehlenden Strafantrags — nicht zur Verurteilung und Bestrafung führt⁵¹. Diese Möglichkeit muß bei der Entscheidung konkurrenzrelevanter Postpendenzfälle mitberücksichtigt werden; dem Angeklagten dürfen aus der Unbeweisbarkeit der Vortat keine Nachteile entstehen, die ein zweifelsfrei aufgeklärtes Geschehen nicht zur Folge hätte. Eine Nachtatbestrafung ist daher nur statthaft, wenn der vortatbezogene Beweismangel das einzige Hindernis für die Ahndung der Anschlußhandlung wäre: Ist das Folgedelikt sogar unter der Voraussetzung straflos, daß die *erwiesene* Haupttat als Urteilsgrundlage ausscheiden müßte, so kommt eine Verurteilung aus dem Nachtatsachverhalt nicht in Betracht. Es gilt deshalb der bereits von *Stree* formulierte Grundsatz: „Wegen der Nachtat darf der Täter im Falle einer möglichen Vortat nur dann verurteilt werden, wenn er auch bei festgestellter Vortat bestraft worden wäre⁵².“ Außerdem müssen etwaige Privilegierungen im Strafmaß beachtet werden, die aus der nachgewiesenen Haupttat resultieren; die Strafe für die Anschlußtat wird daher begrenzt durch das bei bewiesenem Hauptdelikt zulässige Maß⁵³. Mit diesen Vorbehalten trifft jedoch die Regel zu, daß ein „Non liquet“ in konkurrenzrelevanten Postpendenzsituationen die Möglichkeit eröffnet, auf die sonst konsumierte Anschlußhandlung zurückzugreifen⁵⁴. — Damit dürfte im übrigen schon

§ 73 Rz. 71; *Schröder*, JZ 1971, 142; *Stree*, In dubio pro reo, 1962, 28 f.; *Wessels*, 149; *Wolter*, 126 f. und GA 1974, 165.

⁵⁰ BGH b. Dallinger, a. a. O.; wiederholt in JZ 1968, 710; vorsichtiger in GA 1971, 84.

⁵¹ Das ist bekanntlich sehr umstritten. Hier kommt es nur darauf an, diese Möglichkeit im Lösungsmodell mitzuberücksichtigen.

⁵² Vgl. *Stree*, 29.

⁵³ *Stree*, a. a. O.

⁵⁴ Zu dem Sonderfall, daß die konsumierende „Vortat“ selbst immerhin „wahldeutig“ gesichert ist, weil sie ihrerseits aus einer unaufgelösten Alternative besteht, vgl. *Wolter*, 126 f., GA 1974, 164 f. Hier ist nach dem Grundgedanken der Konsumtion (bzw. Subsidiarität) der Rückgriff auf die sonst verdrängte Anschlußtat jedenfalls dann möglich, wenn eine Verurteilung aus der wahldeutigen Vortat an der Unzulässigkeit der (vortatbezogenen) Wahlfeststellung scheitert; denn auch in diesem Fall wird das Hauptdelikt als maßgebende Bewertungsgrundlage untauglich. Kann der Täter dagegen wegen der Vortat „wahldeutig“ verurteilt werden, so ist der Funktionszusammenhang zwischen Vor- und Nachtat zumindest dann nicht gestört, wenn das bei der Wahlfeststellung für die Strafzumessung maßgebliche Delikt mit der konsumierenden Vortat identisch ist: die Strafbarkeit wegen der Nachtat entfällt.

deutlich geworden sein, daß eine solche Lösung nicht gegen den Fundamentalsatz „in dubio pro reo“ verstößt oder doch dessen Einschränkung voraussetzt. Es handelt sich vielmehr — wie hier freilich nur in aller Kürze dargelegt werden kann — um einen speziellen *Anwendungsfall* dieser Maxime⁵⁵. Die Bestrafung der Nachtat beruht ja keineswegs auf der für den Angeklagten ungünstigen Unterstellung⁵⁶, daß er die Vortat *nicht* (als Täter) begangen hat, sondern folgt daraus, daß bereits unaufklärbare *Zweifel*, die eine Vortatbestrafung verhindern, zugleich die konkurrenzregulierende Funktion des Primärdelikts — seine „konsumierende Kraft“ — aufheben und damit den Rückgriff auf die bewiesene rechtswidrig-schuldhaftige Folgetat gestatten. Beachtet man die zuvor genannten Einschränkungen, so erwachsen dem Angeklagten aus dem „Non liquet“ keine Belastungen, die er nicht auch bei nachgewiesener Vortat — dem im Blick auf die *Nachtat* „günstigsten Fall“ — tragen müßte. Es bedeutet für ihn, insgesamt betrachtet, daher keinen Nachteil, wenn er in Konsequenz der ungeklärten Beweislage aus dem jedenfalls erwiesenen Folgesachverhalt wegen eines Delikts verurteilt wird, dessen Unrechts- und Schuldgehalt bei festgestellter Vortat durch deren Bestrafung mitabgegolten würde; „die Maxime ‚in dubio pro reo‘ bleibt vollauf gewahrt“⁵⁷.

