

**Günther Jakobs · Strafrecht, Allgemeiner Teil**



# Strafrecht Allgemeiner Teil

Die Grundlagen und die Zurechnungslehre  
Lehrbuch

von  
Günther Jakobs



Walter de Gruyter · Berlin · New York 1983

Dr. *Günther Jakobs*, o. Professor für Strafrecht und Strafprozeßrecht  
an der Universität Regensburg

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Jakobs, Günther:**  
Strafrecht, Allgemeiner Teil : die Grundlagen u. d.  
Zurechnungslehre. Lehrbuch / von Günther Jakobs. — Berlin;  
New York: de Gruyter, 1983.  
ISBN 3-11-009700-1

© Copyright 1983 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung,  
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp.,  
1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, 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: H. Heenemann GmbH & Co, 1000 Berlin 42. — Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, 1000 Berlin 61.

## Vorwort

Als *Hans Welzel* mir kurz vor seinem Tod den Auftrag gab, den Allgemeinen Teil seines Lehrbuchs (Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage 1969) für eine Neuauflage zu bearbeiten, war ihm bekannt, daß er damit dieses Werk einem häresieverdächtigen Schüler anvertraute. Da zudem *Welzel* genauer als andere wußte, daß die Gegenstände der Wissenschaft nicht wie Antiquitäten nach Herkunft und Alter, sondern nach ihrer Ertragskraft zu handeln sind, und da ihm stets weniger an einzelnen Topoi als am systematischen Zusammenhang gelegen war, ging ich von Anfang an davon aus, tief in die Substanz seiner Lehren eingreifen zu dürfen, wenn das zur Herstellung eines heute ertragsfähigen Systems erforderlich sein sollte. Freilich nahm ich an, so viel alte Substanz übernehmen zu können, daß sein Lehrbuch erkennbar bleiben würde. Diese Annahme war, wie ich bald feststellte und wie nunmehr das vorliegende Buch zeigt, ein krasser Irrtum.

Das Buch beginnt freilich mit einer Anknüpfung an *Welzel*, scil. an seine Lehre, das Strafrecht habe die Geltung „positiver sozialetischer Aktwerte“ zu sichern (aaO S. 2). So muß man ansetzen, wenn man die Wirkungen des Strafrechts nicht nur — wie Sommer und Winter — als natürliche Vorgänge, sondern — wie Rede und Antwort — als gesellschaftliche Vorgänge verstehen will. Bei dieser Sicht besteht die Aufgabe der Strafrechtsdogmatik darin, die Sätze zu entwickeln, die man braucht, um der Straftat als einer bedeutungshaltigen Tat (einer Tat mit expressivem Gehalt) durch einen bedeutungshaltigen Akt zu widersprechen. Dieser Widerspruch ist nach einer Tat erforderlich, um die vom Täter desavouierte Normgeltung wiederherzustellen. Wie eine äußerliche Verletzung die Erscheinungsform der *Normverletzung* ist, so ist die Strafe die Erscheinungsform, in der eine *Normstabilisierung* stattfindet.

Hier trennen sich die Wege. Die ontologisierende Strafrechtsdogmatik zerbricht, und zwar gründlicher, als sie überhaupt je bewußt etabliert worden ist. Nicht nur die Begriffe Schuld und Handlung (und viele weitere auf geringerem Abstraktionsniveau), denen die Strafrechtsdogmatik immerhin ausdrücklich ein Wesen oder — verwaschener — eine (sachlogische, vorrechtliche) Struktur zuerkannt hat, werden zu Begriffen, von denen sich ohne Blick auf die Aufgabe des Strafrechts schlechthin nichts sagen läßt, sondern selbst der Begriff des Subjekts, dem zugerechnet wird, erweist sich als ein funktionaler Begriff. Damit soll nicht behauptet werden, nunmehr sei mit der Aufgabe des Strafrechts ein Punkt gefunden, mit dessen Hilfe dogmatische Sätze ein für allemal fixiert werden könnten. Im Gegenteil, jeder strafrechtsdogmatische Satz leidet an sämtlichen Unsicherheiten, an denen die Verständigung über die Aufgabe von Strafrecht leidet. Die Abhängigkeit ist freilich nicht einseitig: Aus der Verständigung über dogmatische Sätze kann auf die Aufgabe von Strafrecht zurückgeschlossen werden. Die hohe Dichte der systematischen Verknüpfung des Schuldbegriffs mit der Strafzwecklehre (positive Generalprävention) mag als Beleg für die Gegenseitigkeit dienen.

Setzt man bei der Aufgabe des Strafrechts an und nicht beim Wesen (oder bei der Struktur) der Gegenstände von Strafrechtsdogmatik, so führt das zu einer (Re-)Normativierung der Begriffe. Ein Subjekt ist bei dieser Sicht nicht, wer ein Ereignis bewirken oder hindern kann, sondern wer dafür zuständig sein kann. Ebenso verlieren die

## Vorwort

Begriffe Kausalität, Können, Fähigkeit, Schuld u. a. m. ihren vorrechtlichen Inhalt und werden zu Begriffen für Stufen von Zuständigkeiten. Diese Begriffe geben dem Strafrecht keine Regelungsmodelle vor, sondern entstehen erst im Zusammenhang strafrechtlicher Regelungen. Selbst die Annahme, zumindest nach dieser Entstehung müsse sich der Begriff auf ein homogenes vorrechtliches Substrat beziehen (auf Bewirken, Wollen, Kenntnis etc.), erweist sich als (naturalistisches) Mißverständnis. Bei der (Re-) Normativierung geht es nicht darum, losgelöst vom gesellschaftlichen Zusammenhang Normensysteme zu entwerfen (was man freilich auch unternehmen kann); vielmehr gelten die Bemühungen dem Strafrecht in einer Gesellschaft der vorhandenen Gestalt, ohne daß freilich auf Ansprüche gegenüber der Wirklichkeit verzichtet würde. Ziel ist die optimale (nicht stets restlos gelingende) Systematisierung des *geltenden* Strafrechts. Deshalb findet sich hier auch kein Lösungsvorschlag, der nicht praktikabel wäre.

Bei der normativen Sicht verschwinden einige Probleme, die von der traditionellen Dogmatik durch den steten Blick auf den Seinszusammenhang (oder Strukturzusammenhang) erzeugt werden. Neben zahlreichen Harmonisierungen im Schuldbegriff verliert insbesondere die Entgegensetzung von Begehungsdelikten und Unterlassungsdelikten an Schärfe; *beide* beruhen auf Organisationszuständigkeit oder auf institutioneller Zuständigkeit. Dabei hängen vom aktuellen Stand der Organisation des Subjekts als psychophysisches System (Handeln oder Unterlassen) nur eher zweitrangige Probleme ab. Erhebliche Neuordnungen ergeben sich ferner an zahlreichen anderen Stellen, etwa bei der objektiven Zurechnung, bei der Teilnahmelehre oder bei Einzelfragen der Rechtfertigung.

Das Buch ist ein Lehrbuch in dem Sinn, daß in ihm eine Lehre entwickelt wird. Hier wird nicht sogleich die Ernte eingebracht, sondern erst einmal geackert. Da die Teilnahme an der Entwicklung einer Lehre die einzige Möglichkeit ist, Strafrechtswissenschaft zu lernen, richtet sich das Buch trotz seines für Anfänger recht hohen Schwierigkeitsgrads auch an Studenten. Notfalls müssen sie eben manches dreimal oder häufiger lesen. Dafür werden sie danach nicht nur wissen, wie man „gefestigte“ oder gar „herrschende“ Lehren in die Scheuern bringt. Die vorhandenen Theorien werden hier allerdings nicht übergangen. Vielmehr ist der große Umfang des Buchs auch eine Folge des intensiven Bemühens, den Stand der Diskussion zu referieren und zu belegen. Das geschieht sowohl zur Information des Lesers als auch — mehr noch — deshalb, weil die eigenen Ansichten erst in der Auseinandersetzung mit den vorhandenen Lehren entstehen.

Das Manuskript wurde am 15. November 1982 abgeschlossen. Von der Literatur, die mir seitdem bekanntgeworden ist, nenne ich ergänzend: zu den Straftheorien, hauptsächlich zu Hegel, *W. Schild* Strafe — Vergeltung oder Gnade? *SchwZStr.* 99 (1982) S. 364 ff (zu 1/21, auch zu 17/41); zu den neueren absoluten Theorien *Armin Kaufmann* Die Aufgabe des Strafrechts, in: *ders.* Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 263 ff (zu 1/22 ff); zur Generalprävention, hauptsächlich zur negativen Generalprävention, *V. Vanberg* Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982 (zu 1/27 ff); zur Spezialprävention in der durch *v. Liszt* geprägten Gestalt *H. Schöch* Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie, *ZStW* 94 S. 864 ff (zu 1/36 ff); zur *Défense Sociale* *H. Schulz* Alternativen zum Schuldstrafrecht, *JA* 1982 S. 532 ff (zu 1/46); zum Handlungsbegriff und zum objektiven Tatbestand *U. Kindhäuser* Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, *GA* 1982 S. 477 ff (zu 6/1 ff; 7/1 ff); zu den erfolgsqualifizierten Delikten *G. Küpper* Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982 (zu 9/30 ff); zum Widerstandsrecht *Th. Blank* Die strafrechtliche Bedeutung des

## Vorwort

Art. 20 IV GG (Widerstandsrecht), 1982 (zu 15/1 ff); zur Beteiligung an einer Selbsttötung *W. Bottke* Suizid und Strafrecht, 1982 (zu 21/56 ff, 78 ff, 97 ff, 114; 29/53 ff, 106); zur psychischen Beihilfe *H.-J. Rudolphi* Urteilsanmerkung, StV 1982 S. 518 ff (zu 22/36); zur Beteiligung durch Unterlassen *O. Ranft* Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94 S. 815 ff (zu 29/101 ff).

Meine Mitarbeiter haben mich mit Leistungen unterstützt, die über das Pflichtgemäße weit hinausgehen. Die Herren Richter *Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg*, Assessor *Dr. Gerhard Timpe* und Referendar *Karl Nußstein* haben das Manuskript engagiert durchgearbeitet und durch Anregungen und Kritik zur Verbesserung beigetragen. Ihnen gebührt nicht nur Dank, sondern steht das Recht zu, ihre Beiträge als ihr Eigentum zu reklamieren. Insbesondere ist Herr *Timpe* für die vorliegende Gestalt der Abschnitte zur Beteiligung und zum Verbotsirrtum mit zuständig. Den Genannten wie zudem Frau stud. jur. *Cornelia Boll* und Herrn Referendar *Peter Worm* danke ich auch für Hilfe bei den Korrekturen.

Weiterhin danke ich den Teilnehmern meiner Seminare und meinen Hörern, die eine allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden stimuliert haben.

Besonders danke ich Herrn *Dr. H. Hassenpflug* vom Verlag Walter de Gruyter, der es trotz der Metamorphose, die *Welzels* Strafrechtslehrbuch zu dem jetzt vorliegenden Buch durchmachte, nicht an ermunterndem Zuspruch hat fehlen lassen.

Regensburg  
am Neujahrstag 1983

*Günther Jakobs*





# Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Abkürzungen, einschließlich der abgekürzt zitierten Literatur . . . . . XXIII

## 1. BUCH

### Die Grundlagen

#### 1. KAPITEL

##### Das staatliche Strafen

<i>1. Abschnitt: Der Inhalt und die Aufgabe des staatlichen Strafens</i> . . . . .	1
I. Der Begriff der Strafe . . . . .	3
II. Die Theorie der positiven Generalprävention . . . . .	4
A. Die Notwendigkeit sicherer Normgeltung . . . . .	4
B. Die Öffentlichkeit des Konflikts . . . . .	6
C. Die Bedeutung der Strafe . . . . .	6
D. Die Konflikterledigung ohne Strafe . . . . .	8
E. Ergebnis . . . . .	8
III. Die absoluten Theorien . . . . .	9
A. Die Vergeltungstheorien . . . . .	9
B. Die Sühnethorie . . . . .	13
IV. Die relativen Theorien (die Präventionstheorien) . . . . .	13
A. Die Generalpräventionstheorien . . . . .	13
B. Die Spezialpräventionstheorien . . . . .	16
1. Die generelle Problematik . . . . .	16
2. Die Verletzung des Tatprinzips . . . . .	17
3. Neuere Konzepte . . . . .	19
V. Die Vereinigungstheorien . . . . .	20
VI. Anhang: Die Aufgaben der Maßregeln der Besserung und Sicherung . . . . .	22
A. Theorien der Maßregeln . . . . .	23
B. Die Differenzierung der Maßregelfunktion . . . . .	24
<i>2. Abschnitt: Die materielle Legitimation des Strafrechts</i> . . . . .	26
I. Das Bezugsniveau des Strafrechtsschutzes: Normen als Strafrechtsgut . . . . .	27
II. Materielle Legitimation des Strafrechts durch Rechtsgüterschutz? . . . . .	30
A. Allgemeine Probleme . . . . .	30
B. Der Begriff des Rechtsguts . . . . .	31
C. Nicht auf Rechtsgüter bezogene Normen . . . . .	33
III. Kritik der Lehre vom Rechtsgüterschutz . . . . .	36
IV. Subsidiarität des staatlichen Strafens? . . . . .	38
<i>3. Abschnitt: Die Abgrenzung der staatlichen Strafe von anderen Reaktionen öffentlichen Rechts</i> . . . . .	39
I. Die Ordnungswidrigkeiten . . . . .	39
A. Die historische Entwicklung . . . . .	40
B. Der gegenwärtige Stand . . . . .	42

## Inhaltsverzeichnis

II. Die Disziplinarmaßnahmen . . . . .	45
A. Die Notwendigkeit von Disziplinarmaßnahmen . . . . .	45
B. Die Abgrenzung und die Behandlung von Überschneidungen . . . . .	47
III. Die Ordnungs- und Zwangsmittel nach den Prozeßordnungen . . . . .	50

### 2. KAPITEL

#### Der Grundsatz der Gesetzesbindung und die Geltung des Strafrechts

4. <i>Abschnitt</i> : Die Gesetzesbindung und die zeitliche Geltung . . . . .	51
I. Die Funktion des Grundsatzes der Gesetzesbindung . . . . .	51
A. Der Meinungsstand . . . . .	52
B. Die Gesetzesbindung als Objektivitätsgarantie . . . . .	55
II. Die einzelnen Wirkungen des Grundsatzes der Gesetzesbindung . . . . .	57
A. Die Gesetzlichkeit der Bestimmung . . . . .	59
B. Die Bestimmtheit des Gesetzes . . . . .	60
1. Die Relativität der Bestimmtheit zum Regelungsgegenstand . . . . .	60
2. Die Notwendigkeit von Vorannahmen des Interpreten zum Regelungsgegenstand . . . . .	62
3. Die Folgerungen für den Gesetzgeber . . . . .	64
4. Die Folgerungen für den Gesetzesanwender . . . . .	68
a) Das Problem des Generalisierungsverbots . . . . .	68
b) Die Notwendigkeit der Systembildung . . . . .	71
5. Gewohnheitsrecht? . . . . .	74
III. Die zeitliche Geltung, insbesondere das Rückwirkungsverbot . . . . .	75
A. Der Umfang der erforderlichen Geltung . . . . .	76
B. Die Ausgestaltung der zeitlichen Geltung und des Rückwirkungsverbots nach positivem Recht . . . . .	78
1. Die Tatzeit . . . . .	78
2. Strafen und Nebenfolgen contra Maßregeln? . . . . .	79
3. Nur materielles Recht? . . . . .	80
4. Die Gesetzesänderung während der Tatzeit . . . . .	80
5. Das Zeitgesetz . . . . .	81
C. Das mildeste Gesetz . . . . .	83
1. Die Bestimmung der kontinuierlichen Geltung . . . . .	83
2. Die Bestimmung der mildesten Variante . . . . .	86
D. Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungsänderung? . . . . .	88
5. <i>Abschnitt</i> : Die räumliche und personelle Geltung . . . . .	89
I. Die Prinzipien und die dogmatische Stellung . . . . .	90
A. Die Prinzipien der Geltung . . . . .	90
1. Der Gesetzeswortlaut nach dem Besonderen Teil . . . . .	90
2. Die beschränkenden Prinzipien der Geltung . . . . .	92
B. Die dogmatische Stellung . . . . .	93
II. Die Ausgestaltung nach geltendem Recht . . . . .	94
A. Die Anwendung der einzelnen Prinzipien . . . . .	94
B. Die Probleme des Tatorts . . . . .	98
C. Prozessuale Besonderheiten . . . . .	99
D. Das interlokale Strafrecht . . . . .	99
E. Das Verhältnis zur DDR . . . . .	100

# Inhaltsverzeichnis

## 2. BUCH

### Die Zurechnungslehre

#### 1. TITEL

#### Der Inhalt und die Aufgabe der Zurechnung, hauptsächlich beim Begehungsdelikt

##### 1. KAPITEL

##### Die Tatbestandsverwirklichung

6. <i>Abschnitt</i> : Die Grundlagen und die Grundbegriffe der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung . . . . .	102
I. Der Handlungsbegriff . . . . .	102
A. Die strafrechtlichen Handlungstheorien . . . . .	104
1. Die Handlungslehre als Teil der Zurechnungslehre . . . . .	104
2. Die Möglichkeit einer schuldlosen Handlung . . . . .	104
3. Der kausale Handlungsbegriff . . . . .	107
4. Der finale Handlungsbegriff . . . . .	108
5. Handlung als äußere Finalität? . . . . .	113
B. Die Handlung als individuell vermeidbare Erfolgsverursachung . . . . .	114
1. Die Trennung von Handlungssteuerung und Antriebssteuerung . . . . .	114
2. Exkurs: Der soziale Handlungsbegriff . . . . .	115
3. Die individuelle Vermeidbarkeit . . . . .	116
4. Die Trennung von Handlung und Unterlassung . . . . .	118
a) Die Unterscheidung . . . . .	118
b) Der gemeinsame Oberbegriff . . . . .	119
c) Negativer Handlungsbegriff? . . . . .	120
5. Grenzprobleme . . . . .	121
C. Deliktsfähigkeit eines Verbands, insbesondere: Verbandshandlungen? . . . . .	124
II. Der Tatbestandsbegriff . . . . .	126
A. Die Tatbestandsverwirklichung als Stufe der Zurechnung . . . . .	127
B. Die Entstehung des Tatbestandsbegriffs . . . . .	128
C. Die dogmatische Bedeutung des Tatbestands . . . . .	130
1. Der Begriff des Tatbestands . . . . .	130
2. Weitere Tatbestandsbegriffe . . . . .	130
3. Kritik der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen . . . . .	131
4. Das Verhältnis von Tatbestand und Unrecht . . . . .	134
a) Der Grundsatz . . . . .	134
b) Problemfälle . . . . .	134
III. Das Verhältnis von Tatbestand und Handlung . . . . .	137
A. Die Handlung als gemeinsamer Mindestinhalt der Tatbestände . . . . .	137
B. Die Zugehörigkeit des tatbestandlichen Erfolgs zur Handlung und zum Unrecht . . . . .	138
1. Das Problem . . . . .	138
2. Kein Unrecht ohne tatbestandsmäßigen Erfolg? . . . . .	139
3. Unrecht stets ohne tatbestandsmäßigen Erfolg? . . . . .	139
4. Ergebnis . . . . .	141
IV. Die Gestalten der Tatbestände . . . . .	142
V. Anhang: Die gesetzestechnische Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen . . . . .	150
7. <i>Abschnitt</i> : Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung; . . . . .	152
1. Teil: Der objektive Tatbestand . . . . .	152
I. Der objektive Tatbestand als Gegenstand des Allgemeinen Teils . . . . .	152
II. Die objektive Zurechnung des Erfolgs: Die Kausalität . . . . .	155
A. Die Äquivalenztheorie . . . . .	155
B. Kritik der Formel von der <i>condicio sine qua non</i> . . . . .	156
C. Kausalität als Bedingung . . . . .	157