Die Situation der „konkurrenzrelevanten“ Postpendenz, die somit eine eindeutige Verurteilung nach dem Prinzip „in dubio pro reo“ erlaubt, setzt freilich stets voraus, daß der nachgewiesene Haupttat-sachverhalt keinen Einfluß auf den *Tatbestand* des Folgedelikts hat: Schließt er ihn aus — z. B. deshalb, weil die Prämisse gilt, daß die Vortat-Mittäterschaft eine tatbestandliche Hehlereihandlung nicht mehr zuläßt —, so liegt kein „konkurrenz-“, sondern ein bereits „*tatbestandsrelevantes*“ Postpendenzproblem vor. Diese scheinbare Trivialität besagt zugleich, daß bei konkurrenzrelevanter Postpendenz — ganz unabhängig vom zweifelhaften Vortatgeschehen — immer der gesamte, in der gesetzlichen Verhaltensbeschreibung definierte Voraussetzungskomplex der Anschlußtat feststeht (ohne daß

⁵⁵ So auch *Stree*, 28 f.

⁵⁶ Siehe dazu o. S. 71.

⁵⁷ *Stree*, 29. — Der Grundsatz „in dubio pro reo“ zwingt in solchen Situationen nicht etwa dazu, bei der Beurteilung der Nachtat zugunsten des Angeklagten zu unterstellen, daß er die konsumierende Vortat *begangen* hat, während unter dem Aspekt der Vortat selbst vom Gegenteil ausgegangen wird (gegen solche „Unterstellungen“ treffend *Frisch*, *Henkel-Festschrift*, 1974, 275 f., 283; vgl. aber auch *Deubner*, *JuS* 1962, 21; *Hruschka*, *MDR* 1967, 266). Bei dieser Betrachtungsweise käme man über die Regel „Im Zweifel für den Angeklagten“ konsequenterweise zum Freispruch, der nur durch eine Wahlfeststellung abgefangen werden könnte. Indessen fordert das Prinzip „in dubio pro reo“ nur, das Non liquet nicht zum Nachteil des Angeklagten zu deuten. Diesem Gebot wird die hier vorgeschlagene Lösung am besten gerecht.

die vortatbezogene Ungewißheit seine Tatbestandsmäßigkeit in Frage stellt); es sind also notwendigerweise alle Momente bewiesen, die den vollständigen Deliktstypus der Nachtat ausmachen, und gerade darin liegt die materielle Rechtfertigung des eindeutigen Schuldspruchs.

Dieser durch die ungewißheitsneutrale Konstanz des Nachtatsachverhalts — die „einseitige Sachverhalts(un)gewißheit“ im strengen Sinn — charakterisierte Grundzug aller konkurrenzrelevanten Postpendenzsituationen, der sie logisch als Anwendungsfälle *echter* Postpendenz ausweist⁵⁸, soll zur besseren Verdeutlichung in Anlehnung an den logistischen Sprachgebrauch mit dem Attribut „*implikativ*“ gekennzeichnet werden⁵⁹ („echte“ oder „implikative“ Postpendenz). Damit wird die in der ungeklärten Beweislage enthaltene, darin gleichsam „eingeschlossene“ Gewißheit über die Voraussetzungen der Anschlußtat markiert, an der auch der Nachweis des Vortatsachverhalts — geschweige denn dessen Negation — nichts zu ändern vermag. Daß dies keine bloße terminologische Spielerei ohne Erkenntniswert ist, zeigt sich sofort, wenn man aus derselben methodischen Perspektive die tatbestandsrelevanten Postpendenzfälle unter die Lupe nimmt. Auch in dieser Fallgruppe sind Konstellationen denkbar, in denen die beschriebene „implikative“ Struktur unter veränderten dogmatischen Vorzeichen wiederkehrt („echte“ oder „implikative“ tatbestandsrelevante Postpendenz): Sie kennzeichnet nämlich diejenigen Anwendungsbeispiele der Postpendenz, deren Tatbestandsrelevanz *lediglich* darauf zurückgeht, daß das „an sich“ auch als Gesetzeskonkurrenz deutbare Rangverhältnis⁶⁰ der Straftaten bereits im Tatbestand des Folgedelikts definitiv entschieden wird, weil die Konstruktion der „tatbestandslosen Nachtat“ den Vorrang des Hauptdelikts ergibt, ohne daß sich die sonst unausweichliche Konkurrenzfrage stellt. In solchen Fällen besteht, unabhängig von dem (bewiesenen oder ungeklärten) Vorverhalten, eigentlich kein Zweifel daran, daß die im Gesetz geforderten Voraussetzungen der Anschlußstraftat — auch unter Berücksichtigung ihres tatbestandsspezifischen Bedeutungsgehalts — lückenlos erfüllt sind: Das Tatbestandsmanko resultiert

⁵⁸ Denn nur in Fällen dieser logischen Struktur gilt streng genommen die Funktion „zumindest q , vielleicht auch p “ (Hpq). Vgl. o. S. 68 Fn. 24.

⁵⁹ „Implikation“ bezeichnet in der modernen Logik einen Wahrheitswertfunktorktor, der inhaltlich als „das eine (p) nicht ohne das andere (q)“ zu deuten ist: „stets dann, wenn p , so auch q “. Symbol: „ Cpq “; Matrix: „1011“. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang gesagt, daß nach der Beweislage die Aussage „der Vortatsachverhalt (p) trifft zu“ auch für den Nachtatsachverhalt (q) richtig sein muß, ihn also unberührt läßt. Vgl. zur Implikation etwa *Bocheński-Menne*, 30 f.; *von Freitag-Löringhoff*, 167 ff.; *Klug*, 26 ff.; *E. von Savigny*, 61 f.

⁶⁰ Soll heißen: Das logische Verhältnis der Delikte läßt diese Deutung durchaus zu; dazu die weiteren Erläuterungen im Text.

allein daraus, daß diesen Merkmalen als negatives Element eine besondere, in ihnen nicht enthaltene *Einschränkung* hinzugefügt wird, die einen weiteren Tatsachenkomplex voraussetzt⁶¹; sie hat damit materiell konkurrenzregulierenden, nicht — wie die übrigen Tatbestandselemente — unrechts- und schuldtypisierenden Charakter.

In diese Kategorie „echter“, „implikativer“ Postpendenz gehören freilich nicht *alle* tatbestandsrelevanten Postpendenzfälle. Davon zu trennen sind diejenigen Konstellationen, die man mit dem Begriff der „unechten“ oder — logistisch gesprochen — „exklusiven“ Postpendenz charakterisieren kann⁶². Ihr Kennzeichen ist eine (oft verdeckte) „Unverträglichkeit“ von Vor- und Nachtatsachverhalt, die dazu führt, daß in Wahrheit *beide* Komplexe nicht zweifelsfrei aufgeklärt sind: Das festgestellte spätere Geschehen enthält nur scheinbar das vollständige Ensemble der im Gesetz definierten — deliktstypischen — Tatbestandsmerkmale; der gesamte, zur exakten Subsumtion benötigte Tatsachenstoff liegt vielmehr erst vor, wenn die Begehung des Hauptdelikts *ausgeschlossen* werden kann; er ist lückenhaft, solange darüber Ungewißheit herrscht. In solchen Fällen ist zwar ebenfalls eine „Nachtat“ (als Faktum) eindeutig festgestellt, während das mögliche Vorverhalten unbewiesen bleibt — deshalb kann die Einordnung als „Postpendenzfall“ beibehalten werden⁶³ —. Doch erbringen die gesicherten Feststellungen wegen der im Vortatbereich bestehenden Non-liquet-Situation nicht den *vollen*, stringenten Beweis einer deliktischen Anschlußhandlung. Dabei bezieht sich in dieser Fallgruppe der Zweifel an der Tatbestandsmäßigkeit der Nachtat

⁶¹ Eine der vielen Spielarten von „Negationen“ im Strafrecht. Dazu *Engisch*, Henkel-Festschrift, 1974, 47 ff., 71 ff.; *Minas-von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972.

⁶² „Exklusion“ oder „Unverträglichkeit“ bezeichnet in der modernen Logik eine Funktion, die inhaltlich durch Wendungen wie „höchstens eins, nicht beides“ oder „p und q sind nicht beide wahr“ umschrieben werden kann. Symbol: „Dpq“; Matrix: „0111“. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, daß bei zutreffendem Vortatsachverhalt (p) der Nachtatsachverhalt (q) nicht gegeben ist, und umgekehrt: beide sind „unverträglich“. Um Postpendenz im strengen Sinn handelt es sich deshalb eigentlich nicht mehr. Vgl. zur Exklusion näher *Bocheński-Menne*, 31 f.; *von Freitag-Löringhoff*, 166 f.; *Menne*, Art. „Exklusion“, Hist. Wb. Philos. II, 1972, 365, m. w. Hinw.