## Inhaltsverzeichnis

III. 1. Fortsetzung: Adäquanz? . . . . .	163
A. Die Grundbegriffe . . . . .	163
B. Die Adäquanztheorie . . . . .	163
IV. 2. Fortsetzung: Der Ausschluß bei erlaubtem Risiko . . . . .	166
A. Die Begründung des erlaubten Risikos . . . . .	167
B. Die dogmatische Stellung des erlaubten Risikos . . . . .	169
C. Einzelheiten . . . . .	170
1. Die Bewertungsmaximen . . . . .	170
2. Die Beurteilungsbasis . . . . .	172
V. 3. Fortsetzung: Der Ausschluß bei erlaubtem Vertrauen (Vertrauensgrundsatz) . . . . .	174
VI. 4. Fortsetzung: Die Garantenstellung und der Ausschluß der Zurechnung beim Re- greißverbot . . . . .	176
A. Die Notwendigkeit einer Garantenstellung . . . . .	177
B. Fallgruppen fehlender Zurechnung . . . . .	178
C. Die sogenannten Unterlassungsdelikte durch Begehung . . . . .	182
D. Die Pflichtdelikte . . . . .	183
VII. 5. Fortsetzung: Der Normzweckzusammenhang (die Risikokonkurrenz und die Ri- sikoverwirklichung) . . . . .	184
A. Das Problem . . . . .	184
B. Der Lösungsweg . . . . .	185
C. Die Durchführung der Lösung . . . . .	187
1. Die ubiquitären Risiken . . . . .	187
a) Grundfälle . . . . .	187
b) Die Lage bei mehrseitiger Risikozuständigkeit . . . . .	188
2. Die Fälle von Risikovariation . . . . .	189
a) Grundfälle . . . . .	189
b) Die Risikovariation bei mehrseitiger Risikozuständigkeit . . . . .	190
3. Die mehrfache Risikoverwirklichung . . . . .	190
D. Einzelfragen zum Normzweckzusammenhang . . . . .	191
E. Die Berücksichtigung hypothetischer Erfolgsursachen bei der Strafzumessung . . . . .	193
1. Der Grundsatz . . . . .	193
2. Die Möglichkeit einer Strafrahmenermilderung wegen hypothetischer Erfolgs- ursachen (Ähnlichkeit mit abstrakter Gefährdung oder Versuch) . . . . .	194
F. Risikoerhöhung? . . . . .	195
VIII. 6. Fortsetzung: Der Ausschluß der Zurechnung bei Einverständnis, tatbestandsaus- schließender Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr . . . . .	197
A. Das Einverständnis . . . . .	198
B. Die tatbestandsausschließende Einwilligung und das Handeln auf eigene Gefahr . . . . .	201
1. Die Abgrenzung der tatbestandsausschließenden Einwilligung von der recht- fertigenden Einwilligung . . . . .	201
2. Der zur Einwilligung Berechtigte . . . . .	202
3. Die Objektivierung der Einwilligung . . . . .	203
4. Die Einwilligung bei Zwang und Irrtum . . . . .	204
5. Die Rechts- und Sittenwidrigkeit von Tat und Einwilligung . . . . .	206
6. Der Gegenstand und die Intensität der Einwilligung und das Handeln auf ei- gene Gefahr . . . . .	207
7. Weitere Einzelheiten . . . . .	209
 8. Abschnitt: Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung;	
2. Teil: Der subjektive Tatbestand als Vorsatz . . . . .	210
I. Der für den Vorsatz maßgebliche Zeitpunkt; Allgemeines . . . . .	210
II. Die Elemente des Vorsatzes . . . . .	213
A. Das Problem der Tatsachenblindheit . . . . .	213
B. Der Vorsatz als Wissen . . . . .	213
C. Die Intensität des Wissens . . . . .	215

## Inhaltsverzeichnis

III. Die Gestalten des Vorsatzes . . . . .	217
A. Der Vorsatz bei Hauptfolgen . . . . .	218
B. Der Vorsatz bei Nebenfolgen . . . . .	219
1. Wesentlichkeit bei Nebenfolgen . . . . .	219
2. Bedingter Vorsatz . . . . .	220
C. Alternativer Vorsatz . . . . .	227
D. Die zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Vorsatzgestalt . . . . .	228
IV. Der Gegenstand des Vorsatzes und Abweichungsprobleme . . . . .	230
A. Allgemeines . . . . .	232
B. Der Vorsatz bei Blankettgesetzen . . . . .	233
1. Das Problem . . . . .	233
2. Die Lösung . . . . .	234
C. Die normativen Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand . . . . .	235
1. Das Problem . . . . .	235
2. Die Lösung . . . . .	237
a) Die Differenzierung der Merkmale . . . . .	237
b) Die Konsequenzen für die Scheidung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein . . . . .	239
c) Irrtumsprobleme . . . . .	239
D. Die Kausalität als Vorsatzgegenstand . . . . .	240
1. Die Verwirklichung des gesehenen Risikos . . . . .	240
a) Grundsatz: Übertragung der Regeln der objektiven Zurechnung . . . . .	240
b) Einzelheiten . . . . .	242
2. Die vorzeitige Vollendung und der <i>dolus generalis</i> . . . . .	244
3. Der Objektsirrtum . . . . .	247
4. Der Individualisierungsirrtum und der Motivirrtum . . . . .	249
E. Die privilegierenden Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand . . . . .	249
V. Die Steuerungsmerkmale und sonstige subjektive Unrechtselemente . . . . .	251
VI. Der subjektive Tatbestand aus psychologischer Sicht . . . . .	254
9. <i>Abschnitt:</i> Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung;	
3. Teil: Der subjektive Tatbestand als Fahrlässigkeit und als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination . . . . .	256
I. Die individuelle Fahrlässigkeit . . . . .	258
A. Allgemeines . . . . .	258
B. Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung . . . . .	259
II. Kritik der objektiven Fahrlässigkeit . . . . .	261
III. Einzelprobleme der Fahrlässigkeit . . . . .	264
A. Die Übernahmefahrlässigkeit . . . . .	264
B. Die Entscheidungsrelevanz des erkennbaren Risikos . . . . .	265
C. Die Erkennbarkeit eines objektiv zurechenbaren Risikos . . . . .	265
D. Die Leichtfertigkeit . . . . .	267
E. Die scheinbare Fahrlässigkeit . . . . .	268
F. Fahrlässigkeit und Erfolg (fahrlässiger Versuch?) . . . . .	268
IV. Die aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzten Delikte (sogenannte Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen) . . . . .	269
10. <i>Abschnitt:</i> Die objektiven Bedingungen (der Ausschließung) des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit . . . . .	
I. Die nur-objektiven Bedingungen des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit (die sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen) . . . . .	274
A. Das Problem . . . . .	274
B. Die Dogmatik der Bedingungen des Unrechts und der Straftatbestandlichkeit . . . . .	275

## Inhaltsverzeichnis

II. Die rollenbezogenen Bedingungen der Ausschließung des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit (die sogenannten persönlichen Ausnahmen von der Strafbarkeit) . . . . .	279
A. Die Abgrenzung zu den Verfahrenshindernissen . . . . .	279
B. Die rollenbezogenen Bedingungen . . . . .	281
C. Die Abgrenzung zu anderen materiellrechtlichen oder komplexen Bestrafungshindernissen . . . . .	282
<b>2. KAPITEL</b>	
<b>Die Rechtfertigung</b>	
<b>11. Abschnitt: Die allgemeinen Lehren . . . . .</b>	<b>285</b>
I. Die Prinzipien der Rechtfertigung . . . . .	286
II. Das Postulat der „Einheit der Rechtsordnung“ . . . . .	287
III. Die Bestimmung prospektiver und auf Verdacht abstellender Rechtfertigungsmerkmale . . . . .	288
IV. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen . . . . .	293
V. Die subjektive Seite der Rechtfertigung . . . . .	294
A. Die sogenannte Rechtfertigungstendenz und die Unkenntnis der Merkmale eines Rechtfertigungstatbestands . . . . .	294
B. Zur Prüfungspflicht . . . . .	297
C. Die ungewisse Vorstellung von einer Rechtfertigungslage . . . . .	298
D. Die Rechtfertigung bei Fahrlässigkeitstaten . . . . .	299
E. Der Subsumtionsirrtum bei Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands und der Bestandsirrtum (der indirekte Verbotsirrtum) . . . . .	301
F. Die Besonderheiten bei den normativen Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands . . . . .	302
G. Die irrige Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands . . . . .	303
<b>12. Abschnitt: Die Notwehr . . . . .</b>	<b>310</b>
I. Vorbemerkungen . . . . .	311
II. Die notwehrfähigen Güter, die Staatsnotwehrhilfe . . . . .	312
III. Der rechtswidrige Angriff . . . . .	316
IV. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs . . . . .	319
V. Die Abwehr des Angriffs . . . . .	322
VI. Die Erforderlichkeit der Abwehr . . . . .	322
VII. Die Einschränkung des Notwehrrechts . . . . .	326
A. Einschränkung durch die Menschenrechtskonvention? . . . . .	326
B. Die Sondernormen für hoheitliches Handeln . . . . .	327
C. Die Einschränkung der Notwehr neben hoheitlichem Handeln . . . . .	329
D. Die Einschränkung durch die Garantie der Mindestsolidarität . . . . .	330
E. Die Einschränkung wegen vorangegangenen Provokationsverhaltens . . . . .	332
F. Die Einschränkung durch Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit . . . . .	335
VIII. Die Besonderheiten der Notwehrhilfe . . . . .	335
IX. Die Wirkungen der Notwehr . . . . .	336
<b>13. Abschnitt: Der rechtfertigende Notstand . . . . .</b>	<b>337</b>
I. Die Arten des Notstands im Überblick . . . . .	337
II. Der aggressive Notstand nach § 34 StGB . . . . .	340
A. Die notstandsfähigen Güter, Staatsnotstandshilfe . . . . .	341
B. Die gegenwärtige Gefahr . . . . .	342
C. Die Erforderlichkeit . . . . .	344
D. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen . . . . .	345
E. Die Angemessenheitsklausel . . . . .	352
III. Die Besonderheiten des defensiven Notstands . . . . .	356

## Inhaltsverzeichnis

<b>14. Abschnitt: Die rechtfertigende Einwilligung</b> . . . . .	357
I. Der Grund der Strafbefreiung . . . . .	357
II. Einzelheiten . . . . .	360
<b>15. Abschnitt: Grenzbereiche zu Notwehr, Notstand und Einwilligung</b> . . . . .	364
I. Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG . . . . .	364
II. Die Pflichtenkollision . . . . .	365
III. Das Handeln im Interesse und mit mutmaßlicher Einwilligung des Verletzten . . . . .	370
<b>16. Abschnitt: Die Amtsrechte und weitere Rechtfertigungsgründe besonderer Regelungsbereiche</b> . . . . .	372
I. Die Amtsrechte . . . . .	373
II. Das Handeln auf Anweisung (die dienstliche Anordnung und der militärische Befehl) . . . . .	375
III. Die delegierten Amtsrechte (das Handeln pro magistratu) . . . . .	377
IV. Die behördliche Erlaubnis . . . . .	380
V. Die parlamentarischen Berichte . . . . .	381
VI. Das Züchtigungsrecht . . . . .	381
VII. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen . . . . .	383

## 3. KAPITEL

### Die Schuld

<b>17. Abschnitt: Allgemeine Lehren</b> . . . . .	384
I. Übersicht . . . . .	384
II. Der psychologische und der normative Schuldbegriff . . . . .	386
A. Der psychologische Ansatz . . . . .	386
B. Normativierung . . . . .	387
C. Die Schuldlehre des Finalismus . . . . .	389
D. Der gegenwärtige Stand . . . . .	391
III. Die Begründung eines funktionalen Schuldbegriffs . . . . .	392
A. Die Aufgabe des Schuldbegriffs . . . . .	394
B. Die Irrelevanz der Willensfreiheit . . . . .	397
C. Beispielhafte Fallgruppen . . . . .	398
D. Die Bedeutung des Schuldgrundsatzes für die Strafbegründung und das Strafmaß . . . . .	399
E. Tatschuld und Lebensführungsschuld . . . . .	401
IV. Der Aufbau des Schuldbegriffs . . . . .	403
A. Trennung von Schuld und Verantwortung? . . . . .	404
B. Der Schuldtatbestand . . . . .	405
1. Die Notwendigkeit eines Schuldtatbestands . . . . .	405
2. Die einzelnen Merkmale des Gesamtschuldtatbestands im Überblick: Der positive Schuldtatbestand . . . . .	407
3. Fortsetzung: Die Unzumutbarkeit (der negative Schuldtatbestand) . . . . .	409
V. Die Abhängigkeit des Schuldzeitpunkts und des Schuldmaßstabs vom Vorverhalten . . . . .	410
A. Das Problem . . . . .	411
B. Der Vollrausch . . . . .	412
C. Actio libera in causa: Die causa libera als Tathandlung . . . . .	415
D. Zu verantwortende Erschwerung der Normbefolgung: Zumutbarkeit . . . . .	417
1. Zumutbarkeit als Zuständigkeit . . . . .	417
2. Unterschiedliche Zuständigkeit des Täters und des Tatbegünstigten . . . . .	420

## Inhaltsverzeichnis

VI. Der Irrtum über Voraussetzungen und Folgen des Schuld tatbestands; insbesondere: Der Irrtum über Entschuldigungsvoraussetzungen als Entschuldigungsgrund . . . . .	421
A. Der Irrtum über die Rechtsfolge . . . . .	421
B. Der Irrtum über die Voraussetzungen . . . . .	421
18. Abschnitt: Die Zurechnungs unfähigkeit und die im Zusammenhang mit ihr geregelten Fälle der Unzumutbarkeit (§§ 19, 20, 21 StGB) . . . . .	424
I. Die Zurechnungs unfähigkeit der Kinder und bei Jugendlichen . . . . .	427
II. Die Schuld unfähigkeit (Zurechnungs unfähigkeit und bereichsweise Unzumutbar- keit) nach § 20 StGB . . . . .	427
A. Überblick . . . . .	427
B. Die krankhafte seelische Störung . . . . .	429
C. Der Schwachsinn . . . . .	432
D. Die Bewußtseinsstörung und die Abartigkeit . . . . .	432
1. Nochmals: Zur Trennung von Zurechnungs unfähigkeit und Unzumutbarkeit bei § 20 StGB . . . . .	432
2. Die tiefgreifende Bewußtseinsstörung . . . . .	434
3. Die schwere seelische Abartigkeit . . . . .	435
E. Die normative Konsequenz (die Einsichts- und Befolungsfähigkeit) . . . . .	438
III. Die sogenannte verminderte Schuld fähigkeit (die partielle Unzumutbarkeit) nach § 21 StGB . . . . .	440
19. Abschnitt: Die Unrechtseinsicht und der Verbotsirrtum . . . . .	443
I. Die Regelungsmodelle im Überblick und der Gang der Rechtsprechung . . . . .	446
A. Grundbegriffe und historische Entwicklung . . . . .	446
B. Umriss der Theorie des Verbotsirrtums bei einem funktionalen Schuldbegriff . . . . .	448
II. Kritik starrer Modelle und vorsatztheoretischer Modelle . . . . .	450
III. Die elastische Schuldtheorie . . . . .	452
IV. Die Unrechtseinsicht . . . . .	454
V. Die fehlende Unrechtseinsicht (Verbotsirrtum), Irrtumsformen . . . . .	459
VI. Der Begriff der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums . . . . .	460
A. Die Vermeidbarkeit als Zuständigkeit für den Defekt . . . . .	460
B. Die Dominanz der normativen Perspektive . . . . .	460
C. Einzelheiten . . . . .	461
VII. Die rechtliche Folge des Verbotsirrtums . . . . .	465
VIII. Der entschuldigende Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls . . . . .	467
20. Abschnitt: Die Unzumutbarkeit . . . . .	469
I. Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB) . . . . .	469
A. Notstandstheorien . . . . .	469
B. Die einzelnen Voraussetzungen der Entschuldigung . . . . .	471
C. Die Hinderung der Entschuldigung bei Zuständigkeit des Täters für den Kon- flikt . . . . .	473
D. Die Strafmilderung . . . . .	475
II. Die Zumutbarkeit beim Überzeugungstäter (Gewissenstäter) . . . . .	476
A. Die Gestalten der Überzeugung . . . . .	477
B. Die Voraussetzungen der Entschuldigung . . . . .	479
III. Der Notwehrexzeß . . . . .	482
A. Die Theorie des Entschuldigungsgrunds . . . . .	482
B. Die Voraussetzungen der Entschuldigung . . . . .	482
IV. Die Besonderheiten der Zumutbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt . . . . .	485
V. Die Entschuldigung bei Interessenkollision (der sogenannte übergesetzliche, ent- schuldigende Notstand) . . . . .	487
VI. Unspezifizierte Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund? . . . . .	489



## Inhaltsverzeichnis

### 4. KAPITEL

#### Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Beteiligung

21. <i>Abschnitt</i> : Die Täterschaft . . . . .	492
I. Differenzierung der Beteiligten oder Einheitstäterschaft? . . . . .	492
II. Die Voraussetzungen von Täterschaft in Sonderfällen (die deliktsspezifischen Tätermerkmale und die Vertreterhaftung) . . . . .	495
A. Die deliktsspezifischen Tätermerkmale . . . . .	495
B. Die Vertreterhaftung . . . . .	496
III. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten . . . . .	499
A. Die Täterschaftsformen im Überblick . . . . .	499
B. Die Problematik der eigenhändigen Delikte . . . . .	500
C. Die Täterschaftstheorien . . . . .	502
1. Die formell-objektive Theorie . . . . .	502
2. Ältere materielle Theorien . . . . .	503
3. Die subjektive Theorie . . . . .	504
4. Die Tatherrschaftslehre . . . . .	507
IV. 1. Fortsetzung: Das Selbst-Begehen, § 25 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB . . . . .	509
V. 2. Fortsetzung: Das gemeinschaftliche Begehen (die Mittäterschaft), § 25 Abs. 2 StGB . . . . .	511
A. Der gemeinsame Tatentschluß . . . . .	511
B. Die objektive Seite des gemeinsamen Begehens . . . . .	514
1. Die Bestimmung der anteiligen Herrschaft . . . . .	514
2. Problematische Fallgruppen . . . . .	516
3. Die täterschaftliche Beteiligung an einer Selbstverletzung . . . . .	518
C. Die Konsequenzen von Mittäterschaft . . . . .	520
VI. 3. Fortsetzung: Das Begehen durch einen anderen (die mittelbare Täterschaft), § 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB . . . . .	522
A. Die Begründung der vorrangigen Zuständigkeit des mittelbaren Täters (überlegene Entscheidungsherrschaft) . . . . .	522
B. Die Fallgruppen mittelbarer Täterschaft . . . . .	526
1. Die mittelbare Täterschaft durch ein Werkzeug ohne Tatbestandsvorsatz . . . . .	526
2. Die mittelbare Täterschaft bei quasi-unvorsätzlicher Handlung, insbesondere Selbstverletzung des Werkzeugs . . . . .	527
3. Die mittelbare Täterschaft durch ein gerechtfertigt handelndes Werkzeug . . . . .	528
4. Die mittelbare Täterschaft durch ein quasi-gerechtfertigt handelndes Werkzeug . . . . .	530
5. Die mittelbare Täterschaft durch ein schuldlos handelndes Werkzeug . . . . .	531
6. Die mittelbare Täterschaft bei Selbstverletzung eines quasi-entschuldigtem Werkzeugs . . . . .	534
7. Weitere Fallgruppen? . . . . .	535
C. Die Konsequenzen der mittelbaren Täterschaft . . . . .	537
VII. Schluß . . . . .	539
A. Die Nebentäterschaft . . . . .	539
B. Die Beteiligungsformen der Teilnahme . . . . .	540
C. Die Beteiligung bei Fahrlässigkeit . . . . .	540
VIII. Die Täterschaft bei den Pflichtdelikten . . . . .	541
22. <i>Abschnitt</i> : Die Teilnahme . . . . .	543
I. Der Strafgrund der Teilnahme . . . . .	543
A. Die Korruptierungstheorie . . . . .	543
B. Die Unrechtsteilnahmetheorie . . . . .	544
C. Die Verursachungstheorie . . . . .	545
D. Die Theorie der erfolgsbezogenen Unrechtsteilnahme . . . . .	545

## Inhaltsverzeichnis

II. Die Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat . . . . .	547
A. Die Voraussetzungen der Haupttat . . . . .	547
B. Die äußere (quantitative) Akzessorietät . . . . .	550
III. Die Anstiftung . . . . .	550
A. Die Besonderheit der Teilnahme durch Anstiftung . . . . .	551
B. Einzelheiten . . . . .	552
IV. Die Beihilfe . . . . .	555
A. Die Kausalität der Beihilfe . . . . .	556
B. Der Zeitpunkt der Beihilfe . . . . .	559
C. Restfragen . . . . .	560
23. <i>Abschnitt:</i> Die innere (qualitative) Akzessorietät bei akzessorischer Beteiligung (Mittäterschaft und Teilnahme) . . . . .	561
I. Das Problem . . . . .	561
II. Der Lösungsweg . . . . .	563
A. Kritik der Lösungsvorschläge der Literatur . . . . .	563
B. Eigene Lösung: Die Beschränkung der besonderen persönlichen Merkmale auf Sonderpflichten und Eigenhändigkeit . . . . .	565
1. Entgegensetzung von subjektiven Merkmalen und Sonderpflichten . . . . .	565
2. Die Höchstpersönlichkeit subjektiver Merkmale . . . . .	566
3. Die beschränkte Akzessorietät der Sonderpflichten und der Eigenhändigkeit; Abgrenzungen . . . . .	568
III. Das Ergebnis . . . . .	569
A. Strafbarkeitsbegründende Merkmale . . . . .	569
B. Strafbarkeitsmodifizierende Merkmale . . . . .	571
24. <i>Abschnitt:</i> Gemeinsame Regeln für Täterschaft und Teilnahme . . . . .	572
I. Die Verwirklichung des Risikos der vorsätzlichen Beteiligung, insbesondere: Der Irrtum über die Beteiligtenrolle . . . . .	572
II. Die sogenannte notwendige Teilnahme (die Beteiligung ohne Haftung) . . . . .	575
III. Das Regreßverbot (die scheinbare Beteiligung) . . . . .	577
A. Der Meinungsstand . . . . .	577
B. Die Begründung des Regreßverbots, Fallgruppen . . . . .	578
5. KAPITEL	
Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung und zur Schuld: Der Versuch und der Beteiligungsversuch	
25. <i>Abschnitt:</i> Der Versuch . . . . .	581
I. Die Stufen des Delikts . . . . .	582
A. Die Grundbegriffe, der Versuch als formeller Begriff . . . . .	582
B. Die Unternehmensdelikte . . . . .	583
1. Die echten Unternehmensdelikte . . . . .	583
2. Die unechten Unternehmensdelikte . . . . .	584
C. Die Vorbereitung . . . . .	585
D. Die Beendigung . . . . .	585
II. Der Strafgrund des (formellen) Versuchs . . . . .	586
A. Der Meinungsstand . . . . .	586
B. Der Versuch als expressiver und tatbestandsnaher Normbruch . . . . .	589
III. Der subjektive Tatbestand beim Versuch . . . . .	590
A. Die Beschränkung auf Vorsatzdelikte . . . . .	590
B. Die Tatentschlossenheit . . . . .	592