⁶³ Anders als bei „implikativer“ Postpendenz gilt hier zwar die Verknüpfung „Hpq“ sicher nicht mehr in dem Sinn, daß „q“ sämtliche Deliktsmerkmale der Nachtat bezeichnet; denn dies wäre ein eklatanter Widerspruch zu „Dpq“ — nicht freilich zu „Cpq“ —. Um eine der Postpendenz vergleichbare und deshalb dogmatisch in diesem Zusammenhang zu behandelnde Fallgruppe geht es aber insofern, als die Anschlußhandlung immerhin als tatsächlicher Vorgang nachgewiesen ist und damit wesentliche Elemente des Sachverhaltskomplexes „q“ gegeben sind.

nicht bloß, wie bei „implikativer Postpendenz“, auf eine konkurrenzregulierende tatbestandliche Einschränkung; er betrifft vielmehr die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen des tatbestandsmäßigen Verhaltens, den Deliktstypus selbst. Die „Sachverhaltungsgewißheit“, die eine „doppelte Rechtsnormungsgewißheit“ provoziert, ist deshalb, streng genommen, nicht mehr nur „einseitig“: auf den Vortatsachverhalt beschränkt, sondern „zweiseitig“: sie erfaßt auch das Nachtatgeschehen. Zur *dogmatischen* Differenz von tatbestands- und konkurrenzrelevanten Postpendenzfällen tritt damit — in der ersten Gruppe — die weitere, *logische* Unterscheidung zwischen „implikativen“ und „exklusiven“ Postpendenzkonstellationen.

Die zuletzt getroffene Differenzierung, deren Bedeutung für die Wahlfeststellungsproblematik noch zur Sprache kommen wird, verliert ihre hochgradige Abstraktheit und gewinnt anschaulichere Konturen, wenn man sie zunächst auf ein vergleichsweise simples Beispiel anwendet: die „tatbestandslose Zweitzueignung“. Wird der Standpunkt von BGHSt. 14, 38 (42 ff.) akzeptiert, daß eine „weitere Betätigung des Herrschaftswillens“ nach vorangegangener deliktischer Zueignung nicht mehr den Tatbestand der Unterschlagung verwirklicht⁶⁴, so kann dies auf zweifache Weise begründet werden. Einmal bietet sich die Überlegung an, daß bereits der Begriff „Zueignung“ i. S. des § 246 StGB nur die „Herstellung der Herrschaft über die Sache“, nicht aber die „bloße Ausnutzung dieser Herrschaftsstellung“ erfaßt⁶⁵. Danach setzt der Zueignungsbegriff *mehr* voraus als lediglich die manifestierte Inanspruchnahme einer Quasi-Eigentümerposition durch „Betätigung des Herrschaftswillens“: er verlangt darüber hinaus einen auf die *Begründung* der eigentümerähnlichen Stellung gerichteten Willensakt. Von dieser Warte aus ist z. B. die spätere Verwertung einer Sache, die sich der Täter durch einen Betrug zugeeignet hatte, überhaupt kein „Zueignungsunrecht“; nur der erste Akt, die Ausschaltung des Berechtigten, kann als Objektivierung des Zueignungswillens interpretiert werden. Ganz anders ist die dogmatische Situation, sofern man mit der wohl herrschenden Auffassung begrifflich die „Wiederholbarkeit“ der Zueignung für möglich hält, also auch Handlungen, die der eigentlichen Herrschaftsbegründung nachfolgen, als unrechtstypische Zueignungsakte qualifiziert⁶⁶. Bei diesem Ansatzpunkt kann die Tatbestandsindifferenz der „weiteren Zueignung“ nur verneint werden, wenn in den Unterschlagungstatbestand eine besondere, im nunmehr extensiv verstandenen Deliktstypus selbst nicht enthaltene *Einschränkung* aufgenommen wird, die das Konkurrenzverhältnis zu den sonstigen Vermögensdelikten

⁶⁴ Vgl. dazu die Hinw. o. S. 73 Fn. 42, 43.

⁶⁵ So z. B. die Begründung des BGH in BGHSt. 14, 38 (43). In dieser Richtung z. B. auch *Maiwald*, 263 ff.; *Otto*, 112, 114; *Schünemann*, JuS 1968, 117 ff.

⁶⁶ Vgl. insbes. *Bockelmann*, JZ 1960, 624; *Eser*, 67 f.; *Schröder*, JR 1960, 308 f.; ebenso neuerdings *Krey*, 59 f.

reguliert⁶⁷. — Ist nun die mögliche Vortat — etwa ein Betrug — nicht erwiesen, während die spätere, als Unterschlagung in Frage kommende Manifestation des Herrschaftswillens feststeht, so liegt je nach der Argumentation, aus der die Tatbestandslosigkeit der „Zweitzueignung“ abgeleitet wird, entweder ein „exklusiver“ (unechter) oder ein „implikativer“ (echter) Postpendenzfall vor. Um „exklusive“ Postpendenz handelt es sich, wenn mit der zuerst genannten Auffassung allein die *Begründung* der eigentümerähnlichen Sachherrschaft als Zueignungsunrecht qualifiziert werden darf: Infolge des im Vortatbereich bestehenden Beweismangels ist dann *zugleich* ungeklärt, ob der festgestellte Sachverhalt der Anschlußtat überhaupt die Voraussetzungen einer Zueignungshandlung erfüllt; denn dafür ist erforderlich, daß ein herrschaftsbegründendes Primärdelikt, das die Nachtat zu einem Akt tatbestandsloser Herrschaftsnutzung oder -festigung degradieren würde, nach der Beweissituation ausgeschlossen werden kann. Mit einem Fall „implikativer“, „echter“ Postpendenz haben wir es dagegen zu tun, wenn man die Tatbestandsindifferenz der „wiederholten Zueignung“ auf eine im Unterschlagungstatbestand mitenthaltene konkurrenzregulierende Einschränkung zurückführt, die das deliktstypische Zueignungsunrecht nicht berührt. Welche Klassifizierung zutrifft, ja ob es überhaupt um ein Tatbestandsproblem und nicht vielmehr um eine Konkurrenzfrage geht, muß hier offen bleiben; die Diskussion darüber fortzusetzen, ist nicht mehr die Aufgabe dieser Untersuchung.

Damit ist eine Basis gewonnen, von der aus wir uns jetzt — zur Vorbereitung der späteren, dem Wahlfeststellungsproblem geltenden Überlegungen — der Frage zuwenden können, wie unser *Ausgangsbeispiel* in das Koordinatensystem der Postpendenzfälle einzuordnen ist. Wird anerkannt, daß die Vortat-Mittäterschaft bereits den Tatbestand des § 259 StGB ausschließt, so kann dieser Befund verschiedene Gründe haben. Der BGH hat ihn in dem bekannten Beschluß des Großen Senats vom 20. 12. 1954 (BGHSt. 7, 134) aus der These abgeleitet, daß wesentliche Elemente des Hehlereitattbestandes mit einer täterschaftlichen Vortatbeteiligung *logisch-begrifflich* unvereinbar seien. Zunächst fehle in diesem Fall das für die Hehlerei konstitutive Moment des „einverständlichen Zusammenwirkens mit dem Vortäter“: „Der Täter wie der Mittäter der Vortat kann . . . nicht mit

⁶⁷ Auch in dieser Richtung wird in BGHSt. 14, 38 argumentiert, wenn auf den „Sinnzusammenhang der Tatbestände“ verwiesen wird, der es verbiete, die weitere Betätigung des Herrschaftswillens „als gewissermaßen selbständigen Zueignungsakt“ zu beurteilen (43). Noch deutlicher heißt es an späterer Stelle (46), es könne nicht der Sinn des Unterschlagungstatbestandes sein, neben allen mit Zueignungsabsicht begangenen Vermögensdelikten „zusätzlich angewendet zu werden“. — Für die Annahme einer konkurrenzregulierenden Tatbestandseinschränkung der Sache nach ebenfalls *Eser*, 67 f.; *Krey*, 59 f.; wohl auch *Schünemann*, a. a. O., 119.