## Inhaltsverzeichnis

C. Die Tat als Gegenstand der Entschlossenheit . . . . .	594
1. Die Tauglichkeit in subjektiver Sicht . . . . .	594
2. Die Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt . . . . .	595
a) Der Grundsatz . . . . .	595
b) Die normativen Tatbestandsmerkmale . . . . .	595
c) Die irrige Annahme von Sonderpflichten . . . . .	597
d) Zusammenfassung . . . . .	599
IV. Der objektive Tatbestand beim unbeendeten Versuch; die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch . . . . .	600
A. Das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung . . . . .	600
B. Die Unmittelbarkeit . . . . .	601
C. Die Bedeutung der Vorstellung des Versuchstäters . . . . .	601
D. Konkretisierungen . . . . .	602
V. Der objektive Tatbestand beim beendeten Versuch . . . . .	606
A. Das Problem . . . . .	606
B. Die Lösung . . . . .	607
VI. Die Bestrafung des Versuchs . . . . .	607
A. Der Umfang der Strafbarkeit und die Kannmilderung . . . . .	607
B. Der grob unverständige Versuch . . . . .	610
<b>26. Abschnitt: Der Rücktritt . . . . .</b>	<b>611</b>
I. Die dogmatische Stellung und der Grund der Strafbefreiung . . . . .	612
II. Der Rücktrittstatbestand beim ausführenden Täter . . . . .	614
A. Der unbeendete Versuch . . . . .	614
B. Die Grenze von unbeendetem und beendetem Versuch . . . . .	616
C. Der beendete Versuch . . . . .	618
III. Der Rücktrittstatbestand bei Beteiligung . . . . .	621
IV. Die Zurechenbarkeit des Rücktrittsverhaltens: Die Freiwilligkeit . . . . .	623
A. Der Meinungsstand . . . . .	623
B. Die Lösung der Problematik . . . . .	625
V. Die Wirkung des Rücktritts . . . . .	628
<b>27. Abschnitt: Der Versuch der Beteiligung . . . . .</b>	<b>629</b>
I. Der Strafgrund des Beteiligungsversuchs . . . . .	630
II. Die einzelnen Tatbestände des Beteiligungsversuchs . . . . .	631
A. Die sogenannte versuchte Anstiftung, § 30 Abs. 1 StGB . . . . .	631
B. Die Annahme des Sich-Erbietens, § 30 Abs. 2, 2. Fallgruppe StGB . . . . .	633
C. Das Sich-Bereiterklären, § 30 Abs. 2, 1. Fallgruppe StGB . . . . .	633
D. Die Verabredung, § 30 Abs. 2, 3. Fallgruppe StGB . . . . .	633
III. Die Strafbarkeit der Beteiligung nach § 30 StGB . . . . .	634
IV. Der Rücktritt vom Versuch der Beteiligung . . . . .	635

## 2. TITEL

### Der Inhalt und der Aufbau der Zurechnung, hauptsächlich beim Unterlassungsdelikt

#### 6. KAPITEL

##### Die Zurechnung beim Unterlassungsdelikt

<b>28. Abschnitt: Handlung und Unterlassung . . . . .</b>	<b>637</b>
I. Die Trennung von Handlung und Unterlassung . . . . .	637
A. Die Prinzipien der Trennung . . . . .	637
B. Fallgruppen . . . . .	639
II. Die gesetzlichen Tatbestände von Unterlassungsdelikten . . . . .	640
III. Das Problem der Sonderpflicht bei der begehungsgleichen Unterlassung . . . . .	642

## Inhaltsverzeichnis

29. <i>Abschnitt</i> : Das unechte Unterlassungsdelikt . . . . .	645
I. Der Regelungsumfang von § 13 Abs. 1 StGB . . . . .	645
II. Die objektive Zurechnung . . . . .	649
A. Der Erfolgssachverhalt . . . . .	649
B. Die Täterstellungen . . . . .	650
C. Die Abwendungsfähigkeit . . . . .	650
D. Die hypothetische Kausalität . . . . .	652
E. Der Normzweckzusammenhang . . . . .	654
III. 1. Fortsetzung: Die Garantenstellungen . . . . .	657
A. Überblick . . . . .	658
B. Die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit . . . . .	661
1. Die Sicherungspflichten bei Verkehrspflichten und Ingerenz . . . . .	661
a) Die Begründung der Pflichten . . . . .	661
b) Besonderheiten der Rechtsprechung . . . . .	665
2. Die Rettungspflichten bei Verkehrspflichten und Ingerenz . . . . .	666
3. Die Übernahme von Pflichten, Obliegenheiten und Handlungsbereitschaften; zugleich: Die Befreiung eines primär Verpflichteten durch Übernahme . . . . .	670
4. Die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit zur Hinderung von Selbstver- letzungen . . . . .	674
C. Die Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit . . . . .	675
1. Das Problem . . . . .	675
2. Das Eltern-Kind-Verhältnis . . . . .	676
3. Die Ehe . . . . .	678
4. Die Ersatzverhältnisse . . . . .	678
5. Das besondere Vertrauen . . . . .	679
6. Die genuin staatlichen Pflichten . . . . .	682
a) Staatliche Gewaltverhältnisse . . . . .	682
b) Elementare Sicherheit, Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit . . . . .	683
IV. 2. Fortsetzung: Die Entsprechensklausel . . . . .	685
V. Der subjektive Tatbestand . . . . .	687
A. Der Unterlassungsvorsatz . . . . .	687
B. Die Unterlassungsfahrlässigkeit . . . . .	692
VI. Die Rechtswidrigkeit . . . . .	693
VII. Die Schuld . . . . .	694
VIII. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Besonderheiten der Beteiligung durch Unterlassen . . . . .	695
A. Pflichten kraft Organisationszuständigkeit . . . . .	696
B. Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit . . . . .	699
IX. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Beteiligung am Unterlassen . . . . .	700
X. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung und zur Schuld: Der Versuch und der Versuch der Beteiligung durch Unterlassen . . . . .	702
A. Der Versuch . . . . .	702
B. Der Rücktritt . . . . .	705
C. Der Beteiligungsversuch . . . . .	706
XI. Die fakultative Strafmilderung . . . . .	706
30. <i>Abschnitt</i> : Das echte Unterlassungsdelikt . . . . .	708
A. Die Vollendung . . . . .	708
B. Der Versuch und der Rücktritt . . . . .	709

## Inhaltsverzeichnis

### 3. TITEL

### Die Konkurrenz

#### 7. KAPITEL

#### Die scheinbare und die echte Konkurrenz

<b>31. Abschnitt:</b> Die scheinbare Konkurrenz (sogenannte Gesetzeskonkurrenz) . . . . .	710
I. Die Grundbegriffe und die Grundmodelle der Konkurrenzlehre . . . . .	710
II. Die Prinzipien der Gesetzeskonkurrenz . . . . .	713
A. Die Spezialität als Form der Gesetzeskonkurrenz . . . . .	714
1. Der Grundsatz . . . . .	714
2. Die Beschränkung der Gesetzeskonkurrenz auf Fallgruppen eines Delikts . . . . .	716
B. Die Gründe für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz . . . . .	717
III. Die einzelnen Fallgruppen der Gesetzeskonkurrenz . . . . .	719
A. Die Spezialität im engeren Sinn . . . . .	719
B. Die Spezialität kraft Vollendungsichte, Beteiligungs- und Erfolgsintensität (Subsidiarität) . . . . .	722
C. Die Spezialität zur Begleittat (Konsumtion) . . . . .	724
D. Die Spezialität kraft Vorgriffs (mitbestrafte Nachtat) . . . . .	726
IV. Die Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz . . . . .	728
<b>32. Abschnitt:</b> Die Einheit des Verhaltens bei der echten Konkurrenz und bei der einfachen, quantitativ erweiterten Tatbestandsverwirklichung . . . . .	731
I. Die Einheit der Handlung im Sinn von § 52 StGB . . . . .	733
A. Die Einheit der Handlung im „natürlichen“ Sinn . . . . .	733
B. Die juristische Handlungseinheit als Erweiterung der Einheit der „natürlichen“ Handlung . . . . .	734
II. Das Verhältnis der Zahl der Handlungen zur Zahl der Delikte . . . . .	737
A. Die Mehrheitstheorie . . . . .	737
B. Keine mehrfache Gesetzesverletzung bei bloßer Quantitätssteigerung . . . . .	739
III. Die handlungsvereinigenden Tatbestände . . . . .	741
IV. Die Einheitlichkeit des Verhaltens beim Unterlassungsdelikt . . . . .	743
V. Weitere Erscheinungsformen juristischer Handlungseinheit? . . . . .	744
A. Die Sammelstraftat . . . . .	744
B. Die natürliche Handlungseinheit . . . . .	745
C. Der Fortsetzungszusammenhang . . . . .	746
<b>33. Abschnitt:</b> Die Idealkonkurrenz und die Realkonkurrenz . . . . .	752
I. Die Idealkonkurrenz . . . . .	752
A. Die kumulierte Zurechnung . . . . .	752
B. Fallgruppen der Idealkonkurrenz . . . . .	753
C. Kritik der Klammerwirkung . . . . .	756
II. Die Realkonkurrenz . . . . .	757
A. Der Grundsatz der Gesamtstrafenbildung . . . . .	758
B. Der Vorgang der Gesamtstrafenbildung . . . . .	759
Sachregister . . . . .	763



## Verzeichnis der Abkürzungen, einschließlich der abgekürzt zitierten Literatur

Bei *Periodika* bezeichnen vierstellige Zahlen das Jahr, kleinere die Band- oder Jahrgangsnummer. Fundstellen von *Gesetzen* werden, soweit erforderlich, in den Fußnoten genannt. Zitate aus Kommentaren erfolgen in den Fußnoten ohne *Titelangabe*; ansonsten werden Buchtitel abgekürzt wiedergegeben. Zitate ohne besonderen Zusatz beziehen sich auf die letzte angegebene *Auflage* des Werks.

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
<i>Abegg</i> Lehrbuch	<i>J. F. Abegg</i> Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836
Abs.	Absatz
Abschn	Abschnitt
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
a. E.	am Ende
AE	<i>J. Baumann</i> u. a. Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches AT, 1966
AE Wirtschaftsstrafrecht	<i>E. J. Lampe</i> u. a. Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches BT, Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977
a. F.	alte Fassung; alte Folge
AG	Amtsgericht
a. l. i. c.	actio libera in causa
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Archiv für Strafrecht	Archiv für preußisches Strafrecht, siehe GA
Arndt-Festschrift	<i>H. Ehmke</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Adolf Arndt, 1969
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Arzt und Krankenhaus	Arzt und Krankenhaus, Fachzeitschrift für das Krankenhauswesen
<i>Arzt-Weber</i> BT	<i>G. Arzt, U. Weber</i> Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 2. Auflage 1981; Bd. III, 1978; Bd. IV, 1980; Bd. V, 1982
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
Bärmann-Festschrift	<i>M. Lutter</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Johannes Bärmann, 1975
<i>Baumann</i> AT	<i>J. Baumann</i> Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage (unter Mitwirkung von <i>U. Weber</i> ) 1977
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht; Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge, hrsg. von Mitgliedern des Gerichts
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band (arabische Zahl in Klammern: Nummer des Teilbands)
BDH	Bundesdisziplinarhof; Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofes, hrsg. von Mitgliedern des Bundesdisziplinarhofes

## Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

BDO	Bundesdisziplinarordnung
<i>Beling</i> Grundzüge	<i>E. Beling</i> Grundzüge des Strafrechts, 2. Auflage 1902; 10. Auflage 1928; 11. Auflage 1930
<i>Berner</i> Strafrecht	<i>A. F. Berner</i> Lehrbuch des Strafrechts, 18. Auflage 1898
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I, II	Bundesgesetzblatt Teil I, Teil II
<i>BGB-RGRK</i> -Bearbeiter	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs Bd. I, 12. Auflage 1982
BGH	Bundesgerichtshof in Strafsachen; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BGH-Festschrift	<i>G. Krüger-Nieland</i> (Hrsg.) 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BierStG	Biersteuergesetz
Binding-Festschrift	Festschrift für Karl Binding Bd. I, II, 1911
<i>Binding</i> Handbuch	<i>K. Binding</i> Handbuch des Strafrechts Bd. I, 1885
<i>Binding</i> Lehrbuch	<i>K. Binding</i> Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. I, 2. Auflage 1902; Bd. II, 1905
<i>Binding</i> Normen	<i>K. Binding</i> Die Normen und ihre Übertretung Bd. I, 1872; 4. Auflage 1922; Bd. II, 1877; 2. Auflage (1) 1914, (2) 1916; Bd. III, 1918; Bd. IV, 1919
BJagdG	Bundesjagdgesetz
<i>Blei</i> AT, BT	<i>H. Blei</i> Strafrecht Bd. I Allgemeiner Teil, 17. Auflage 1977; Bd. II Besonderer Teil, 11. Auflage 1978
Blutalkohol	Blutalkohol. Alcohol, Drugs and Behavior
<i>Bockelmann</i> AT, BT (1, 2, 3)	<i>P. Bockelmann</i> Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1975; 3. Auflage 1979; Besonderer Teil (1), 2. Auflage 1982; (2) 1977; (3) 1980
<i>Bockelmann</i> -Festschrift	<i>Arthur Kaufmann</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Paul Bockelmann, 1979
BR	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
Bruns-Festschrift	<i>W. Frisch</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978
R. Bruns-Gedächtnisschrift	<i>J. Baltzer</i> u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980
BSeuchG	Bundes-Seuchengesetz
BT	Besonderer Teil; Bundestag
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
Bund-gegen-Alkohol-im-Straßenverkehr-Festschrift	<i>D. Schultz</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundes gegen Alkohol im Straßenverkehr, 1982
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht; Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichts
Coing-Festschrift	<i>N. Horn</i> (Hrsg.) Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing Bd. I, 1982
D.	Digesta
DAR	Deutsches Autorecht
DAG	Deutsches Auslieferungsgesetz
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation



Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Organ des Reichsministers der Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJT-Festschrift	<i>E. v. Caemmerer</i> u. a. (Hrsg.) Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. I, II, 1960
41. DJT-Festschrift	Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, 1955
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
<i>Dobna</i> Aufbau	<i>A. Graf zu Dobna</i> Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Auflage 1950
DR	Deutsches Recht
Dreher-Festschrift	<i>H.-H. Jescheck</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Eduard Dreher, 1977
<i>Dreher-Tröndle</i>	<i>E. Dreher, H. Tröndle</i> Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 40. Auflage 1981
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStr.	Deutsches Strafrecht
Dünnebieber-Festschrift	<i>E.-W. Hanack</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hanns Dünnebieber, 1982
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E 1962	Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucksache IV/650, BR-Drucksache 200/62
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einführung	<i>C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung</i> Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975
<i>Eisenberg</i> JGG	<i>U. Eisenberg</i> Jugendgerichtsgesetz, 1982
Emge-Festschrift	<i>U. Klug</i> (Hrsg.) Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, 1960
Engisch-Festschrift	<i>P. Bockelmann</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Karl Engisch, 1969
Epirrhosis (C. Schmitt-Festgabe)	<i>H. Barion</i> u. a. (Hrsg.) Epirrhosis, Festgabe für C. Schmitt, 1968
<i>Eser</i> Studienkurs	<i>A. Eser</i> Strafrecht Bd. I, 3. Auflage (unter Mitarbeit von <i>B. Burkhardt</i> ) 1980; Bd. II, 3. Auflage (unter Mitarbeit von <i>B. Burkhardt</i> ) 1980; Bd. III, 2. Auflage 1981; Bd. IV, 3. Auflage 1979
etc.	et cetera
f, ff	folgende
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht; Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
<i>Feuerbach</i> Lehrbuch	<i>A. Ritter v. Feuerbach</i> Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Auflage, hrsg. von <i>C. J. A. Mittermaier</i> , 1847
Fn.	Fußnote
<i>Frank</i>	<i>R. Frank</i> Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897; 3. und 4. Auflage 1903; 18. Auflage 1931
Frank-Festgabe	<i>A. Hegler</i> (Hrsg.) Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, II, 1930
<i>Franzen-Gast-Samson</i>	<i>K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson</i> Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 1978
G, Ges.	Gesetz
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von <i>Th. Goldammer</i> ; Goldammer's Archiv für Strafrecht
Gallas-Festschrift	<i>K. Lackner</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973
<i>Geilen</i> AT	<i>G. Geilen</i> Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1976

## Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

- GG  
Gleispach-Festschrift  
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
*G. Dahm, W. Gallas, F. Schaffstein, E. Schinnerer, K. Siegert, L. Zimmerl* Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, 1936
- Göppinger Kriminologie  
Grünhut-Erinnerungsgabe  
*H. Göppinger* Kriminologie, 4. Auflage 1980  
*H. Kaufmann* u. a. (Hrsg.) Erinnerungsgabe für Max Grünhut, o. J.
- Grützner-Geburtstagsgabe  
*D. Oehler* u. a. (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum ... 65. Geburtstag, 1970
- GS  
Güterbock-Festgabe  
GVBl.  
GVG  
GWB  
Hälschner Strafrecht  
Der Gerichtssaal; Großer Senat  
Festgabe für Dr. Karl Güterbock, 1910  
Gesetz- und Verordnungsblatt  
Gerichtsverfassungsgesetz  
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
*H. Hälschner* Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I, 1881; Bd. II (1) 1884; (2) 1887
- Haft AT, BT  
Hallermann-Festschrift  
*F. Haft* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1980; Besonderer Teil, 1982  
*J. Gerchow* (Hrsg.) An den Grenzen von Medizin und Recht, Festschrift zum 65. Geburtstag von ... Wilhelm Hallermann, 1966
- HansOLG  
Hassemer Einführung  
Heinitz-Festschrift  
Henkel-Festschrift  
Hanseatisches Oberlandesgericht  
*W. Hassemer* Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981  
*H. Lüttger* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Ernst Heinitz, 1972  
*C. Roxin* u. a. (Hrsg.) Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974
- HESSt.  
Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und Obersten Gerichte in Strafsachen
- v. d. Heydte-Festschrift  
*H. Kipp* u. a. (Hrsg.) Um Recht und Freiheit, Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte Bd. II, 1977
- HGB  
v. Hippel Strafrecht  
E. Hirsch-Festschrift  
Honig-Festschrift  
HRR  
Handelsgesetzbuch  
*R. v. Hippel* Deutsches Strafrecht Bd. I, 1925; Bd. II, 1930  
Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, 1968  
Festschrift für Richard M. Honig, 1970  
*A. Feisenberger* (Hrsg.) Höchststrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts
- Hrsg. (hrsg.)  
Hruschka AT  
i. e.  
IKV  
i. V. m.  
JA  
Jescheck AT  
Herausgeber (herausgegeben von)  
*J. Hruschka* Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983  
id est  
Internationale Kriminalistische Vereinigung  
in Verbindung mit  
Juristische Arbeitsblätter  
*H.-H. Jescheck* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1969; 2. Auflage 1972; 3. Auflage 1978
- JGG  
Jherings Erbe  
Jugendgerichtsgesetz  
*F. Wieacker* u. a. (Hrsg.) Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering, 1970
- JR  
Jura  
JurBl.  
JuS  
JW  
JWG  
JZ  
Kaiser Kriminologie  
Juristische Rundschau  
Juristische Ausbildung  
Juristische Blätter  
Juristische Schulung  
Juristische Wochenschrift  
Gesetz für Jugendwohlfahrt  
Juristenzeitung  
*G. Kaiser* Kriminologie, 1980