sich selbst als Hehler einverständlich zusammenwirken.“⁶⁸ Da ferner auch der Mittäter die Verfügungsgewalt über die Sache schon durch die Vortat erlangt habe, komme für ihn ein hehlerischer *Erwerb* dieser Position nicht mehr in Betracht. „Täter und Mittäter können somit tatbestandsmäßig nicht Hehler sein.“⁶⁹ Diese Argumentation hätte, wäre sie in der behaupteten Allgemeingültigkeit richtig, bei ungeklärter Vortat-Mittäterschaft stets eine „exklusive“, „unechte“ Postpendenzsituation zur Folge; denn elementare tatbestandliche Voraussetzungen einer Hehlereihandlung wären dann nicht nachgewiesen. Doch steht die Logik der BGH-Entscheidung auf recht schwachen Füßen. Das erste Argument des BGH trifft nur auf den *Alleintäter* des Hauptdelikts zu⁷⁰. Gewiß kann auch der Mittäter ebensowenig wie jener „mit sich selbst“ hehlerisch zusammenwirken. Das Kollusionserfordernis wird indessen durch das Einvernehmen mit dem *anderen* Mittäter⁷¹, der ja ebenfalls „Vortäter“ ist, zwanglos erfüllt. Auch das zweite Argument des BGH, der Hinweis auf die bereits durch die Vortatbeteiligung erworbene *Verfügungsmacht* des Mittäters, liefert nur eine partiell tragfähige Begründung für den Tatbestandsausschluß. Einmal bezieht es sich lediglich auf diejenigen Handlungsmodalitäten des § 259 StGB, die den Erwerb einer derartigen Herrschaftsposition typisieren⁷²; das „Mitwirken zum Absatz“ gehört anerkanntermaßen nicht dazu⁷³. Daß die vom Mittäter erlangte Verfügungsgewalt eine Absatzförderung zugunsten eines anderen Vortäters nicht zwingend ausschließt, ist nachgerade evident; nur wenn diese Unterstützung allein im *eigenen* Interesse erfolgt, scheidet die — ihrer Struktur nach fremdnützige — Begehungsweise der Absatzhilfe aus⁷⁴. Dies gilt entsprechend für die tatherrschaftlich-selbständige Absatztätigkeit des Mittäters: das „Absetzen“ i. S. des § 259 I StGB n. F.⁷⁵. Hinzu kommt, daß der Mittäter kraft seiner

⁶⁸ Vgl. BGHSt. 7, 134 (137). Zustimmung *Eser*, 202; *Otto*, 324.

⁶⁹ Vgl. BGH, a. a. O.

⁷⁰ Sofern man das Sonderproblem des Rückerwerbs vom Zwischenmann ausklammert; vgl. o. S. 71 Fn. 36.

⁷¹ Oder — bei einer Mehrzahl von Tätern — mit den weiteren Mittätern.

⁷² Nach § 259 I StGB a. F. das „Ansiehbringen“ und seine Unterfälle, nach der Neufassung das „Verschaffen“ und „Ankaufen“. Dabei gilt freilich für die „Drittverschaffung“ das Argument des BGH nur dann, wenn man diese Begehungsform als Modalität der Begründung eigener Verfügungsgewalt auffaßt.

⁷³ Vgl. nur *Lackner*, § 259 Anm. 4 b.

⁷⁴ Sie muß — zumindest auch — in fremdem Interesse geleistet werden. Vgl. BGHSt. 9, 137 (138); 23, 36 (38); OLG Hamm, NJW 1972, 835; *Lackner*, a. a. O.; *Stree* in *Schönke-Schröder*, 18. Aufl. 1976, § 259 Rz. 34.

⁷⁵ Zur Absatzförderung nach § 259 I StGB n. F. vgl. *meinen* Aufsatz JuS 1975, 633 ff.

Beteiligung an der Vortat nicht notwendig schon die „Verfügungsmacht“ über das Hehlereibjekt erwirbt; ob und wann er sie erhält, richtet sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, hängt z. B. von der jeweiligen Arbeitsteilung unter den Komplizen ab und läßt sich daher nicht generell entscheiden. Ein „hehlerischer“ Erwerb der Sache wird deshalb durch die Mittäterschaft allein keineswegs ausgeschlossen. Daß der Vortaterfolg nach § 25 II StGB allen Mittätern zugerechnet wird, ändert daran nichts: Diese — auf das Primärdelikt beschränkte — normative Zurechnungsregel vermag keine Verfügungsgewalt zu begründen, die tatsächlich (noch) nicht besteht⁷⁶! Die Argumentation des BGH erlaubt somit nur die vorsichtig differenzierende Schlußfolgerung, daß es Situationen gibt, in denen der Mittäter der Vortat den Hehlereitattbestand „begrifflich“ nicht verwirklichen kann; ein allgemeingültiges Unvereinbarkeitsprinzip ist damit nicht gewonnen⁷⁷. — § 259 I StGB n. F. setzt nun allerdings ausdrücklich voraus, daß „ein anderer“ die Vortat begangen und dadurch die Sache erlangt hat⁷⁸. Daraus könnte man schließen, daß jedenfalls nach neuem Recht der Mittäter der Haupttat gar nicht mehr vom Hehlereitattbestand erfaßt wird⁷⁹. Doch wäre dies ein Trugschluß, der exakter logischer Kritik nicht standhält. Denn auch ein *weiterer* Vortäter ist, wie § 257 I, III StGB indirekt bestätigt, im Verhältnis zum Hehler „ein anderer“⁸⁰: Das Gesetz verlangt nur — positiv —, daß die Vortat von einer Person begangen wird, die mit dem Subjekt der hehlerischen Betätigung („wer“) nicht identisch ist; es eliminiert damit lediglich den *Alleintäter* des Primärdelikts. Dagegen sagt der Eingangspassus des § 259 I StGB nichts darüber aus, ob das Tatbestandssubjekt „wer“, wenn ein „anderer“ Vortäter vorhanden ist, die Vortat auch selbst (mit)verübt haben darf oder nicht — diese Möglichkeit bleibt im Gesetzestext offen, wird folglich nicht negiert⁸¹. Die gesetzliche Formulierung ist ein typisches Beispiel für eine — logistisch

⁷⁶ Nicht zustimmen kann ich daher dem Gedanken von *Otto*, 323: „die Konstruktion der Mittäterschaft beruht auf der Vorstellung, daß in einem bestimmten Bereich mehrere Personen als eine einzige angesehen werden (?), und daher wird fingiert (?), daß alle Mittäter durch die Tat Verfügungsmacht über die Beute erhalten“.

⁷⁷ In dieser Richtung mit Recht schon *H. Mayer*, JZ 1953, 86.

⁷⁸ In der alten Fassung war nur von Sachen die Rede, die „mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind“.

⁷⁹ So *Krey*, 153 f.; *Stree*, a. a. O., § 259 Rz. 54. Vgl. auch *Lackner*, § 259 Anm. 7.

⁸⁰ Vgl. auch *Blei*, JA 1974, 528; *Rudolphi*, SK, Anh. § 55 Rz. 25; *Wolter*, GA 1974, 168, 174.

⁸¹ Erst aus dem Sinngehalt der einzelnen Tatbestandsmodalitäten („Verschaffen“ usw.) ergibt sich, wie gezeigt wurde, von Fall zu Fall die Unvereinbarkeit von Mittäterschaft und Hehlerei.

ausgedrückt — „präpendente“ wahrheitsfunktionale Verknüpfung, einen teilweise „unausgefüllten“ zweistelligen Aussagenkomplex, der nur das erste Glied der Kombination als notwendig gegeben („wahr“) ausweist und den „Wahrheitswert“ des zweiten dahingestellt läßt⁸². Die Folgerung, daß der Mittäter den Hehlereitatenbestand schon deshalb nicht verwirklichen könne, weil er ebenfalls Vortäter sei, hätte indessen ein „postsektive“ Aussagenkombination dieses Inhalts zur Prämisse⁸³, die in der bloßen Bezugnahme auf das Vorverhalten „eines anderen“ jedoch nicht enthalten ist. Somit bleibt es dabei, daß Vortat-Mittäterschaft und Hehlerei nicht bereits aufgrund der Tatbestandsstruktur des § 259 I StGB schlechthin unvereinbar sind. Da schließlich auch die Eigenart des materiellen Hehlereitatenrechts nicht zur Korrektur dieser Diagnose zwingt — der Mittäter kann ebenso wie ein Außenstehender die rechtswidrige Vermögenslage „perpetuieren“⁸⁴ —, läßt sich die tatbestandsausschließende Wirkung mittäterschaftlicher Vortatbeteiligung, soweit nicht im Einzelfall Gründe logischer Inkompatibilität dafür maßgeblich sind, nur auf ein ungeschriebenes „*konkurrenzregulierendes*“ Element des Hehlereitatenbestandes zurückführen: Auch die an sich deliktstypische „Perpetuierungshandlung“ des Mittäters wird danach, weil sie ohnedies hinter der von ihm zu verantwortenden primären Rechtsgutsverletzung als „straflose Nachtat“ zurücktreten müßte, schon auf der Tatbestandsebene ausgeschieden. Gegenüber der dogmatisch ebenfalls möglichen Konkurrenzlösung⁸⁵ dürfte diese heteronome Einschränkung des Deliktstatbestandes, deren grundsätzliche Problematik hier nicht ausführlich diskutiert werden kann, den Vorzug verdienen. Denn sie gestattet eine deliktssystematisch *einheitliche* Regelung aller Konstellationen, in denen der „Hehler“ straflos bleibt, weil er als Allein- oder Mittäter an der Vortat beteiligt war, und vermeidet damit die sonst notwendige — gleichermaßen subtile wie praktisch ineffektive — Differenzierung von Fall zu Fall.

⁸² Die Aussage des Gesetzestextes hat m. a. W. lediglich den Inhalt: Jedenfalls muß eine vom Hehler („wer“) verschiedene Person die Vortat begangen und dadurch die Sache erlangt haben, gleichgültig, ob auch der Hehler Vortäter ist. Zur Präpendenz vgl. *Bocheriski-Menne*, 29, 35, sowie o. S. 68 Fn. 24. Symbol: „Ipq“; Matrix: „1100“.