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

- KastrGes. Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden
- Kern-Festgabe *H.-H. Jescheck* (Hrsg.) Festgabe für Eduard Kern, 1957
- Kern-Festschrift Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968
- KG(Z) Kammergericht (in Zivilsachen)
- Kienapfel* AT *D. Kienapfel* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1978
- Kiesselbach-Festschrift Festschrift für Wilhelm Kiesselbach, 1947
- KK-Bearbeiter *G. Pfeiffer* (Hrsg.) Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1982
- Kleinknecht* *Th. Kleinknecht* Strafprozeßordnung, 35. Auflage 1981
- KO Konkursordnung
- Köstlin* System *G. R. Köstlin* System des deutschen Strafrechts, 1855
- Kohlrausch-Festschrift *P. Bockelmann, G. Dahm* u. a. Probleme der Strafrechterneuerung, 1944
- Kohlrausch-Lange* *E. Kohlrausch, R. Lange* Strafgesetzbuch, 43. Auflage 1961
- Krey* BT *V. Krey* Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 4. Auflage 1979; Bd. II, 5. Auflage 1982
- KRG Kontrollratsgesetz
- KriegswaffenG Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen
- KrimJ Kriminologisches Journal
- Lackner* *K. Lackner* Strafgesetzbuch, 14. Auflage 1981
- Lange-Festschrift *G. Warda* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Richard Lange, 1976
- Langenbecks Archiv Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie
- LG Landgericht
- v. Liszt(-Schmidt)* Strafrecht *F. v. Liszt* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1884; 5. Auflage 1892; 21. und 22. Auflage 1919; 25. Auflage, besorgt von *Eb. Schmidt*, 1927; 26. Auflage, besorgt von *Eb. Schmidt*, 1932
- LK-Bearbeiter Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 8. Auflage, hrsg. von *H. Jagusch, E. Mezger, A. Schaefer, W. Werner*, Bd. I, 1957; Bd. II, 1958; 9. Auflage, hrsg. von *P. Baldus, G. Willms*, Bd. I, II, 1974; Bd. III, 1977; 10. Auflage, hrsg. von *H.-H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms*, ab 1978 (1. bis 31. Lieferung)
- LM *F. Lindenmaier, Ph. Möbring* (Hrsg.) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
- LR-Bearbeiter Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Bd. I bis VI, bearbeitet von *H. Dünnebier* u. a., 1976 bis 1980
- LZ Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
- Mallmann-Festschrift *O. Triffterer* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Walter Mallmann, 1978
- Materialien Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I bis XV, 1954 bis 1962
- Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* *Th. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz* Grundgesetz, Stand September 1981
- Maurach* AT *R. Maurach* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1965; 4. Auflage 1971
- Maurach-Festschrift *F.-C. Schroeder* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Reinhart Maurach, 1972
- Maurach-Gössel* AT II; *Maurach-Zipf* AT I, II *R. Maurach, H. Zipf* Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 5. Auflage 1977; *R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf* Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, 5. Auflage 1978
- Maurach-Schroeder* BT I, II *R. Maurach, F.-C. Schroeder* Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 6. Auflage 1977; Bd. II, 6. Auflage 1981
- H. Mayer* AT *H. Mayer* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953
- H. Mayer-Festschrift *F. Geerds* u. a. (Hrsg.) Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

- H. Mayer* Strafrecht des deutschen Volkes  
*H. Mayer* Studienbuch  
*M. E. Mayer* AT  
MDR  
*Merkel* Lehrbuch  
*Mezger-Blei* AT
- Mezger-Festschrift  
*Mezger* Strafrecht  
MonSchrKrim.
- MonSchrPsychiatrNeurol.  
MRK
- MStGB  
Musterentwurf
- NArchCrimR  
*Naucke* Strafrecht  
Nervenarzt  
n. F.  
Niederschriften
- Nipperdey* AT
- NJW  
*Noll* Strafrecht AT  
*Nowakowski* Grundzüge
- Nr.  
NStZ  
NZWehrr.  
ÖJZ  
ÖsterrZStr.  
OGH
- o. J.  
OLG(Z)  
OLG Celle-Festschrift  
OLGSt.
- Olshausen*
- Otto* Grundkurs AT, BT
- OWiG  
Peters-Festschrift
- PStG  
Radbruch-Gedächtnisschrift
- Rdn.  
XXVIII
- H. Mayer* Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936
- H. Mayer* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967  
*M. E. Mayer* Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915  
Monatsschrift für deutsches Recht  
*A. Merkel* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889  
*E. Mezger, H. Blei* Strafrecht I Allgemeiner Teil, 15. Auflage 1973  
(siehe auch *Blei*)  
*K. Engisch* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Edmund Mezger, 1954  
*E. Mezger* Strafrecht, 1931 (gleichlautend 3. Auflage 1949)  
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform;  
— für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform;  
— für Kriminologie und Strafrechtsreform  
Monatsschrift für Psychiatrie und Neurologie  
Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten  
Militärstrafgesetzbuch  
*G. Heise, R. Riegel* (Hrsg.) Musterentwurf eines einheitlichen  
Polizeigesetzes, 2. Auflage 1978  
Neues Archiv des Criminalrechts  
*W. Naucke* Strafrecht, Eine Einführung, 3. Auflage 1980  
Der Nervenarzt  
neue Fassung; neue Folge  
Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,  
Bd. I bis XIV, 1956 bis 1960  
*L. Ennecerus, H. C. Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen  
Rechts Bd. II, 15. Auflage 1960  
Neue Juristische Wochenschrift  
*P. Noll* Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1981  
*F. Nowakowski* Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen,  
1955  
Nummer  
Neue Zeitschrift für Strafrecht  
Neue Zeitschrift für Wehrrecht  
Österreichische Juristenzeitung  
Österreichische Zeitschrift für Strafrecht  
Oberster Gerichtshof für die Britische Zone; Entscheidungen des  
Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen,  
hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft  
beim Obersten Gerichtshof  
ohne Jahresangabe  
Oberlandesgericht (in Zivilsachen)  
Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, 1961  
*M. Kohlbaas* u. a. (Hrsg.) Entscheidungen der Oberlandesgerichte  
zum Strafverfahrensrecht  
*J. v. Olshausen* Kommentar zum Strafgesetzbuch, bearbeitet von  
*H. Freiersleben* u. a., 12. Auflage 1942  
*H. Otto* Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre,  
2. Auflage 1982; Die einzelnen Delikte, 1977  
Gesetz über Ordnungswidrigkeiten  
*J. Baumann* u. a. (Hrsg.) Einheit und Vielfalt des Strafrechts,  
Festschrift für Karl Peters, 1974  
Personenstandsgesetz  
*Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch,  
1968  
Randnummer

## Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

Rechtstheorie	Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
RG	Reichsgericht in Strafsachen; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
RGBl. I, II	Reichsgesetzblatt Teil I, Teil II
RG-Festgabe	O. <i>Schreiber</i> (Hrsg.) Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. V, Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1929
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
Rittler-Festschrift	S. <i>Hohenleitner</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Theodor Rittler, 1957
Rittler Lehrbuch	<i>Th. Rittler</i> Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts Bd. I Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1954
ROW	Recht in Ost und West, Zeitschrift für Rechtsvergleichung und innerdeutsche Rechtsprobleme
<i>Roxin</i> Strafverfahrensrecht	C. <i>Roxin</i> Strafverfahrensrecht, 17. Auflage 1982
<i>Roxin-Schünemann-Haffke</i> Klausurenlehre	C. <i>Roxin</i> , B. <i>Schünemann</i> , B. <i>Haffke</i> Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Auflage 1982
RuStG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
S.	Seite
<i>Samson</i> Strafrecht I, II	E. <i>Samson</i> Strafrecht I, 4. Auflage 1980; Strafrecht II, 3. Auflage 1980
Sarstedt-Festschrift	R. <i>Hamm</i> (Hrsg.) Festschrift für Werner Sarstedt, 1981
<i>Sauer</i> Allgemeine Strafrechtslehre	W. <i>Sauer</i> Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage 1955
<i>Sauer</i> -Festschrift	Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949
Schaffstein-Festschrift	G. <i>Grünwald</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975
Schelsky-Festschrift	F. <i>Kaulbach</i> u. a. (Hrsg.) Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky, 1978
<i>Schmidhäuser</i> AT	E. <i>Schmidhäuser</i> Strafrecht Allgemeiner Teil, 1970; 2. Auflage 1975
<i>Schmidhäuser</i> BT	E. <i>Schmidhäuser</i> Strafrecht Besonderer Teil, 1980
<i>Schmidhäuser</i> Studienbuch	E. <i>Schmidhäuser</i> Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch (unter Mitarbeit von H. <i>Alwart</i> ), 1982
Eb. Schmidt-Festschrift	P. <i>Bockelmann</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961
<i>Eb. Schmidt</i> Lehrkommentar	<i>Eb. Schmidt</i> Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I, 2. Auflage 1964
Kurt Schneider-Festschrift	H. <i>Kranz</i> (Hrsg.) Psychopathologie heute, Festschrift für Kurt Schneider, 1962
<i>Schönke-Schröder</i> (-Bearbeiter)	A. <i>Schönke</i> , H. <i>Schröder</i> Strafgesetzbuch, 15. Auflage 1970; 17. Auflage 1974; 21. Auflage, bearbeitet von <i>Th. Lenckner</i> , P. <i>Cramer</i> , A. <i>Eser</i> , W. <i>Stree</i> , 1982
Schröder-Gedächtnisschrift	W. <i>Stree</i> u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978
<i>Schultz</i> AT (Schweiz)	H. <i>Schultz</i> Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 3. Auflage 1977
Schultz-Festgabe	H. <i>Walder</i> u. a. (Hrsg.) Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, 1977
Schweizer Juristentags-Festgabe	Festgabe zum Schweizer Juristentag, 1963
Schweizerischer Juristenverein-Festgabe	Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Festgabe ... für den schweizerischen Juristenverein, 1955
Schweizerisches Bundesgericht	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

## Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

Schwinge-Festschrift	<i>H. U. Evers</i> u. a. (Hrsg.) <i>Persönlichkeit in der Demokratie</i> , Festschrift für Erich Schwinge, 1973
SchwZStr.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
scil.	scilicet (nämlich)
SeemannsG	Seemannsgesetz
SHG	Bundessozialhilfegesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK-Bearbeiter	<i>H.-J. Rudolphi</i> , <i>E. Horn</i> , <i>E. Samson</i> , <i>H.-L. Schreiber</i> Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, 2. Auflage 1977; <i>H.-J. Rudolphi</i> , <i>E. Horn</i> , <i>E. Samson</i> Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, 3. Auflage, Stand April 1981; Bd. II, Stand September 1982
Smend-Festgabe	<i>K. Hesse</i> u. a. (Hrsg.) <i>Staatsverfassung und Kirchenordnung</i> , Festgabe für Rudolph Smend, 1962
Soergel-Bearbeiter	<i>Th. Soergel</i> , <i>W. Siebert</i> Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, 11. Auflage 1978
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
Sonderausschuß V	Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode
Sp.	Spalte
SprengstG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
St.	Strafsachen
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
Staudinger-Bearbeiter	<i>J. v. Staudingers</i> Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 12. Auflage 1980
StGB	Strafgesetzbuch (siehe 1/Fn. 2)
StPO	Strafprozeßordnung
Stock-Festschrift	<i>G. Spendel</i> (Hrsg.) <i>Studien zur Strafrechtswissenschaft</i> , Festschrift für Ulrich Stock, 1966
StrandungsO	Strandungsordnung
Stratenwerth AT	<i>G. Stratenwerth</i> Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1971; 2. Auflage 1976; 3. Auflage 1981
Stratenwerth Schweizerisches Strafrecht	<i>G. Stratenwerth</i> Schweizerisches Strafrecht AT I: Die Straftat, 1982
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz)
TierschutzG	Tierschutzgesetz
Traeger-Festschrift	Festschrift für Ludwig Traeger, 1926
Triffterer Strafrecht	<i>O. Triffterer</i> <i>Optisches Strafrecht</i> 1. Halbbd., 1981
u. a.	und andere; unter anderem
u. a. m.	und andere(s) mehr
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
VDAT, VDBT	<i>K. Birkmeyer</i> u. a. (Hrsg.) <i>Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts</i> , Allgemeiner Teil Bd. I bis VI, Besonderer Teil Bd. I bis IX, 1905 bis 1909
VwArch.	Verwaltungsarchiv
VGS	Vereinigte Große Senate
VO	Verordnung
VOR	Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VS	Vereinigte Strafsenate
XXX	

## Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WaffG	Waffengesetz
WDO	Wehrdisziplinarordnung
v. Weber-Festschrift	<i>H. Welzel</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963
<i>v. Weber</i> Grundriß	<i>H. v. Weber</i> Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1948
<i>Wegner</i> Strafrecht	<i>A. Wegner</i> Strafrecht Allgemeiner Teil, 1951
<i>Welzel</i> Abhandlungen	<i>H. Welzel</i> Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975
<i>Welzel</i> -Festschrift	<i>G. Stratenwerth</i> u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hans Welzel, 1974
<i>Welzel</i> Strafrecht	<i>H. Welzel</i> Das Deutsche Strafrecht, 3. Auflage 1954; 7. Auflage 1960; 11. Auflage 1969
<i>Wessels</i> AT, BT (1, 2)	<i>J. Wessels</i> Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage 1982; Strafrecht Besonderer Teil (1), 6. Auflage 1982; (2) 5. Auflage 1982
<i>Wiener Kommentar</i> -Bearbeiter	<i>E. Foregger</i> u. a. (Hrsg.) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1979 ff
WiStG	Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts
wistra	wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
E. Wolf-Festschrift	<i>Th. Würtenberger</i> u. a. (Hrsg.) Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf, 1962
WStG	Wehrstrafgesetz
Würtenberger-Festschrift	<i>R. Herren</i> u. a. (Hrsg.) Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift für Thomas Würtenberger, 1977
Z	Zivilsachen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht zum Beispiel
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
<i>Zipf</i> Kriminalpolitik	<i>H. Zipf</i> Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft





# 1. BUCH

## Die Grundlagen

### 1. KAPITEL

#### Das staatliche Strafen

#### 1. ABSCHNITT

### Der Inhalt und die Aufgabe des staatlichen Strafens

#### Literatur zu I bis V

V. Achter Geburt der Strafe, 1951; M. Ancel Die neue Sozialverteidigung. Eine Bewegung humanistischer Kriminalpolitik, 1970; G. Arzt Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; J. L. Austin Ein Plädoyer für Entschuldigungen, in: G. Meggle (Hrsg.) Analytische Handlungstheorie Bd. I, 1977, S. 8 ff; P. Badura Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964 S. 337 ff; J. Baumann Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, JurBl. 1965 S. 113 ff; E. Beling Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; M. Bleuler Sühne und ärztliche Behandlung in ihrer heilenden Bedeutung, in: E. R. Frey (Hrsg.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, S. 103 ff; J. Bobnert Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; H.-J. Bruns Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Welzel-Festschrift S. 739 ff; ders. Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; ders. Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; R.-P. Calliess Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1973; E. Dreher Über die gerechte Strafe, 1947; E. Durkheim Kriminalität als normales Phänomen, in: F. Sack und R. König (Hrsg.) Kriminalsoziologie, 1968, S. 3 ff; K. Engelhardt Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, 1976; A. Eser Resozialisierung in der Krise? Peters-Festschrift S. 505 ff; F. Exner Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; L. Festinger Theorie der kognitiven Dissonanz, hrsg. von M. Irle und V. Möntmann, 1978; P. J. A. v. Feuerbach Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, Neudruck 1966; O. K. Flechtheim Hegels Strafrechtstheorie, 2. Auflage 1975; E. R. Frey Schuld — Verantwortung — Strafe als kriminalpolitisches Problem, in: ders. (Hrsg.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, S. 297 ff; W. Gallas Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechenens, in: *Universitäts-Gesellschaft Heidelberg* (Hrsg.) Heidelberger Jahrbücher Bd. IX, 1965 S. 1 ff; H. Garfinkel Bedingungen für den Erfolg von Degradierungszeremonien, in: K. Lüderssen und F. Sack (Hrsg.) Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. III, 1977, S. 31 ff; A. Geblen Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen, 2. Auflage, 1964; F. Gramatica Grundlagen der défense sociale, 1965; E. Hanack Probleme des Vikariierens und der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (§§ 67, 64 StGB), JR 1978 S. 399 ff; B. Haffke Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; ders. Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance, in: K. Lüderssen und F. Sack (Hrsg.) Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. III S. 291 ff; W. Hassemer Generalprävention und Strafzumessung, in: W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke (Hrsg.) Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 29 ff; ders. Resozialisierung und Rechtsstaat, KrimJ 1982 S. 161 ff; G. W. F. Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821; J. Hellmer Über die Glaubwürdigkeit des Strafrechts und die Bedeutung des zwischenmenschlichen Verhältnisses für die Kriminalitätsbekämpfung, JZ 1981 S. 153 ff; E. E. Hirsch Die Steuerung menschlichen Verhaltens, JZ 1982 S. 41 ff; N. Hoerster Aktuelles in Arthur Schopenhauers Philosophie der Strafe, ARSP 58 S. 555 ff; ders. Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970 S. 272 ff; H. Horstkotte Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung, JZ 1970 S. 122 ff; G. Jakobs Schuld und Prävention, 1976; ders. Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit? in:

*D. Henrich* (Hrsg.) Aspekte der Freiheit, 1982 S. 69 ff; *H.-H. Jescheck* Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 S. 3 ff; *G. Kaiser* Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *ders.* Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 S. 349 ff; *I. Kant* Metaphysik der Sitten, Erster Theil, 2. Auflage 1798; *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip, 1961; *ders.* Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967 S. 553 ff; *H. Kaufmann* Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, v. Weber-Festschrift S. 418 ff; *H. Kelsen* Vergeltung und Kausalität, 1941; *M. Killias* Muß Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozial-psychologischer Sicht, SchwZStr. 97 (1980) S. 31 ff; *P. Klose* Jus puniendi und Grundgesetz, ZStW 86 S. 33 ff; *U. Klug* Abschied von Kant und Hegel, in: *J. Baumann* (Hrsg.) Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36 ff; *W. Köberer* Läßt sich Generalprävention messen? MonSchrKrim. 1982 S. 200 ff; *M. Köhler* Anmerkung zu BGH JZ 1982 S. 771 f, aaO S. 772 f; *K. Lackner* Über die Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *F. v. Liszt* Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 S. 1 ff; *ders.* Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, ZStW 13 S. 325 ff; *ders.* Kriminalpolitische Aufgaben, in: *ders.* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I, 1905, S. 290 ff; *ders.* Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: *ders.* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II, 1905, S. 75 ff; *K. Lüderssen* Strafrecht und „Dunkelziffer“, 1972; *ders.* Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, in: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (Hrsg.) Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 54 ff; *ders.* Vergeltung und Sühne vor dem Forum christlicher Ethik — kein Platz mehr für absolute Strafzwecke, in: *L. Valauri* (Hrsg.) Christentum und modernes Recht, 1982, S. 1261 ff; *N. Lubmann* Rechtssoziologie Bd. I und II, 1972; *W. Maihofer* Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968; *H. Marquardt* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer* Kant, Hegel und das Strafrecht, Engisch-Festschrift S. 54 ff; *M. Melzer* Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; *ders.* Die Neue Sozialverteidigung — ein neuer Begriff in der deutschen Strafrechtsreformdiskussion? JZ 1970 S. 764 ff; *Menzel* Protogoras als Kriminalist, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910 S. 389 ff; *A. Merkel* Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899; *E. Mezger* Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien Bd. I S. 1 ff; *E. Müller-Luckmann* Zur begrifflichen und diagnostischen Problematik von Gesinnung und Reue, in: *H. Göppinger* und *P. H. Bresser* (Hrsg.) Tötungsdelikte, 1980, S. 113 ff; *A. Nagler* Die Verständigung der Strafrechtsschulen, GS 70 S. 6 ff; *J. Nagler* Die Strafe, 1918; *W. Naucke* Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *ders.* Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964 S. 203 ff; *ders.* Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975, ZStW 87 S. 861 ff; *ders.* Generalprävention und Grundrechte der Person, in: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (Hrsg.) Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 9 ff; *ders.* Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 S. 525 ff; *U. Neumann* und *U. Schroth* Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *P. Noll* Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *ders.* Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift S. 219 ff; *F. Nowakowski* Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift S. 55 ff; *H. Ostendorf* Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP 1976 S. 281 ff; *K. Peters* Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs, Heinitz-Festschrift S. 501 ff; *H. Pfander* Der zentrale Begriff „Strafe“, SchwZStr. 61 (1946) S. 173 ff; *W. Preiser* Das Recht zu strafen, Mezger-Festschrift S. 71 ff; *ders.* Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 7 ff; *G. Radbruch* Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 3. Auflage o. J.; *A. Rieg* Die modernen Tendenzen des französischen Strafrechts, ZStW 81 S. 411 ff; *C. Roxin* Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966 S. 377 ff; *ders.* Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 S. 613 ff; *ders.* Strafzumessung im Lichte der Strafzwecklehre, Schultz-Festgabe S. 463 ff; *F. Schaffstein* Spielraum-Theorie, Schuld- und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Gallas-Festschrift S. 99 ff; *W. Schild* Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ 1980 S. 597 ff; *E. Schmidhäuser* Vom Sinn der Strafe, 1963; *Eb. Schmidt* Zur Theorie des unbestimmten Strafur-

teils, SchwZStr. 45 (1931) S. 200 ff; *ders.* Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien Bd. I S. 9 ff; *ders.* Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 S. 177 ff; *ders.* Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 S. 359 ff; *ders.* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage 1965; *H. Schöch* Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973; *H.-L. Schreiber* Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 S. 279 ff; *H. Schultz* Abschied vom Strafrecht? ZStW 92 S. 611 ff; *M. Scott* und *St. Lyman* Verantwortungen, in: *H. Steinert* (Hrsg.) Symbolische Interaktion, 1973, S. 294 ff; *K. Seelmann* Hegels Straftheorie in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, JuS 1979 S. 687 ff; *R. Sieverts* Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welchem Umfang? Wie wäre sie auszugestalten? Materialien Bd. I S. 107 ff; *P. Strasser* Verbrechenserklärungen und Strafkonzeptionen, KrimJ 1979 S. 1 ff; *G. Stratenwerth* Leitprinzipien der Strafrechtsreform, in: *L. Brandt* (Hrsg.) Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaft Heft 162, 1970, S. 7 ff; *ders.* Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *F. Streng* Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 S. 637 ff; *K. Tiedemann* Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzgebung, ZStW 86 S. 303 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1975 S. 183 ff, aaO S. 185 ff; *Th. Vogler* Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 S. 132 ff; *K. Volk* Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 83 S. 405 ff; *M. Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage 1976; *G. Wolfslast* Anmerkung zu BGH NSTZ 1982 S. 112, aaO S. 112 f; *Th. Würtenberger* Die unbestimmte Verurteilung, Materialien Bd. I S. 89 ff; *H. Zipf* Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980.