⁸³ Die Aussage des Gesetzestextes müßte also etwa lauten: Die Vortat muß eine vom Tatbestandsubjekt („wer“) verschiedene Person begangen haben — wie o. Fn. 82 —, und jenes Subjekt darf nicht außerdem Täter der Vortat sein. Zur Postsektion („p und nicht q“) vgl. etwa *Bocheriski-Menne*, a. a. O.; *Klug*, 35 f. (Funktion 15). Symbol: „Lpq“; Matrix: „0100“.

⁸⁴ Zur herrschenden „Perpetuierungstheorie“ vgl. die Hinw. in meinem Aufsatz *JuS*. 1975, 635 Fn. 19, 20.

⁸⁵ Vgl. o. S. 72 Fn. 40.

Akzeptiert man dies, so ergibt sich für unser Ausgangsbeispiel, daß wir es mit einem „tatbestandsrelevanten“ Postpendenzfall zu tun haben, der jedenfalls nicht notwendigerweise „exklusiv“ strukturiert ist. Wie sich gezeigt hat, ist ja die hehlerische Absatzhilfe mit einer Vortatbeteiligung als Mittäter keineswegs begrifflich unvereinbar. Solange trotz der vortatbezogenen Sachverhaltensungewißheit immerhin feststeht, daß der zum Absatz beitragende oder ihn weitgehend selbständig durchführende potentielle Mittäter nicht ausschließlich im eigenen Interesse gehandelt hat, liegt daher eine „implikative“ Postpendenzsituation vor: es besteht lediglich Unsicherheit darüber, ob die Voraussetzungen einer konkurrenzregulierenden Tatbestandseinschränkung gegeben sind. Nur wenn infolge der möglichen Mittäterschaft des „Hehlers“ auch Zweifel an der (zumindest partiellen) Fremdnützigkeit seiner Absatzbemühungen aufkommen, schlägt die „implikative“ in eine „exklusive“, unechte Postpendenzlage um, weil dann die gesetzlichen Mindestanforderungen der einschlägigen Hehlereimodalität nicht zweifelsfrei erfüllt sind. In unserem Modellfall ist dies letztlich eine Tatfrage, die wohl im Sinne der ersten Alternative zu beurteilen sein wird, sich jedoch am grünen Tisch nicht abschließend beantworten läßt.

Gehören solche Postpendenzsituationen in den Anwendungsbereich der *Wahlfeststellung*?⁸⁶ Diese Klassifizierung erscheint zumindest bei der „implikativen“ Variante wenig befriedigend, weil hier alle deliktstypischen Elemente der Anschlußtat einwandfrei nachgewiesen sind. Ist es aber dann noch sinnvoll, die Entscheidung über Bestrafung oder Freispruch von einem materiellrechtlichen Bewertungsmaßstab — etwa der normativ-psychologischen Vergleichbarkeit der Delikte — abhängig zu machen? Sollte nicht in jedem Fall eine Verurteilung wegen der Nachtat möglich sein?⁸⁷ — *Hruschka*, der „Entdecker“ der strafrechtlichen Postpendenzfälle, deren tatbestandsrelevante Spielarten er allerdings nicht deutlich unterscheidet, hält ihre Einordnung in die Wahlfeststellungskategorie nicht nur für unbefriedigend, sondern sogar für schlechthin *unzulässig*; denn es fehle eine Grundvoraussetzung jeder statthaften „Wahlfeststellung“: die logische „*Alternativität*“ der jeweiligen Sachverhalte⁸⁸. Damit ist ein wichtiger Aspekt des eingangs erwähnten prozessualen Begrenzungsproblems angesprochen. *Hruschka* beruft sich für seine Auffassung vor

⁸⁶ Dafür die Rechtsprechung: vgl. z. B. BGHSt. 23, 360 (361); BGH, DRiZ 1972, 30; BGH, NJW 1974, 804; OLG Hamm, JMBiNRW 1967, 139, NJW 1974, 1958. Aus der Literatur vgl. *Blei*, JA 1971, 246, 648 f.; *Schröder*, JZ 1971, 142; *Stree* in *Schönke-Schröder*, § 259 Rz. 54; im Ansatz auch *Wolter*, 125 f. und GA 1974, 166 f.

⁸⁷ Dafür insbes. *Hruschka*, JZ 1970, 638, 640 f., NJW 1971, 1392 ff.; weitgehend konform damit, aber einschränkend *Rudolphi*, SK, Anh. § 55 Rz. 25 f.

⁸⁸ Vgl. *Hruschka*, a. a. O. — Ein „Verhältnis ausschließlicher Alternativität“ fordert z. B. auch *Tröndle*, LK, nach § 2 Rz. 6.