## I. Der Begriff der Strafe

A 1. Welchen Inhalt und welche Aufgabe Strafe hat, läßt sich — auch beschränkt **1** auf staatliche Strafe — nicht unabhängig vom Bestand der Ordnung ausmachen, in der gestraft wird, und auch nicht unabhängig von der Verständigung über den Sinn dieser Ordnung. So wird, was den Bestand der Ordnung angeht, ein Staat, der seine Kräfte auf die Sicherung seiner Existenz konzentrieren muß (etwa im Krieg), Strafe so einsetzen, daß sie zumindest kurzfristig Effektivität garantiert (etwa Abschreckung durch harte Strafen), während ein Staat ohne akute Existenzprobleme kurzfristige Ineffektivität in Kauf nehmen kann, um auf lange Sicht inneren Frieden zu erzielen (etwa Vermeidung harter Strafen, um die Empfindlichkeit gegenüber Gewalt nicht abzustumpfen). Was die Verständigung über den Sinn der Ordnung betrifft, so hängt von ihr ab, ob Strafe etwa konflikttheoretisch als Kampfmittel der herrschenden Klasse oder sonst herrschender gesellschaftlicher Gruppen verstanden wird oder als Mittel, unberechtigte (oder unzeitgemäße) Herrschaftsansprüche abzuwehren, ob das von der „Obrigkeit“ nach religiösen Vorstellungen zu führende „Schwert“ trifft oder der Täter nach seinem eigenen Willen bestraft wird, weil auch er ein Vertragspartner im Sozialvertrag ist, etc.

2. Die trotz aller Unterschiede bestehenden Gemeinsamkeiten, die es erlauben, quer **2** durch die Ordnungen und deren Verständnis einheitlich von Strafe zu reden, sind folgende<sup>1</sup>: *Stets geht es bei der Strafe um eine Reaktion auf einen Normbruch. Stets wird durch die Reaktion demonstriert, daß an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll.*

<sup>1</sup> *Achter* (Geburt S. 9 ff, 13 ff und passim) will erst von Strafe sprechen, wenn nicht nur reagiert wird, um „einen Riß im Weltgebäude zu kitten“ (aaO S. 18), sondern wenn bei der Reaktion gegenüber dem Täter ein Vorwurf, ein Tadel erhoben wird. Dieser Tadel wird aber — was *Achter* wohl auch nicht verkennt — nur erforderlich, wenn der Grund der Reaktion, der Normbruch, nicht mehr nur im „Weltgebäude“ liegt, sondern

im Kopf des Täters (man könnte auch den Begriff des Normbruchs für dieses subjektive Versagen reservieren). Jedenfalls wirken die tadelnde und die nicht tadelnde Reaktion funktional äquivalent, scil. Gegenseitigkeit wiederherstellend, und zwar auf Kosten eines Zuständigen. — Zur Verbindung der Strafe mit dem Tausch und mit dem Opfer im Merkmal der Gegenseitigkeit siehe *Geblen* Urmensch S. 45 ff, 48.

*Und stets erfolgt die demonstrierende Reaktion auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen* (Kosten sind in diesem Zusammenhang Einbußen an irgendwelchen Gütern). Es geht um eine normative Problematik: um die Zuordnung eines störenden Ereignisses zum Träger derjenigen Kosten, die zur Beseitigung der Störung notwendig sind.

Die zur Bezeichnung der Strafe verwendeten Begriffe sind kontextabhängig, insbesondere sind es die Begriffe „Normbruch“ und „Zuständigkeit“. Beispiele: Wie weit ein Normbruch objektiv an der äußeren Gestalt (am Erfolg) eines Verhaltens festgemacht wird und wie weit die subjektive Konstitution des Täters zu berücksichtigen ist, hängt von dem Maß ab, in dem für den Bestand der Gesellschaft wenige, vorprägbare Sozialkontakte hinreichen oder in dem zur Ermöglichung differenter Kontakte die Gestaltung dem einzelnen Mitglied überlassen bleiben muß. Für eine Gesellschaft, die sich im Tausch von Standardartikeln und in ritualisierter Religionsausübung erschöpft, gelten andere Regeln als für eine Gesellschaft mit hoch komplexer Verknüpfung des Verhaltens ihrer Mitglieder. — Wenn es heute als selbstverständlich angesehen wird, daß für einen Normbruch immer nur zuständig sein kann, wer selbst daran handelnd oder nicht-hindernd beteiligt ist, so setzt diese Sicht — neben zahlreichen weiteren Bedingungen — voraus, daß die Mitglieder der Gesellschaft unvermittelt angehören (und nicht etwa vermittelt als Glieder einer Sippe).

- 3 B. Dieser Umriss, der nachfolgend für das geltende Recht — das *Strafgesetzbuch (StGB)*<sup>2</sup> — ausgefüllt werden muß, unterscheidet sich von einem geläufig gezeichneten Bild der Strafe: Das Unrecht ist ein Übel und die Kostentragungspflicht für den Täter ist auch ein Übel, aber trotzdem läßt sich Strafe nicht als Übelszufügung wegen eines begangenen Übels bestimmen<sup>3</sup>: Es wäre unvernünftig, „ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist“, und diese Sequenz der Übel bezeichnet die Strafe auch nur nach ihrem „oberflächliche(n) Charakter“<sup>4</sup>. Strafe muß positiv definiert werden: Sie ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Dabei springt ein Übel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfüllt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzten Norm.

## II. Die Theorie der positiven Generalprävention<sup>5</sup>

### A. Die Notwendigkeit sicherer Normgeltung

- 4 1. Wie sich die Menschen beim Umgang mit der Natur nur zurechtfinden, soweit sie Regelmäßigkeiten erkennen können, so ist auch bei — hier allein interessierenden — sozialen Kontakten Orientierung nur möglich, wenn nicht jederzeit mit jedem beliebigen Verhalten der anderen Menschen gerechnet werden muß. Ansonsten würde jeder Kontakt zu einem unkalkulierbaren Risiko<sup>6</sup>. Wenn ein sozialer Kontakt überhaupt eingegangen wird, ist dies schon ein Zeichen dafür, daß kein völlig unbestimmter Ausgang

<sup>2</sup> Vom 15. 5. 1871 RGBl. S. 127, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. 1. 1975 BGBl. I S. 1, zuletzt geändert durch das 20. Strafrechtsänderungsgesetz vom 8. 12. 1981 BGBl. I S. 1329.

<sup>3</sup> So die Definition bei *Grotius* De iure belli ac pacis, liber II caput XX, de poenis: „Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis“.

<sup>4</sup> *Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 99

<sup>5</sup> Das folgende Modell des Zusammenhangs zwischen Normbruch und Normbestätigung durch

Strafe erfaßt nicht jede Variante der staatlichen Strafe nach geltendem Recht, wohl aber die hauptsächlichen Züge.

<sup>6</sup> Dabei liegt die Grenze zwischen einerseits dem Umgang mit der Natur und andererseits sozialen Kontakten nicht vorab fest: Sie verschiebt sich zugunsten des sozialen Bereichs, soweit die Natur als personhaft agierend verstanden wird (dazu *Kelsen* Vergeltung passim), und zugunsten des natürlichen Bereichs, soweit Menschen als bloße Durchgangsstellen natürlicher Prozesse verstanden werden.

erwartet wird. Wird die Erwartung enttäuscht<sup>7</sup>, so entsteht für den Enttäuschten ein Konflikt, in dem er reagieren muß<sup>8</sup>; denn durch die Enttäuschung steht fest, daß die Bilanz zwischen den Verläufen, auf deren Eintritt er baut, und den Verläufen, die realisiert werden, nicht mehr stimmt: Die Orientierungsmuster des Enttäuschten müssen überprüft werden.

2 a) Nun können bei sozialen Kontakten auch Enttäuschungen der Art entstehen, **5** wie sie beim Umgang mit der Natur vorkommen. Jeder Mensch weiß, daß sein Gegenüber auch „aus Fleisch und Blut“ und deshalb natürlichen Gesetzen unterworfen ist, also etwa in tiefem Wasser ertrinkt, wenn er nicht schwimmen kann, umfällt, wenn er heftig gestoßen wird, oder in Krämpfe verfällt, wenn er einen epileptischen Anfall erleidet. Insoweit wird vom Partner des sozialen Kontakts nur erwartet, daß sein Befinden den Regeln alles Natürlichen folgt, nicht aber, daß er Rechtsnormen beachtet. Diese Erwartungen sind kognitiver Art, d. h. im Enttäuschungsfall hat man sich verkalculiert und muß umlernen, also pro futuro — durch Erfahrung klug geworden — besser kalkulieren, wenn man die Enttäuschung nicht als *quantité négligeable* abtun kann. Damit soll nicht behauptet werden, das Recht könne oder dürfe niemals Nichtschwimmern Rettungsmaßnahmen in tiefem Wasser gebieten oder gewaltsam zum Torkeln gebrachten Personen verbieten, gegen Glasvitriolen zu fallen, oder von einem Krampfanfall Heimgesuchten, um sich zu schlagen, etc.; behauptet wird nur, daß in der Gesellschaft gegenwärtiger Gestalt diese Befindlichkeiten als natürlich behandelt werden (wobei nicht ausgeschlossen ist, daß man gegebenenfalls mit rechtllichem Nachdruck Vorsorge treffen muß, nicht in solche natürlichen Befindlichkeiten hineinzugeraten). Die Behandlung dieser Befindlichkeiten als natürlich erfolgt, weil die Zurechnung der Befindlichkeiten potentiell jedermann ohne Möglichkeit einer Vorsorge zum Straftäter machen und deshalb ebensoviel Erwartungssicherheit aufheben würde, wie sie garantieren könnte. — Der Grenzverlauf dieser Erwartungsart zur folgenden ist das Problem des Handlungsbegriffs (unten 6/1 ff), teils auch ein Problem der Schuld (unten 17/1 ff).

b) Eine Enttäuschung speziell im Bereich sozialer Kontakte betrifft diejenigen Erwartungen, die sich aus dem Anspruch an den Partner ergeben, dieser werde die geltenden Normen respektieren. Der Anspruch kann dabei der kognitiven Lagebeurteilung widerstreiten. Beispiel: Auch wer sieht, wie der Steuermann Alkohol trinkt, gibt den Anspruch auf eine sichere Fahrt nicht auf. Eine normative Erwartung muß auch im Enttäuschungsfall nicht preisgegeben, sondern kann (kontrafaktisch) durchgehalten werden, indem nicht die Erwartung des Enttäuschten, sondern der Normbruch des Enttäuschenden als der maßgebliche Fehler definiert wird. Beispiel: Man sperrt den Übeltäter zur Demonstration der Fehlerhaftigkeit seines Verhaltens ein. **6**

c) Die für die Ermöglichung sozialer Kontakte unumgänglichen, stabilen normativen Erwartungen können sich — abgesehen von den unterschiedlichen Inhalten der Normen — auf zwei verschiedene Gegenstandsbereiche beziehen. Zum einen ist eine Erwartung notwendig, daß alle Menschen ihren Organisationskreis in Ordnung halten **7**

<sup>7</sup> Eine Enttäuschung liegt vor, wenn sich eine Erwartung nicht erfüllt; ob das überraschend geschieht oder vorausgesehen wurde, ist für den Begriff irrelevant.

<sup>8</sup> Zum folgenden Text siehe *Lubmann Rechtssoziologie* Bd. I S. 40 ff; 53 ff, 106 ff; *Festinger Theorie der kognitiven Dissonanz* S. 15 ff, 177 ff und *passim*; ferner *Schild JZ* 1980 S. 597 ff; *Killias*

*SchwZStr* 97 (1980) S. 31 ff; *Jakobs Schuld und Prävention* S. 8 ff; *ders.* in: *Aspekte der Freiheit* S. 69 ff, 72 ff. — Zu Techniken der Konfliktvermeidung siehe ferner *Scott und Lyman* in: *Symbolische Interaktion* S. 294 ff, 295 ff; — juristisch weniger ergiebig *Austin* in: *Analytische Handlungstheorie* S. 8 ff.

und somit Außenwirkungen ausbleiben, durch die andere geschädigt werden könnten. Die Stabilität dieser Erwartung ist nicht nur unumgänglich, weil niemand alle Organisationskreise zusammen beherrschen *kann*, sondern auch weil wegen des Rechts auf je eigene Organisation niemand solchermaßen umfassend herrschen *darf*. Die Erwartung hat einen nur-negativen Inhalt: Die Organisationskreise sollen getrennt bleiben. Die Enttäuschung dieser Erwartung führt zu Delikten, die Herrschaftsdelikte heißen oder Delikte kraft Organisationszuständigkeit (unten 7/56 ff; 21/16 ff; 28/14; 29/29 ff). Zum anderen ist eine Erwartung des ordnungsgemäßen Funktionierens der elementaren Institutionen notwendig. Diese Erwartung hat einen positiven Inhalt, scil. daß die Institutionen auf den Organisationskreis einzelner Personen abgestimmt werden. Die Enttäuschung dieser Erwartung führt zu Delikten, die Pflichtdelikte heißen oder Delikte kraft institutioneller Zuständigkeit (unten 7/70; 21/115; 25/43 ff; 28/15; 29/57 ff).

### B. Die Öffentlichkeit des Konflikts

- 8 Freilich sind die nur-individuellen Enttäuschungen der Partner sozialer Kontakte keine öffentliche Angelegenheit und deshalb kein Anlaß für staatliche Reaktionen. Selbst wenn der Staat stellvertretend für den individuell Enttäuschten, etwa zur Vermeidung von Lynchjustiz, die Verfolgung des Normbrechers übernehmen könnte<sup>9</sup>, ergäbe das ein allenfalls mittelbares öffentliches Interesse an der Enttäuschung. Dieser Vermittlung bedarf es aber nicht; denn durch den Bruch strafrechtlich garantierter Normen entsteht auch ein öffentlicher Konflikt<sup>10</sup>, wenn es sich überhaupt um legitime Strafnormen handelt. Strafrechtlich werden nur solche Normen garantiert, auf deren generelle Beachtung zur Erhaltung der wesentlichen gesellschaftlichen Gestalt nicht verzichtet werden kann. Die Enttäuschung, der Konflikt und das Erfordernis einer Reaktion beim Normbruch dürfen deshalb nicht als Erlebnisse des individuellen Systems „Einzelmensch“ gedeutet werden, sondern sind als Ereignisse im gesellschaftlichen Bezugssystem zu verstehen. Beispiel: Eigentum hat für viele Menschen einen Wert, wie ihn existentielle Güter haben, hingegen achten es manche Menschen, freilich weniger zahlreich, gering; der strafrechtliche Schutz des Eigentums erfolgt aber ohne Blick auf den Inhaber gleich, und zwar nicht allein wegen der praktisch unumgänglichen Notwendigkeit, beim Zuschnitt der rechtlichen Norm zu generalisieren, sondern auch und vorweg wegen der Ausrichtung des Schutzes auf die gesamtgesellschaftliche Bedeutung des Eigentums. Diese öffentliche Perspektive schließt es nicht aus, bei einem Eigentumsdelikt die individuelle Betroffenheit des Opfers zu berücksichtigen, aber diese Betroffenheit muß wiederum als öffentliche Angelegenheit demonstrierbar sein (als der Nötigungseffekt des Diebstahls), wenn sie zumindest das Strafmaß beeinflussen soll.

### C. Die Bedeutung der Strafe

- 9 1. Ein Normbruch ist nicht seiner äußerlichen Folgen wegen ein strafrechtlich relevanter Konflikt; denn das Strafrecht kann die äußerlichen Folgen nicht heilen. Strafe bewirkt keinen Schadensersatz; zudem sind zahlreiche Normbrüche komplett, bevor

<sup>9</sup> Dazu *Arzt* Ruf S. 39 ff, 60 ff.

<sup>10</sup> D. h. nicht, ein Normbruch sei nur in seiner Eigenschaft als Konflikt öffentlich. Zur Notwendigkeit von Normbrüchen grundlegend *Durkheim* (1895), jetzt in: *Kriminalsoziologie* S. 3 ff (Eine Gesellschaft, in der die üblichen, strafrechtlich garantierten Normen überhaupt nicht mehr gebro-

chen würden, müßte so starke Kollektivgefühle produzieren, daß auf Grund dieser Gefühle Taten als Verbrechen empfunden würden, die ansonsten als Kleinigkeiten o. ä. unauffällig blieben). Weitere Nachweise bei *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 109 ff.

ein äußerlicher Schaden eingetreten ist, scil. stets bei Delikten mit materiellem Versuchscharakter und ansonsten stets im Fall von Versuch und Vorbereitung (unten 25/1 ff). Ein menschliches Verhalten ist aber nicht nur ein äußerlich wirkender Vorgang, sondern in dem Umfang, in dem der Mensch die Wirkungen seines Verhaltens überblickt oder überblicken kann, *bedeutet* sein Verhalten auch etwas, wie ein ausgesprochener Satz etwas bedeutet (zur Notwendigkeit, das Überblicken-Können durch das Subjekt bei der Bestimmung der Bedeutung zu berücksichtigen, siehe unten 6/24 ff). Wer sich in bestimmter Weise verhält, macht damit expressiv, daß er dieses Verhalten in der vorliegenden Situation für angebracht hält; soweit dem Sich-Verhaltenden die bestimmenden Merkmale nicht bekannt sind, er aber, so er nur wollte, sie bemerken könnte, macht er immer noch expressiv, daß die Merkmale nicht in Acht zu nehmen sind. Beispiel: Wer wissentlich betrunken ein Fahrzeug im Verkehr führt und die auch ihm erkennbaren nachteiligen Folgen, etwa für das Leben anderer Verkehrsteilnehmer, nicht bedenkt, macht durch sein Verhalten expressiv, daß in der Situation, in der er sich befindet, Fahren in Trunkenheit sein soll und das Leben anderer Verkehrsteilnehmer nicht in Acht zu nehmen sein soll. Diese Aussage des Verhaltens ist — im Beispielfall — das Gegenteil der Aussagen, die in den Normen der §§ 316 und 222 StGB getroffen werden. *Dieser Widerspruch gegen die Norm durch ein Verhalten ist der Normbruch*. Ein Normbruch ist also eine Desavouierung der Norm. Diese Desavouierung bewirkt in dem Maß einen sozialen Konflikt, in dem die Norm als Orientierungsmuster in Frage gestellt wird. — Die genaue Bestimmung, wann ein Normwiderspruch vorliegt, ist das Problem der Zurechnungslehre, insbesondere der Zurechnung als tatbestandliches und rechtswidriges Verhalten.

2 a) Damit zeichnet sich auch schon ab, wie die Strafe als Reaktion in dem Konflikt **10** zu verstehen ist: Sie darf — wie der Normbruch — nicht als ein nur-äußerliches Ereignis beurteilt werden (dann kommt nur die unvernünftige Sequenz zweier Übel heraus), sondern auch die Strafe bedeutet etwas, scil. daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Bedeutung der Norm nach wie vor maßgeblich ist. Um die Ernsthaftigkeit dieser Gegenaussage hervorzuheben, wird sie in einer kostspieligen Weise vollzogen: unter Aufopferung von Gütern des Täters. *Dieser auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch ist die Strafe*.

b) Entsprechend der Lokalisierung von Normbruch und Strafe auf der Ebene der **11** Bedeutung, nicht der äußeren Verhaltensfolgen, darf als Aufgabe der Strafe nicht die Vermeidung von Güterverletzungen angesehen werden. Aufgabe ist vielmehr die Bestätigung der Normgeltung<sup>11</sup>, wobei Geltung mit Anerkennung gleichzusetzen ist. Die Anerkennung kann auch in dem Bewußtsein erfolgen, daß die Norm gebrochen werden wird<sup>12</sup>; die Erwartung (auch diejenige des zukünftigen Täters) geht in diesem Fall darauf, daß auch dann als Grund des Konflikts wiederum der Normbruch des Täters, nicht aber das Normvertrauen des Opfers bestätigt werden wird. Jedenfalls bewirkt die Strafe, daß die Norm faktisch taugliches Orientierungsmuster bleibt<sup>13</sup>. Zusammenfassend: *Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen*

<sup>11</sup> *Luhmann Rechtssoziologie* Bd. I S. 43; *Neumann und Schroth Theorien* S. 105.

<sup>12</sup> *Luhmann Rechtssoziologie* Bd. I S. 106; siehe schon *M. Weber* *Wirtschaft und Gesellschaft*, Erster Teil Kapitel I § 5, 3, Zweiter Teil Kapitel I § 1, 3. Absatz.

<sup>13</sup> Die der Strafe zum Teil zugesprochene Wirkung (Funktion?) einer Stärkung der Gruppensolida-

rität („säkularisierte Form mystischer Vereinigung“, *Garfinkel* in: *Abweichendes Verhalten* Bd. III S. 31 ff, 33) ist zweifelhaft, was eine Solidarität über das Niveau hinaus angeht, das vor dem Normbruch vorhanden war. Nachweise bei *Neumann und Schroth Theorien* S. 103 ff.

*Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgreicher Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm.*

### D. Die Konflikterledigung ohne Strafe

- 12** 1. Nicht auf jeden (bekanntgewordenen) Normbruch erfolgt Strafe. Der Widerspruch gegen die Norm kann in Einzelfällen herabgespielt werden, so daß keine Reaktion mehr erforderlich ist, etwa indem der Täter als unmaßgeblich definiert wird oder als jemand, der in einer Sondersituation versagt hat, deren Wiederholung nicht droht, o. ä. Die Systematisierung dieser Gewichtungen des Normbruchs ist das Problem der Schuld (unten 17/43 ff).
- 13** 2. Daneben gibt es in einem engen Rahmen weitere Reaktionsmöglichkeiten.
- a) Man kann die enttäuschte Erwartung preisgeben, und zwar nicht aus Einsicht, sondern wegen der faktischen Unmöglichkeit, sie zu stabilisieren. Ein Beispiel bildet die Zurücknahme des sogenannten Demonstrationsstrafrechts durch das 3. Strafrechtsreformgesetz<sup>14</sup>. Da die Preisgabe wiederholbar ist, bedroht sie ihrerseits die Stabilität der Normorientierung.
- b) Man kann den Konflikt nicht zur Kenntnis nehmen. Auch diese Verweigerung ist eine Reaktion. Wiederum erfolgt die Erledigung unter Bedrohung der allgemeinen Orientierung, da die Welt nur noch selektiv wahrgenommen wird. — Im Bereich informeller Normen ist das großzügige Übersehen eines Fehlers geläufig. Bei strafrechtlichen Normen liegen die Beispiele in der Regel im Bereich bagatelhafter Verstöße. Gewichtiger war die Delinquenz in den Universitäten zur Zeit der Studentenunruhen um 1970: Massenhafte Nötigungen und Beleidigungen, aber auch Freiheitsberaubungen und Körperverletzungen sind nicht registriert worden, weil befürchtet wurde, die Registrierung werde wie eine Provokation wirken.
- c) Schließlich kann man die normative Erwartung in eine kognitive Erwartung uminterpretieren und entsprechend reagieren. In diesen Bereich gehören nicht nur der private oder polizeiliche Schutz vor Delinquenz, sondern auch die sichernde oder erziehende Beeinflussung potentieller Delinquenten durch Strafen oder Maßregeln. — Bei der öffentlichen Mißbilligung unter bloßer Androhung der Intensivierung dieser Mißbilligung auf Kosten des Täters (Strafaussetzung, § 56 StGB; Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB) handelt es sich um eine partiell kognitive Erledigung (zukünftiges Wohlverhalten soll durch die konkretisierte Strafdrohung erzwungen werden) neben einer partiell normativen (immerhin erfolgt eine öffentliche Verurteilung). — Siehe auch unten zum Subsidiaritätsprinzip 2/26 ff.

### E. Ergebnis

- 14** 1. In den Kategorien der üblicherweise als Straftheorien bezeichneten Problembe-  
reiche heißt das: Der Widerspruch gegen den Normbruch durch Strafe erfolgt nicht um seiner selbst willen, sondern weil auf garantierte Orientierungen im sozialen Leben nicht verzichtet werden kann. Die Strafe hat also eine Aufgabe, die sich letztlich auf genau dem Niveau auswirken soll, auf dem gesellschaftliche Interaktion stattfindet, und sich nicht darin erschöpft, etwas zu bedeuten: Strafe soll die Bedingungen solcher Interaktion schützen und hat deshalb eine *präventive* Aufgabe.

<sup>14</sup> Vom 20. 5. 1970 BGBl. I S. 505; siehe *LK-Bubnoff* Rdn. 1 ff vor § 125 mit Nachweisen.



2. Der Schutz erfolgt durch Bestätigung der auf Normen Vertrauenden in ihrem Vertrauen. Die Bestätigung hat nicht zum Inhalt, nachfolgend werde niemand mehr Normen brechen, da die Strafe potentielle Delinquenten abschrecken werde, noch weniger geht es um irgendwelche Prognosen speziell zum künftigen Verhalten des Täters. Adressaten der Strafe sind primär überhaupt nicht einige Menschen als potentielle Täter, sondern alle Menschen, da alle ohne soziale Interaktionen nicht auskommen können und da deshalb alle Menschen wissen müssen, was sie dabei erwarten können. Insoweit erfolgt Strafe zur *Einübung in Normvertrauen*. Zudem belastet die Strafe das normbrechende Verhalten mit Kostenfolgen und erhöht deshalb die Chance, daß dieses Verhalten allgemein als nicht diskutabile Verhaltensalternative gelernt wird. Insoweit erfolgt Strafe zur *Einübung in Rechtstreue*. Zumindest aber wird durch die Strafe der Konnex von Verhalten und Kostentragungspflicht gelernt, mag auch die Norm trotz des Gelernten übertreten werden; insoweit geht es um *Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen*. — Die drei genannten Effekte lassen sich als Einübung in Normanerkennung zusammenfassen. Da diese Einübung bei jedermann erfolgen soll, handelt es sich bei dem beschriebenen Modell der Aufgabe staatlichen Strafens um *Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung*<sup>15</sup> (sogenannte positive oder allgemeine — d. h. nicht nur abschreckende — Generalprävention<sup>16</sup>).

3. Sekundär mag die Strafe den Bestraften oder dritte Personen so beeindrucken, daß diese von künftigen Taten ablassen. Solche nicht über Normanerkennung, sondern über Furcht vermittelten Effekte sind Beigaben der Strafe, die erwünscht sein mögen; es ist aber nicht die Aufgabe der Strafe, diese Effekte hervorzurufen. Es wird freilich noch darzulegen sein, daß ein Mindestmaß an kognitiver Untermauerung der Normen zur Stabilisierung ihrer Geltung unabdingbar ist (siehe unten zu den Maßregeln 1/56).

### III. Die absoluten Theorien

#### A. Die Vergeltungstheorien

1. Die Inhalte der Straftheorien<sup>17</sup> werden verbreitet auf zwei Formeln reduziert: *Punitur, quia peccatum est* (absolute Theorie) und *punitur, ne peccetur* (relative Theorie)<sup>18</sup>. Mit diesem Inhalt lassen sich freilich schon die Theorien der neueren Zeit überwiegend nicht mehr gegenüberstellen. Für die Gegenwart kann sogar als ausgemacht gelten, daß nur zur Erhaltung der gesellschaftlichen Ordnung gestraft wird, so daß sich alle Theorien im „ne peccetur“ treffen, genauer: im Interesse an Normstabilisierung.

<sup>15</sup> *Jakobs* Schuld und Prävention S. 10 f, 32 f, freilich allein auf Einübung in Rechtstreue abstellend und unter Vernachlässigung der vertrauensbildenden und Akzeptation der Konsequenzen ermöglichenden Wirkung. Sehr ähnlich *Noll* Strafrecht § 4 f; *ders.* H. Mayer-Festschrift S. 219 ff, 223. — Das Ergebnis berührt sich mit einigen tiefenpsychologischen Deutungen des staatlichen Strafens als „latent wirksamer Sozialisationsfaktor“ oder „kollektive Erziehung durch Strafandrohung“ (*Haffke* Tiefenpsychologie S. 80, 167) oder „Stützung der im Über-Ich verankerten Wertordnung“ (*Streng* ZStW 92 S. 637 ff, 674 und passim); siehe auch *Engelhardt* Psychoanalyse S. 212 ff. — Die Verbindlichkeit der für diese Deutungen vorausgesetzten tiefenpsychologischen Gesetzmäßigkeiten muß für

das hier entwickelte Modell nicht notwendig akzeptiert werden.

<sup>16</sup> Dazu BGH 24 S. 40 ff, 44 f; *Streng* ZStW 92 S. 637 ff, 663 ff; *Hassemer* in: Hauptprobleme S. 29 ff, 38 f; *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 33 ff.

<sup>17</sup> Zur Geschichte der Straftheorien siehe *v. Hippel* Strafrecht Bd. I §§ 21 ff; *Nagler* Strafe S. 120 ff.

<sup>18</sup> Die Formeln gehen auf *Protagoras* zurück; ihre heutige Gestalt verdanken sie *Grotius*, der wiederum an eine Sentenz *Senecas* anknüpft: „Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur“. Siehe *v. Hippel* Strafrecht Bd. I § 21 III 1; *Menzel* Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910 S. 389 ff, 398.

Der Streit geht nur noch darum, ob und in welchem Maß die Strafe nach dieser Aufgabe zu bestimmen ist oder aber einen von der Aufgabe unabhängigen Inhalt hat. Demgemäß wird hier wie folgt differenziert: Als absolut werden an einer Straftheorie alle Elemente bezeichnet, deren Inhalt sich ohne Blick auf den Beitrag der Strafe zum Erhalt der sozialen Ordnung allein aus dem Umstand ergibt, daß eine Norm gebrochen wurde; das können neben dem Ob der Strafe auch deren Maß oder Höchstmaß sein. Relativ sind demgemäß diejenigen Elemente von Straftheorien, deren Inhalt durch die Aufgabe der Strafe für die soziale Ordnung vermittelt wird.

- 18 2. Nach dem zuvor dargestellten Modell positiver Generalprävention soll die Strafe Erwartungssicherheit bei sozialen Kontakten garantieren und damit Gesellschaft ermöglichen. Eine Rechtfertigung, so zu verfahren, gibt das Modell nicht; es setzt vielmehr voraus, daß die gesellschaftliche Ordnung die Kosten wert ist, die dem Normbrecher auferlegt werden<sup>19</sup>. Dagegen werden zwei Einwände erhoben: Zum einen soll das, was zu garantieren ist, nicht der reale gesellschaftliche Bestand sein, sondern die Gerechtigkeit; zum anderen soll die Garantie nicht so erfolgen dürfen, daß der Täter als Mittel zur Beförderung des Wohls der anderen Menschen benutzt wird. Das Gewicht beider Einwände ist schwer zu beurteilen, weil die Beförderung von Gerechtigkeit als Selbstzweck im strafrechtlichen Schrifttum heute nicht mehr vertreten wird und auch historisch nur vereinzelt vertreten worden ist. Wenn aber in der Hauptsache außer Streit steht, daß Strafrecht der Erhaltung erhaltenswerter (!) gesellschaftlicher Ordnung dienen soll, geht es nicht mehr um eine absolute Legitimation von Strafe, sondern nur noch um die absolute Begrenzung relativ legitimer Strafe. So ist selbst das bekannteste Prinzip vergeltenden Strafens, das Talionsprinzip — d. h. das Prinzip der Vergeltung einer (Übel-)Tat mit Gleichem —, zumindest auch eine Strafbegrenzung: Das Prinzip „Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß“ etc.<sup>20</sup> limitiert die Rache auf das Maß des Güterverlustes, den die Tat bewirkt hat.

- 19 3 a) Historisch wirkungsmächtig war die Gestalt, die *Kant* und *Hegel* der vergeltenden Strafe gegeben haben. Nach *Kant* ist der Inhalt der Strafe<sup>21</sup> Talion („Hat er aber gemordet, so muß er sterben“). Die Aufgabe der Strafe besteht in der Durchsetzung von Gerechtigkeit. Letzteres begründet *Kant* wie folgt<sup>22</sup>: Zum einen *darf* Strafe immer nur gegen den Täter verhängt werden, „weil er verbrochen hat“; denn ansonsten, bei Verfolgung von General- oder Spezialprävention, wird „der Mensch . . . bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt“. Zum anderen *muß* auch Gerechtigkeit verwirklicht werden<sup>23</sup>. „Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ“; denn geht „die Gerechtigkeit unter . . ., so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben“. Zur Verdeutlichung des Kategorischen bringt *Kant* das Beispiel einer einverständlichen Gesellschaftsauflösung:

<sup>19</sup> *Schmidhäuser* AT 3/18 f; *ders.* Studienbuch 2/23.

<sup>20</sup> 2. Buch Moses 21, Vers 24; dazu *Preiser* Eb. Schmidt-Festschrift S. 7 ff, 27 ff mit Nachweisen; zur Talion im mittelalterlichen Rechtsdenken siehe *Eb. Schmidt* Geschichte S. 52 f.

<sup>21</sup> Zum Wandel der Lehre *Kants* siehe *Welzel* Strafrecht § 32 II 1 a. — Nach *Naucke* Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964 S. 203 ff, 205 ff und *H. Mayer* Engisch-Festschrift S. 54 ff, 62 sollen die Ausführungen *Kants* nur auf Kriminalrecht im engeren Sinne (schwere Kriminalität) nicht auf Polizeirecht (leichte Kriminalität) zu beziehen

sein. Das ist im Blick auf *Kants* Beispiele — etwa Beleidigungsfälle — zumindest zweifelhaft.

<sup>22</sup> Alle Zitate aus der *Metaphysik der Sitten*, Erster Teil, 2. Auflage, Königsberg 1798, II. Teil, 1. Abschnitt, Allgemeine Anmerkung, E.

<sup>23</sup> Nach *H. Mayer* Engisch-Festschrift S. 54 ff, 69 ff, 73 soll *Kant* keine Begründung für die Verhängung von Strafe, sondern nur für deren Maß liefern wollen; — das ist mit *Kants* Ausführungen zur Kategorik des Strafens nicht recht verträglich.

Auch dann müsse „der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden“; ansonsten sei das Volk „Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit“.

b) Was die Vermengung des Täters unter die Gegenstände des Sachenrechts angeht, **20** so kann und soll diese bei der hier vertretenen Präventionstheorie nicht kaschiert werden, wenn auch, wie bei der Darstellung der Schuld noch zu zeigen sein wird, Strafe nach dieser Theorie die Anerkennung des Täters als gleichartig voraussetzt (unten 17/48). Strafe kann überhaupt nur durch den Wert der Ordnung legitimiert werden, für deren Erhalt gestraft wird<sup>24</sup>. Die absolute Theorie erspart dieses Legitimationsproblem nicht; denn auch die Strafe am Täter, „weil er verbrochen hat“, ist nur gerecht, wenn das Verbrechen legitim definiert ist. Zu dieser Definition aber leistet die absolute Theorie nichts<sup>25</sup>. Die Richtigkeit der Definition setzt *Kant* vielmehr voraus. Gelänge die Lösung des Legitimationsproblems absolut, d. h. für Normen, die nicht durch eine konkrete gesellschaftliche Situation vermittelt werden, so verlören diese Normen bei der von *Kant* beispielhaft angeführten Auflösung der Gesellschaft schon per Definition nichts von ihrer Legitimation, so daß das extrem Kategorische der absoluten Theorie auch für jede relative Theorie unumgänglich wäre: Die nach der Gesellschaftsauflösung wie zuvor notwendige Norm<sup>26</sup> müßte auch nach wie vor stabilisiert werden<sup>27</sup>.

4. Bei *Hegel*<sup>28</sup> erhält die absolute Theorie eine Gestalt, deren Differenz zur hier vertretenen positiven Generalprävention gering ist. *Hegels* Bezugssystem bei der Begründung von Strafe ist der Begriff des Rechts, das hiesige Bezugssystem bilden die Bestandsbedingungen der Gesellschaft. Ansonsten besteht folgende Übereinstimmung: *Hegel* deutet die Straftat als „etwas Negatives“, scil. als Verletzung des Rechts im Sinn einer Negierung des Rechts. Diese Verletzung erhebt einen Anspruch auf Geltung, aber dem Anspruch begegnet die Strafe als „Verletzung der Verletzung“ und somit „Wiederherstellung des Rechts“<sup>29</sup>. Diese Verbindung ist absolut, da Recht notwendig immer auch wirklich durchgesetztes Recht sein muß<sup>30</sup>; nicht die Nützlichkeit der Strafe ergibt hier ein Argument, sondern einzig die Begriff gewordene Idee des Rechts<sup>31</sup>. Da *Hegel* Tat und Strafe nicht als äußere Fakten aufeinander bezieht, sondern als bedeutungshaltige Vorgänge, kommt es — anders als bei *Kant* — nicht mehr auf die Artgleichheit an, sondern auf Gleichheit „nach dem Wert derselben“<sup>32</sup>. Dabei erkennt *Hegel*, daß die erforderliche Strafe der „ihrer selbst sicher gewordene(n) Macht der Gesellschaft“ korreliert, d. h. das Strafmaß kann in konsolidierten Gesellschaften sinken, da dort „die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft“ geringer ist<sup>33</sup>. „Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an“<sup>34</sup>. Bei *Hegel* ist also die Strafe zwar dem Begriff nach absolut, aber in ihrer konkreten Ausgestaltung relativ zum jeweiligen Stand der Gesellschaft.

<sup>24</sup> Insoweit zutreffend *Klug* in: Programm S. 36 ff, 40.

<sup>25</sup> *A. A. Naucke* in: Hauptprobleme S. 9 ff, 25 f.

<sup>26</sup> *Kant* meint im Beispiel nicht einen Verzicht auf jede Vergesellschaftung überhaupt, sondern auf eine konkrete Gesellschaft; das Kategorische entspricht dem Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2 StPO.

<sup>27</sup> Das verkennen *Klug* in: Programm S. 36 ff, 39 f und wohl auch *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 383.

<sup>28</sup> Zum folgenden Text siehe *Flechtheim* Hegels Strafrecht S. 78 ff, 82 ff, 91 ff, 102 ff; *H. Mayer*

Engisch-Festschrift S. 54 ff, 74 ff; *Seelmann* JuS 1979 S. 687 ff.

<sup>29</sup> Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, §§ 99 und 101.

<sup>30</sup> AaO § 97.

<sup>31</sup> AaO § 99.

<sup>32</sup> AaO § 101.

<sup>33</sup> AaO § 218.

<sup>34</sup> AaO § 218.

- 22 5 a) Bei den neueren absoluten Theorien<sup>35</sup> einschließlich der Vereinigungstheorien steht die Strafe überhaupt unter dem Vorbehalt der gesellschaftlichen Notwendigkeit. Das entspricht auch der hier vertretenen Position; wenn es für *Hegels* „Verletzung der Verletzung“ funktionale Äquivalente gibt, ist Strafe nicht erforderlich. Dieser Weg führt zu präventiven Modellen. Aber nach den neueren absoluten Theorien und den Vereinigungstheorien soll eine von den gesellschaftlichen Erfordernissen unabhängige, also absolute Bestimmung der Strafe insoweit zu retten sein, als die aus gesellschaftlicher Notwendigkeit verhängte Strafe durch das Maß der schuldangemessenen Strafe *limitiert* werden soll<sup>36</sup>. Die schuldangemessene Strafe wird also als eine absolut meßbare Strafe gedacht, die zwar nicht absolut verhängt werden muß, aber absolut nicht überschritten werden darf.
- 23 b) Dieses Konzept ist aus mehreren Gründen undurchführbar<sup>37</sup>. Zum einen wäre eine präventive Strafe, limitiert durch eine schuldangemessene Strafe, allenfalls noch zufällig präventiv tauglich, wenn Prävention und Schuld voneinander unabhängige Größen wären; denn gibt man der Prävention nicht, was sie braucht, bleibt sie aus. Beispiel: Mit den Präventionszielen „Erziehung“ oder „Abschreckung“ kann die Verhängung einer Strafe, die zur Erziehung oder zur Abschreckung zu kurz ist (dafür aber schuldangemessen), nicht begründet werden. Weiterhin kann seit dem endgültigen Abschied von der Talion beim Übergang von *Kant* zu *Hegel* nicht mehr behauptet werden, das Gewicht einer Strafe lasse sich ohne Blick auf die konkrete gesellschaftliche Wert-erfahrung bestimmen, sei also vom Entwicklungsstand der Gesellschaft unabhängig<sup>38</sup>. Woher die Wert-erfahrung kommen soll, wenn nicht aus Annahmen über „die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft“ (*Hegel*), ist unerfindlich; mehr noch, jede andere Orientierung führt zu Wertungen, die im Rahmen staatlichen Strafens keinen legitimen Platz haben. Drittens wird eine nachprüfbare Strafzumessung unmöglich. Für die Obergrenzen der Strafrahmen läßt sich bei dem skizzierten Verständnis nicht mehr ausmachen, ob sie so hoch sind, weil mehr nicht schuldangemessen oder aber weil mehr präventiv überflüssig wäre. Dementsprechend bleibt für jeden einzelnen Zu-messensakt ungewiß, welcher Rang der Schuld zukommt und welcher der Prävention.
- 24 c) Bei dieser Lage drängt sich die Frage auf, weshalb an einem angeblich zweckfrei gebildeten Schuld-begriff als Maßprinzip hartnäckig festgehalten wird. Es geht um ein Legitimationsproblem (wie bei *Kant* im Verbrechensbegriff ein Legitimationsproblem verborgen ist — was wird legitim als Verbrechen definiert? — und bei *Hegel* im Begriff des Rechts — welches positive Recht genügt dem Begriff?). Gäbe es eine zweckfrei bestimmter Schuld entsprechende Strafe, so wäre die Legitimation von Strafe in doppelter Hinsicht gefördert. Zum einen kann man allenfalls präventiv nutzlos, nicht aber an sich unrichtig strafen, wenn schon vor aller Prävention an sich Strafe verwirkt ist, eben die schuldangemessene Strafe. Zum anderen muß eine Prävention, die durch ein

<sup>35</sup> Schon *Binding* Normen Bd. I S. 430 ff; *Bindings* Relativierung der Strafe als „Bewahrung der Rechtsherrlichkeit am Schuldigen nach dem Maße seiner Schuld“ (aaO S. 423) auf die Fälle, „wenn dies notwendig ist“ (aaO S. 430), wird oft übersehen (siehe die Nachweise bei *Arnim Kaufmann* Normentheorie S. 229); — nachfolgend insbesondere *Nagler* Strafe S. 580 ff, 588 und passim mit eingehenden Nachweisen der Literatur bis zum Ende des Ersten Weltkriegs; *Welzel* Strafrecht § 32 I 1 a und 2; *Maurach* AT<sup>4</sup> § 7 I A und B; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 201 ff, 207 (Vergeltung verbunden mit Sühne). — Die Auto-

ren relativieren teils nur das Ob der Strafe, teils das Ob und das Maß der zur Vergeltung angemessenen Strafe. — Nachweise zu den Vereinigungstheorien siehe unten Fn. 70.

<sup>36</sup> Dabei ist streitig, ob die Schuld die Strafe nur limitiert oder auch — im Maß des Erforderlichen — begründet; siehe dazu *Arthur Kaufmann* JZ 1967 S. 553 ff, 555; *Lenckner* Handbuch Bd. I S. 3 ff, 18; *Jakobs* Schuld und Prävention S. 5.

<sup>37</sup> Zum folgenden Text siehe *Jakobs* Schuld und Prävention S. 3 ff.

<sup>38</sup> Immer noch nicht überholt: v. *Liszt* ZStW 3 S. 1 ff, 24.

Schuldprinzip um ihre Extremfälle beschnitten ist, auch nicht als eine potentiell extreme, sondern nur als eine gemäßigte Prävention legitimiert werden; die Begrenzung durch Schuld erspart also entweder die Legitimation für das unverstümmelte präventive Konzept oder erspart eine *offen* erfolgende Begrenzung der Prävention durch den Vorrang anderer Ziele (Verbrechensprophylaxe ist nicht das höchste Ziel). — Die präventiven Inhalte von Schuld werden unten (Abschnitte 17 bis 20) ausführlich erörtert.

## B. Die Sühnetheorie

Sühne als Einsicht des Täters in sein Unrecht und in die Notwendigkeit von Strafe mit der Folge einer Versöhnung mit der Gesellschaft wird als Hauptaufgabe der Strafe heute nicht mehr ausgegeben<sup>39</sup>. Teils wird freilich behauptet, es sei legitim, Sühne durch Strafe zu ermöglichen<sup>40</sup>, jedoch ohne daß ein Zwang zur Sühne intendiert wäre. Soweit damit gemeint ist, der Bestrafungsvorgang einschließlich des Strafvollzugs solle so ausgestaltet werden, daß die Sühnebereitschaft des Täters gefördert wird<sup>41</sup>, geht es nicht um Probleme einer Straftheorie. Soweit freilich der Gedanke mitspielt, Sühne könne als Nebeneffekt (wie etwa die Sicherung vor einem Täter während eines Freiheitsentzugs ein Nebeneffekt ist) die Legitimation der Strafe mittragen, ist zu widersprechen:

Die Strafe gleicht den Normbruch aus. Jede Erwartung an den Täter über die Duldung der Strafe hinaus zielt auf mehr als *einfachen* Ausgleich. Sühne als betätigte Normanerkennung ist deshalb ein Grund, Strafe zu mildern (siehe § 46 Abs. 2 StGB letzte Fallgruppe) oder nicht zu strafen (siehe § 24 StGB), aber das Fehlen von Sühne gehört zwingend zum Zustand des nicht bereinigten Normbruchs und ist deshalb kein Strafgrund neben dem Normbruch. — Zudem rechnet das Versprechen an den Täter, er könne sich mit der Gesellschaft durch Akzeptation der Strafe versöhnen, nicht ein, daß die informellen Sanktionen von den formellen unabhängig sein können<sup>42</sup>.

## IV. Die relativen Theorien (die Präventionstheorien)

### A. Die Generalpräventionstheorien

1 a) Eingangs wurde bereits das Modell einer *positiven Generalprävention* entwickelt, d. h. das Modell einer Strafe, deren Aufgabe Einübung in Normanerkennung ist. Zur Generalprävention findet sich aber auch die Ansicht, Aufgabe der Strafe sei die Abschreckung potentieller Täter. Es geht bei dieser Variante der Generalprävention nicht um die expressive Bedeutung der Strafe als Widerspruch gegen den Normbruch, sondern um die Drastik des Strafschmerzes als abschreckende Konsequenz normbrechenden Verhaltens: *negative Generalprävention*. Die bekannteste Ausprägung hat *Feuerbach* der negativ-generalpräventiven Theorie gegeben, freilich nicht als Straftheo-

<sup>39</sup> Siehe aber *Preiser* Mezger-Festschrift S. 71 ff, 77 ff; auch *LK<sup>9</sup>-Koffka* Rdn. 4 vor § 13; aus ärztlicher Sicht *Bleuler* in: Schuld, Verantwortung, Strafe S. 103 ff, 113 ff. — Zum Begriff der Sühne treffend *Noll* Begründung S. 8. — Ob der zur Sühne fähige Täter überhaupt zur Tat fähig ist, dürfte zweifelhaft sein; siehe zur Reue *Müller-Luckmann* in: Tötungsdelikte S. 119 ff, 128.

<sup>40</sup> *Jeschek* AT § 8 I 2 a und II 2; *Welzel* Strafrecht § 32 I 1 a; *Arthur Kaufmann* JZ 1967 S. 553 ff,

557 ff; *Baumann* JurBl. 1965 S. 113 f, 119; *ders.* AT § 3 II 2 b βββ; *Frey* in: Schuld, Verantwortung, Strafe S. 297 ff.

<sup>41</sup> So insbesondere *Baumann* aaO.

<sup>42</sup> Kritisch zur Sühne auch *Stratenwerth* AT Rdn. 15; *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 379; *Schmidhäuser* Sinn S. 52; *Eb. Schmidt* Materialien Bd. I S. 9 ff, 11 ff; *ders.* ZStW 67 S. 177 ff, 187 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 7 III C a. E.; *Lüderssen* in: Christentum S. 1261 ff, 1268 f; *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 16 ff.

rie, sondern als Theorie der Strafandrohung durch Strafgesetze (Theorie des „psychologischen Zwangs“)<sup>43</sup>. Alle Gesetzesübertretungen resultieren nach *Feuerbach* aus der „Sinnlichkeit“, d. h. „das Begehungsvermögen des Menschen (wird) durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung . . . angetrieben“<sup>44</sup>. Die Täter durch physischen Zwang an der Tatausführung zu hindern, ist praktisch ausgeschlossen. Sollen Rechtsbrüche vermieden werden, so „bleibt daher dem Staate kein anderes Mittel übrig, als durch die Sinnlichkeit selbst auf die Sinnlichkeit zu wirken, und die . . . sinnliche Triebfeder durch eine andere sinnliche Triebfeder aufzuheben“<sup>45</sup>. Die Antriebe zur Handlung werden aufgehoben, „wenn jeder Bürger gewiß weiß, daß auf die Übertretungen ein größeres Übel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach einer Handlung . . . entspringt“<sup>46</sup>. Dieses Wissen wird dem Bürger gegeben, indem ein Gesetz das „größere Übel“, eben die Strafe, vor der Tat und unter genauer Beschreibung von Tat und Strafe<sup>47</sup> androht und indem der Ernst der Drohung durch Vollstreckung in jedem Fall der Übertretung verdeutlicht wird (zu ergänzen ist: sofern der Täter greifbar ist). „Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang“<sup>48</sup>. Die „vollstreckende Macht“ darf freilich nicht zum Zweck der „zusammenstimmenden Wirksamkeit“ tätig werden, weil ansonsten der bestrafte Mensch als bloßes Mittel für die Vorteile anderer Menschen mißbraucht würde, was *Feuerbach* — insoweit *Kantianer* — verwirft. Die Wirksamkeit ist deshalb nur ein — willkommener — Nebeneffekt der absolut zu begründenden Strafe: Strafe ist „rechtlich-notwendige Folge“ des Verbrechens<sup>49</sup>. Es soll aber zulässig sein, mit dem absolut Notwendigen das Nützliche zu verbinden und die Realisierung der Strafdrohung eindrucksvoll zu gestalten<sup>50</sup>.

- 28** b) An *Feuerbachs* Theorie ist die Doppelstellung der Bestrafung durchaus unklar<sup>51</sup>: Als Verdeutlichung des Ernstes der Strafdrohung soll die Bestrafung zweckhaft wirken, als Strafe am Täter hingegen soll sie zweckfrei sein. Ansonsten bietet das Modell zwar eine Harmonie der wichtigsten Strafrechtsgrundsätze: kein Umgang mit dem Täter wie mit einem „Gegenstand des Sachenrechts“ (absolute Strafbegründung), Verhütung von Normbrüchen („psychologischer Zwang“ der Strafdrohung), Vermeidung unnötiger Strafen (die Realisierung der Strafe ist zur Stützung der Strafandrohung erforderlich) und strenge Gesetzesbindung der Strafe (genaue Androhung auf genau beschriebenes Verhalten vor der Tat). Aber das Modell hat Mängel, die es unbrauchbar machen: Weder beruhen alle Taten auf einem rationalen Kalkül der Tatfolgen, noch stellt ein rationales Kalkül auf die *rechtlich* notwendige Sequenz von Tat und Strafe ab, vielmehr berücksichtigt es die *tatsächliche* Chance bestraft zu werden oder der Strafe zu entgehen, was eine gewaltige Differenz ergeben mag.
- 29** 2 a) Der hauptsächliche Mangel dieser negativen Generalprävention und ihrer neueren Varianten<sup>52</sup>, die in diverser Weise eine Abschreckungswirkung der Strafe zum

<sup>43</sup> Siehe dazu *Naucke* Kant und die psychologische Zwangstheorie *Feuerbachs*, 1962; *ders.* ZStW 87 S. 861 ff, 880 ff; *Radbruch* *Feuerbach* S. 44 ff, 85 ff.

<sup>44</sup> Lehrbuch § 13; Revision S. 44.

<sup>45</sup> Revision S. 44 f.

<sup>46</sup> Revision S. 45 f; Lehrbuch § 13.

<sup>47</sup> Siehe dazu *Bohnert* *Feuerbach* S. 13.

<sup>48</sup> Lehrbuch § 14.

<sup>49</sup> Revision S. 49; Lehrbuch § 18.

<sup>50</sup> Revision S. 60.

<sup>51</sup> Siehe auch die Kritik bei *Binding* Normen Bd. I S. 500.

<sup>52</sup> *Hoerster* GA 1970 S. 272 ff; *ders.* ARSP Bd. 58 S. 555 ff; *Ostendorf* ZRP 1976 S. 281 ff; *Strasser* KrimJ 1979 S. 1 ff, 16 (zum Konzept aller genannten Autoren paßt freilich *auch* die positive Generalprävention). — Die Rechtsprechung verwendet negative Generalprävention als Strafzumessungsgrund im Rahmen der schuldangemessen (wie?) bestimmten Strafe; BGH 28 S. 318 ff, 326 f; BGH bei *Dallinger* MDR 1973 S. 727 f und

Zweck erheben, ist freilich nicht ihre Falsifizierung<sup>53</sup>. Gegen die Falsifizierung könnte man einwenden, sie betreffe überhaupt nicht diejenigen Deliktgruppen, bei denen die Täter in der Regel zweckrational vorgehen, etwa die Delikte im Bereich der Wirtschaftskriminalität. Mehr noch, das Modell könnte dahin „verbessert“ werden, daß die Verfolgungsintensität bis zu einer Dichte gesteigert wird, bei der die Abschreckung auf alle Personen wirkt, die nicht gerade Herostraten sind. Die Theorie der negativen Generalprävention setzt aber genuin falsch an: Sie mißt den potentiellen Vorteil des Delinquenten und gleicht diesen Vorteil durch ein Übel aus, vernachlässigt aber den Schaden der Tat für die gesellschaftliche Ordnung. Wenn anderen Tätern der Anreiz zur Tat genommen werden soll, muß das Übel gewichtiger sein als der Tatvorteil; dieser aber ist von dem sozialen Schaden unabhängig, den die Tat bewirkt.

b) An dem dadurch entstehenden, potentiell krassen Mißverhältnis zwischen sozialem Schaden und Strafquantum scheidet jede auch nur annähernd konsequente Anwendung des Modells *Feuerbachs* und seiner Nachfolger<sup>54</sup>. Beispielhaft gesprochen: Bei einem Mord um einiger hundert Mark Beute willen mag eine einigermaßen sicher erfolgende Geldstrafe von einigen tausend Mark hinreichend prävenieren, während bei einer üblen Nachrede, die der Täter zur Erhaltung einer persönlichen Beziehung oder zur Steigerung seiner Karriere begeht, erst die Aussicht auf jahrelange Freiheitsstrafe ein hinreichendes Übel sein mag. Im Ergebnis müßten also alle Deliktgruppen des BT, die an dem angegriffenen Gut ausgerichtet sind, preisgeben und neue Gruppen nach dem potentiellen Nutzenquantum gebildet werden. In der am schärfsten zu bestrafenden Gruppe fänden sich dann Delikte mit hohem Nutzenquantum, gleich ob sie durch Tötung eines Menschen, durch Urkundenfälschung oder durch beiläufigen Hausfriedensbruch begangen werden. Landesverrat hätte bei Ideologietätern im Bereich der Schwerekriminalität zu rangieren, bei Tätern des Lohns wegen im Bereich entsprechender Vermögenstraftaten etc.

c) Dieses potentiell krasse Mißverhältnis zwischen dem Nutzenquantum der Tat und ihrem Quantum an Sozialschädlichkeit resultiert daraus, daß im Abschreckungsmodell die Destinatäre des Strafbetriebs nicht vorkommen: die Mitglieder der Gesellschaft, die vor Normbrüchen bewahrt werden sollen. Die Mitglieder sehen das Delikt nicht vorrangig als ein Ereignis an, das dem Täter potentiell vorteilhaft, sondern das ihnen selbst potentiell nachteilig ist.

d) Verbreitet wird versucht, den Befund durch eine ergänzende Limitierung der Höchststrafen zu kaschieren: Auch die abschreckende Strafe soll das Schuldangemessene oder Verhältnismäßige nicht übersteigen dürfen, da sie ansonsten als willkürlich empfunden werde und ihre Abschreckungswirkung verliere. Aber so läßt sich allenfalls die Unzulässigkeit hoher Strafen in den Fällen hohen Täternutzens aber geringen Sozialschadens erklären. Jedoch wird auch die extrem niedrige Strafe bei geringem Täternutzen aber hohem Sozialschaden als willkürlich empfunden, so daß die Abschreck-

899 f; BGH JZ 1975 S. 183 ff mit zustimmender Anmerkung *Tiedemann* aaO S. 185 ff, 186 f; BGH bei *Holtz* MDR 1976 S. 812; BGH NSZ 1982 S. 112 mit zutreffend ablehnender Anmerkung *Wolfslast* aaO S. 112 f; BGH StV 1982 S. 166 f und S. 167; BGH JZ 1982 S. 771 f mit ablehnender Anmerkung *Köhler* aaO S. 772 f; insgesamt zustimmend *LK-G. Hirsch* § 46 Rdn. 25; — zutreffend kritisch zur Rechtsprechung *Bruns* Leitfad. S. 80 ff; *ders.* Strafzumessungsrecht S. 328 f mit weiteren Nachweisen.

<sup>53</sup> Zur Falsifizierung (oder Nicht-Verifizierung) der Abschreckung siehe *Kaiser* Generalprävention S. 339 ff, 351 ff; *Schöch* Strafzumessungspraxis S. 86 ff, 96 f, 197 ff; *Albrecht, Dünkel* und *Spieß* MonSchrKrim. 1981 S. 310 ff, 311, 313, 323; *Köberer* MonSchrKrim. 1982 S. 200 ff.

<sup>54</sup> Einige Verlegenheitslösungen bietet *Hoerster* GA 1970 S. 272 ff, 278 f.

kungsstrafe insoweit gleichfalls modifiziert werden muß. Im Ergebnis ist deshalb das Abschreckungsmodell als Straftheorie überhaupt untauglich.

- 33 e) Dadurch wird es nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Fällen Strafe mit der Intention der Abschreckung verhängt wird. In Krisenzeiten bricht der Notstand die Limitierungen, die in ruhigen Zeiten selbstverständlich sind<sup>55</sup>.
- 34 3. Modelle, die dem eingangs geschilderten Modell *positiver Generalprävention* hauptsächlich entsprechen, werden in der neueren Literatur zunehmend häufig vertreten<sup>56</sup>. Sie flankieren auch zahlreiche Varianten der Vergeltungstheorien. Differenzen bestehen freilich in zwei Punkten: Überwiegend wird das Schuldprinzip als Begrenzung der positiven Generalprävention verstanden, während es nach hiesiger Ansicht ein Derivat dieser Prävention ist (eingehend unten 17/18 ff). Ferner wird der expressive Gehalt von Normbruch und Strafe nur selten thematisiert.

## B. Die Spezialpräventionstheorien

### 1. Die generelle Problematik

- 35 a) Wird die Aufgabe der Strafe darin gesehen, den Täter von künftigen Taten abzuhalten, spricht man von Spezialprävention. Daß der Inhalt des geltenden deutschen Strafrechts einigermaßen bruchlos oder auch nur in den hauptsächlichlichen Stücken auf Spezialprävention zugeschnitten sei, wird nicht behauptet; wohl aber wird postuliert, de lege ferenda das Strafrecht so auszugestalten, daß es für Spezialprävention tauglich ist, oder es durch taugliche Maßregeln zu ersetzen. Die Mindestanforderung geht dahin, jedenfalls auf diejenigen Strafen zu verzichten, durch deren Vollstreckung sich die Wahrscheinlichkeit, daß der Täter weitere Verbrechen begeht, sogar erhöht.
- 36 b) Die Einwirkung auf den Täter kann dergestalt erfolgen, daß er mit physischer Gewalt von weiteren Taten abgehalten oder aber dazu gebracht wird, von sich aus keine Straftaten mehr zu begehen. Letzteres geschieht im Weg der Besserung des Täters, sei dieser Weg Erziehung oder Dressur oder ein körperlicher Eingriff (z. B. Kastration), oder aber im Weg der Abschreckung durch eine warnend gemeinte Strafe. Die Aufgabe der Strafe und der sie flankierenden oder ersetzenden Maßregeln kann deshalb mit *v. Liszt* wie folgt bezeichnet werden: „1. Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher; 2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher; 3. Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher“<sup>57</sup>.
- 37 c aa α) Die Antwort auf die Frage, ob und weshalb ein Modell dieser Art überhaupt funktioniert, ist nicht selbstverständlich. Zweifel am Funktionieren sind freilich nicht angebracht, solange bei der Behandlung, die man dem Täter bessernd, abschreckend oder sichernd angeeignet läßt, immer noch so viel an Übel herausspringt, daß dadurch der Täter als Träger der Kosten des geschehenen Normbruchs markiert wird; denn solange mit einer Übelfolge zugerechnet wird, bleiben die Wirkungen positiver Generalprävention möglich. Selbst der Umstand, daß überhaupt dem Täter zugerechnet und gegen ihn reagiert wird, kennzeichnet ihn als Konfliktsursache und bestätigt damit die

<sup>55</sup> Siehe *Nagler* Strafe S. 616 f.

<sup>56</sup> *Schmidhäuser* AT 3/16 (sachlich wie hier auf Normanerkennung — *Schmidhäuser*: Vermeidung des offenen Rechtsbruchs — bezogen); *ders.* Sinn S. 48 ff, 52; *ders.* Studienbuch 2/15 ff; *Noll* H. Mayer-Festschrift S. 219 ff (mit Ausführungen zur Einfärbung der Schuld durch Generalprävention S. 220 ff); *ders.* AT § 5, Abschnitte 4 und 5; *Streng* ZStW 92 S. 637 ff; *Hassemer* in: Haupt-

probleme S. 29 ff, 51 ff; *Lüderssen* in: Hauptprobleme S. 54 ff (mit einer Limitierung der Generalprävention durch den Vorrang von Spezialprävention S. 80); *Haffke* Tiefenpsychologie S. 167 ff; siehe auch *Nowakowski* Rittler-Festschrift S. 55 ff, 64 ff; *H. Mayer* Studienbuch § 3 I 2.

<sup>57</sup> ZStW 3 S. 1 ff, 35 ff; „Marburger Programm“.



Norm. Diese Wirkungen beruhen freilich auf dem Eindruck, den das zurechnende Strafurteil und die präventive Behandlung in der Allgemeinheit hervorrufen und haben deshalb mit Besonderheiten der Spezialprävention nichts zu tun; sie sind vielmehr generalpräventive Nebenwirkungen.

β) Spezifisch spezialpräventiv ist es, nicht die aktuelle Verletzung der Normgeltung **38** durch den Normbruch als Konflikt zu definieren, sondern den Normbruch als bloßes Symptom für kommende Taten desselben Täters zu nehmen; die Gefahr dieser Taten ist in spezialpräventiver Sicht der Konflikt. Auf die Erledigung der Enttäuschung einer normativen Erwartung muß also zugunsten der Enttäuschungsfestigkeit künftiger kognitiver Erwartungen verzichtet werden. Dieser Verzicht dürfte gelingen, wenn die kognitive Erledigung Erfolg verspricht und wenn zudem die Enttäuschten den Täter als ungleich, unmaßgeblich, hilfsbedürftig o. ä. definieren können, jedenfalls als eine Person, die — was Normbefolgung angeht — eine Sonderstellung hat. In solchen Fällen wird die für jedermann bestehende Verbindlichkeit der Norm nicht tangiert, weil der Täter dem Jedermann in einem relevanten Punkt nicht gleicht. Der Hauptanwendungsfall solcher kognitiver Enttäuschungserledigung ist die präventive Behandlung derjenigen Personen, bei denen sowohl Erziehbarkeit als auch ein Erziehungsdefizit plausibel sind, konkret: die Behandlung der Jugendlichen und Heranwachsenden. Nicht allein das Jugendstrafrecht, sondern stärker noch die Ersetzung des Jugendstrafrechts durch nicht-strafende und im Idealfall nicht einmal als Übel zu empfindende Maßnahmen gehören deshalb zur Domäne der Spezialprävention.

γ) Läßt sich aber beim Täter keine Besonderheit ausmachen, so bringt die spezialpräventive Umdeutung des Konflikts in die kognitive Ebene als zwingende Folge, daß für die Enttäuschten auch ihr eigenes Verhalten zu einer rein kognitiven Angelegenheit wird. Ist das abweichende Verhalten, das ein Jedermann vollzieht, eine Enttäuschung kognitiver Erwartungen, wie es eine Krankheit ist, so wandelt sich die Frage, wie man sich verhalten soll, für alle Menschen in die Frage, wie man sich verhalten wird. Gesellschaftliches Leben (wie auch individuelles menschliches Leben) dürfte bei dieser Normabstinenz nicht mehr organisierbar sein, jedenfalls nicht beim Ausgang von einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt.

bb) Es besteht also zumindest der Verdacht, daß Spezialprävention nur funktioniert, solange sie von generalpräventiven Nebeneffekten flankiert wird. *v. Liszt* selbst läßt bei Personen, die keine Besonderheiten gegenüber jedermann aufweisen, unbekannte, aber eindeutig generalpräventive Erwägungen durchschlagen: Es soll beim erwachsenen Rückfälligen weniger um Besserung (die dem Täter jedenfalls nicht nur ein Übel bringt) als um Sicherung gehen, und zwar nicht in einem goldenen Käfig, sondern in „Strafknechtschaft“<sup>58</sup>. Auch *v. Liszts* Festhalten am Tatprinzip dürfte nicht nur auf den von ihm herausgestrichenen rechtsstaatlichen Gründen beruhen, sondern auch auf der generalpräventiven Eindruckskraft dieses Prinzips.

## 2. Die Verletzung des Tatprinzips

a) Es gibt auch handfestere Einwendungen gegen Spezialprävention. Die wichtigste **41** Einwendung ist die Verletzung des Tatprinzips. Bei der Generalprävention läßt sich — zumindest nominell — die Haftung auf das Maß beschränken, in dem der Täter durch seine Tat die Normgeltung (positive Generalprävention) oder die faktische Erwartung der Normbefolgung (negative Generalprävention) verschlechtert hat. Bei der Spezialprävention hingegen ist es — Gelegenheitstäter ausgenommen — von vornherein un-

<sup>58</sup> *v. Liszt* ZStW 3 S. 1 ff, 42 f.

möglich, den Täter von der Bestrafung allein solcher Taten abzubringen, wie er sie vollzogen hat, ihn aber ansonsten unbehandelt zu lassen. Es gibt keine Konzepte, wie man einen Täter einzig von etwa mittelschweren Diebstählen oder Betrügereien o. ä. abbringen könnte, scil. allein von den Taten nach Art der begangenen Tat. Auch wenn man kein Alles-oder-nichts-Prinzip verfolgt, vielmehr akzeptiert, daß ein Mensch sozial mehr oder weniger angepaßt sein kann, ist doch die Vorstellung, einen nicht angepaßten Menschen einzig nach Art und Maß der von ihm begangenen Taten anpassen zu können, zumindest in der Mehrzahl aller Fälle lebensfremd. Die Theorie der Spezialprävention muß deshalb das Tatprinzip verabschieden: Die Tat ist nur noch Anlaß der Behandlung.

- 42 b aa) Die Tat ist freilich ein schlechter Anlaß der Spezialprävention, weil sie — wiederum Gelegenheitstäter ausgenommen — häufig zu einem Zeitpunkt begangen oder entdeckt wird, in dem die Entgleisung nicht mehr reversibel ist. Taugliche Verfahren zur Spezialprävention sind nicht Strafen oder andere Behandlungen nach Begehung der Delikte des StGB, sondern wären etwa Hilfen bei Arbeitslosigkeit, Arbeitsunlust, Überschuldung, familiären Schwierigkeiten, Süchten etc.
- 43 bb) Die Disharmonie zwischen der Bindung des Strafrechts an eine sozialschädliche Tat (und nicht schon an eine Situation zunehmender Tatgeneigntheit) hat *v. Liszt* erkannt. Nach seiner Lösung soll „das Strafrecht . . . die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik“ sein<sup>59</sup>, was heißen soll, daß für das Ob der Strafe das „Strafrecht“ mit seinem Tatprinzip, aber für Art und Maß der Strafe die „Kriminalpolitik“ zuständig sein sollen. Damit wird beiden Seiten zugleich gedient und geschadet: Das Tatprinzip verdankt seine Herkunft denjenigen Straftheorien, die Strafe nach der Größe des angerichteten Schadens zumessen wollen, und ist in einem spezialpräventiv orientierten Modell funktionslos. Es hindert dort die Effektivität, wie es seinerseits die Hälfte seiner Aufgabe verliert, nämlich das Maß des Defizits an Normgeltung und dadurch das Maß an ausgleichender Strafe zu indizieren.
- 44 cc) Die Abspaltung von der Tat geht soweit, daß es in zahlreichen Fällen sogar unmöglich ist, zur Urteilszeit eine bestimmte Dauer der Rechtsfolge anzugeben, was bei Rechtsfolgen, die hauptsächlich aus Hilfen bestehen, rechtsstaatlich schadlos ist, nicht aber bei Übelzufügungen als Rechtsfolgen. Der Grund für die Unbestimmbarkeit liegt darin, daß die (vergangene) Tat nur Anlaß für eine (zukünftige) soziale Anpassung des Täters ist; der allein nach vorn gewendete Blick kann als Zielpunkt nur den Effekt der sozialen Anpassung ausmachen, und wann dieser Punkt erreicht ist, läßt sich häufig nicht einmal näherungsweise und niemals genau voraussagen<sup>60</sup>. Die Zulässigkeit einer Freiheitsstrafe von unbestimmter Dauer ist daher das hauptsächliche Erkennungszeichen eines primär spezialpräventiv ausgerichteten Strafrechts<sup>61</sup> (siehe § 19 JGG).
- 45 c) Weiterhin ist gegen das Modell einzuwenden, daß bei ihm — wie bei der negativen Generalprävention — das Quantum des sozialen Schadens und das Quantum der Reaktion nicht verbunden sind, so daß es zu krassen Mißverhältnissen kommen kann. Nach den Prinzipien der Spezialprävention müßte der immer wieder rückfällige Täter geringfügiger Delikte trotz des nur mäßigen Schadens seiner Taten „gesichert“ werden (d. h. es wäre jahrelange Sicherungsverwahrung anzuordnen). Man mag solche Ergebnisse mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit korrigieren, steht dann aber

<sup>59</sup> Aufsätze und Vorträge Bd. II S. 75 ff, 80; siehe ferner *ders.* ZStW 13 S. 325 ff, 354 ff. — Siehe dazu *Roxin* ZStW 81 S. 613 ff, 637 ff.

<sup>60</sup> *v. Liszt* Aufsätze und Vorträge Bd. I S. 290 ff, 333, 392.

<sup>61</sup> Siehe *Württembergischer* Materialien Bd. I S. 89 ff mit Nachweisen; *Sieverts* Materialien Bd. I S. 107 ff.

vor der Schwierigkeit, von einer spezial-präventiven Reaktion mangels Verhältnismäßigkeit absehen zu müssen und von einer generalpräventiven Reaktion, weil sich Generalprävention als bloßer Lückenfüller nicht legitimieren läßt. Ganz entsprechende Schwierigkeiten ergeben sich bei Tätern schwerer Taten, die keiner oder nur geringfügiger sozialer Anpassung bedürfen. Beispiele dafür bilden nicht nur zahlreiche Mörder aus der nationalsozialistischen Zeit, die nachfolgend eine jahrzehntelange Legalbewahrung bestanden haben, sondern ebenso Täter in solchen Konfliktsituationen, deren Wiederkehr unwahrscheinlich ist; bei Ausländern ohne Asylanspruch würde in der Regel nicht mehr als die Ausweisung erforderlich sein. Aber bei einem Verzicht auf eine Reaktion, die den Geltungsschaden ausgleicht, verstärkt sich die schon oben (1/39) zur Spezialprävention allgemein beschriebene Gefahr, daß die Möglichkeit von Normorientierung überhaupt verlorengeht.

### 3. Neuere Konzepte

a) Gewiß ist Spezialprävention nicht in der Gestalt festgeschrieben, in der *v. Liszt* 46 sie entworfen hat<sup>62</sup>. Die Bedeutung der genannten Einwendungen ist auch nicht allgemein anerkannt. Radikale Postulate, die das „Strafrecht“ als „Schranke der Kriminalpolitik“ nicht mehr anerkennen, stellt insbesondere ein Flügel der *Société Internationale de Défense Sociale*<sup>63</sup>; *Gramatica*<sup>64</sup>: Von den „im System des Gesellschaftsschutzes anzuwendenden „Maßnahmen““ soll zu verlangen sein, daß sie „1. vollständig die Strafen ersetzen müssen; 2. einen einheitlichen Charakter haben müssen; 3. auch vorbeugende Maßnahmen umfassen müssen; 4. einen unbestimmten Charakter besitzen müssen, damit sie während des Vollzugs, entsprechend der ständigen Überwachung der Persönlichkeit, dauernd abgeändert, ersetzt oder ganz beseitigt werden können; 5. im Prinzip keinen Unterschied zwischen Erwachsenen und Minderjährigen machen dürfen . . . ; 6. der Person angepaßt sein müssen und nicht auf die objektiv betrachtete Tat bezogen sein dürfen“.

b aa) Die hier gegebene Kritik der Spezialprävention hat nicht den Zweck, den Vorgang der sozialen Anpassung zu perhorreszieren, sondern die Verabsolutierung dieser Anpassung. Beim Ausgang von einem Modell, in dem das Maß des eingetretenen sozialen Schadens und das Maß der Strafe verbunden sind, ist Spezialprävention unter den oben schon genannten Bedingungen eine alternative Strategie zur Erledigung des Konflikts und zudem der überhaupt einzige Gesichtspunkt, nach dem die Kostentragungspflicht des Täters auch für diesen selbst sinnvoll gestaltet werden kann. 47

<sup>62</sup> Einen Überblick über den Gang der Kontroverse zwischen der „soziologischen“ (zweckorientierten) kriminalpolitischen Richtung und der „klassischen“ (an Vergeltung orientierten) Richtung (sog. genannter Schulenstreit) geben *Mezger Strafrecht* § 4, 2; *Eb. Schmidt* Geschichte §§ 321 f; *Jescheck* ZStW 93 S. 3 ff, 44 ff. — Als Befürworter eines Vorrangs der Spezialprävention in neuerer Zeit ist insbesondere zu nennen *Eb. Schmidt* SchwZStr. 45 (1931) S. 200 ff; *ders.* ZStW 67 S. 177 ff; *ders.* ZStW 69, S. 359 ff; *ders.* Materialien Bd. I S. 9ff, 20 ff.

<sup>63</sup> Die Position des gemäßigten Flügels läuft auf eine praktikabel gemachte Theorie der Spezialprävention hinaus. Wesentliche Elemente sind: (1) Gesellschaftsschutz durch (2) ein Ensemble von

hauptsächlich nicht strafenden Maßnahmen zur (3) Resozialisierung; dabei soll (4) das Individuum als verantwortliche Person, nicht nur als Behandlungsobjekt angesehen, zugleich aber (5) durch alle Humanwissenschaften genau erforscht werden. Das Programm erhebt den Anspruch, (6) nicht nur sozialtechnologisch, sondern auch moralisch zu sein. *Ancel* Sozialverteidigung S. 26 ff und passim; dazu *Melzer* Sozialverteidigung passim; *ders.* JZ 1970 S. 764 ff, jeweils mit Nachweisen; *Rieg* ZStW 81 S. 411 ff, 414 ff; *Zipf* Kriminalpolitik 3.22.

<sup>64</sup> Grundlagen 2. Teil S. 213; — siehe dazu *H. Kaufmann* v. *Weber*-Festschrift S. 418 ff; *Zipf* Kriminalpolitik 3.21.

bb) Der dafür zur Verfügung stehende Rahmen ist freilich eng, und zwar nicht nur wegen der Beschränkung der Strafzeit durch die positive Generalprävention und wegen der faktischen Beschränkung der Mittel, sondern auch wegen der rechtlichen Beschränkungen der Spezialprävention. Es gibt keine Legitimation des Staats, die sittliche Haltung der Bürger zu optimieren, sondern der Staat hat sich mit der äußeren Befolgung des Rechts zu begnügen (Relegalisierung<sup>65</sup>). Insbesondere ist es nicht Ziel der Spezialprävention, ein nützliches Mitglied der Gesellschaft zu schaffen, sondern dem Täter legales Verhalten zu erleichtern. Hauptsächlich wird sich Spezialprävention deshalb auf „Befreiung von äußeren und inneren Zwängen“<sup>66</sup> zu beschränken haben, d. h. auf Befreiung von *besonderen* Belastungen der Person, wobei diese Befreiung ohne Mitwirkung des Täters nur selten zu bewerkstelligen sein dürfte. Bei der Beseitigung der Belastungen wird auch das Gerüst der eine Person erst konstituierenden Haltungen zu informellen Normen verändert; das aber darf nur mit Mitteln erfolgen, die auch gegenüber jedem anderen, nicht straffälligen Bürger legitim sind<sup>67</sup>.

## V. Die Vereinigungstheorien

48 1. Es ist schon früh darauf hingewiesen worden, daß sich einzelne Aspekte der Straftheorien kombinieren lassen<sup>68</sup>. Das kann verschiedenes bedeuten<sup>69</sup>, 70:

<sup>65</sup> *Maihofer* Rechtsstaat S. 146.

<sup>66</sup> *Stratenwerth* Leitprinzipien S. 7 ff, 13. — Individualistisch *Haffke* in: *Abweichendes Verhalten* Bd. III S. 291 ff, 304: „Emanzipierende Therapie hat . . . kein positives, inhaltlich erfülltes Ziel (Leben ohne Straftaten), sondern bestimmt sich ausschließlich negativ, d. h. als Hilfe zum Frei-Werden von einer unbegriffenen und einschränkenden, meist schmerzvollen Vergangenheit.“ — Ein Zusammenhang dieser Befreiung gerade mit einer Straftat ist freilich nicht ersichtlich.

<sup>67</sup> Siehe dazu *Peters* Heinitz-Festschrift S. 501 ff; *Eser* *Peters-Festschrift* S. 505 ff, 512 ff; *Hassemer* *KrimJ* 1982 S. 161 ff, 165 f.

<sup>68</sup> *A. Merkel* *Gesammelte Abhandlungen* Teil II S. 1 ff, 10 ff; *ders.* aaO S. 687 ff, 699 ff und passim; — dagegen *A. Nagler* *GS* Bd. 70 S. 6 ff, 41 f.

<sup>69</sup> Die Rechtsprechung (eingehend dazu *Bruno* *Strafzumessungsrecht* S. 230 ff) hat wenige Fixpunkte: Präventive Überlegungen dürfen nicht zur Überschreitung der schuldangemessenen Strafe führen (BGH 20 S. 264 ff, 267), ebensowenig zu einer Unterschreitung (BGH 24 S. 132 ff, 134). Unklar ist die Stellung der Generalprävention, was nicht verwundern kann, da positive Generalprävention und Schuld nicht getrennt werden können; siehe BGH 6 S. 125 ff, 127; 24 S. 40 ff, 44 ff; 24 S. 64 ff, 66; BGH GA 1976 S. 113 ff, 114. — Das Bundesverfassungsgericht (eingehende Darstellung und Kritik seines Strafbegriffs bei *Volk* *ZStW* 83 S. 405 ff) hat mehrfach beim Ausgang vom Schuldgrundsatz Vereinigungstheorien ohne nähere Festlegung ihres Inhalts für verfassungsgemäß erklärt; BVerfG 21 S. 391 ff, 404; 28 S. 264 ff, 278; 32 S. 98 ff, 109; 39 S. 1 ff, 57; 45 S. 187 ff, 253 f. — Bei der Jugendstrafe schließt die Rechtsprechung negative Generalprävention

aus; BGH 15 S. 224 ff, 226; 16 S. 261 ff, 263. Die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 JGG) soll nur zulässig sein, wenn „erzieherische Gründe“ das verlangen; BGH 16 S. 261 ff, 263. Neuerdings wird jedoch auch „der Schwere der Schuld eigenständige Bedeutung“ beigemessen; BGH *StV* 1982, S. 121 f; siehe *Eisenberg* *JGG* § 17 Rdn. 33 ff.

<sup>70</sup> Vereinigungstheorien mit freilich unterschiedlichem Vorrang einer der vereinigten Theorien werden in der Literatur überwiegend vertreten. — *Roxin* *JuS* 1966 S. 377 ff, 387 entwickelt eine „dialektische Vereinigungstheorie“, nach der „die verschiedenen Strafzwecke aus der einlinigen Übersteigerung dadurch in sozialkonstitutive Bahnen“ gelenkt werden sollen, „daß sie die einzelnen Ansätze durch ein Verfahren gegenseitiger Beschränkung ins Gleichgewicht bringt“. — Für eine Vereinigungstheorie mit dem Schwerpunkt auf Schuldausgleich plädieren *v. Hippel* *Strafrecht* Bd. I § 21 XVI mit Nachweisen der älteren Literatur; *Mezger* *Materialien* Bd. I S. 1 ff, 2 f; *Jescheck* *AT* § 8 V; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 32 ff; *Maurach-Zipf* *AT* § 7 III A und IV A 1 e und 2 und 3; *Bockelmann* *AT* § 2 II 4; *Dreher* *Gerechte Strafe* S. 127 ff; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 11 ff vor § 38. — Für eine Vereinigungstheorie im Rahmen des schuldangemessenen mit dem Schwerpunkt auf Spezialprävention argumentiert *Stratenwerth* *AT* Rdn. 30 f; *ders.* *Tatschuld* S. 31 f; wohl auch *Baumann* *AT* § 3 II 2 a β (neben Generalprävention). — Den Rahmen des schuldangemessenen sprengt *Horstkotte* *JZ* 1970 S. 122 ff, 124. — Eine Theorie, bei der die Generalprävention die Institution der Strafe begründen soll, nicht aber die Regeln der Zumesung, gibt *Schmidhäuser* *AT* 3/14 ff.

a) Mit einer Kombination ist nicht gemeint, daß ein Defizit einer Theorie, das deren Praktikierbarkeit hindert, durch eine andere Theorie ausgefüllt werden dürfe; in solchen Fällen ist die defizitäre Theorie überhaupt untauglich. Beispiel: Vergeltungstheorien, die um präventive Überlegungen zur Notwendigkeit von Vergeltung ergänzt werden müssen, sind als Vergeltungstheorien zur Begründung der Notwendigkeit der Strafe untauglich; es handelt sich nach der Kombination um verkappte präventive Theorien<sup>71</sup>. Mit einer Kombination ist ferner nicht gemeint, daß mehrere Theorien kumuliert werden dürften; denn Kumulierung führt im Bereich divergenter Ziele der kombinierten Modelle zur Unbestimmbarkeit der Strafe; das zeigt sich etwa beim E 1962, der bei der Schuldstrafe ansetzt, aber zudem noch die Verhütung von Straftaten durch generelle und spezielle Abschreckung sowie durch Resozialisierung und Sicherung des Täters erreichen will<sup>72</sup>, ohne daß ersichtlich wäre, wie diese Desiderate auf einen Nenner gebracht werden könnten.

b) Durch Kombination läßt sich nicht die Aufgabe umgehen, *eine* Theorie für eine praktikierbare Strafe zu entwickeln. Als eine solche Theorie ist hier eingangs die positive Generalprävention genannt worden, die nachfolgend, insbesondere zur Schuld, noch zu detaillieren sein wird. Aber diese Theorie (wie jede andere) erstreckt sich nicht auf jeden Abschnitt des gesamten Bestrafungsvorgangs, sondern beläßt ungestaltete Nischen, die *nachrangig* durch andere Theorien ausgefüllt werden können, wobei als nachrangige Theorie nur die Spezialprävention in Betracht kommt, da die Vergeltungstheorie, die Sühnethorie und die Theorie der negativen Generalprävention überhaupt zu verwerfen sind (oben 1/17 ff, 25 f, 27 ff). Als hauptsächliche Folge ist der gesamte *Strafvollzug*, für den die Theorie der positiven Generalprävention nichts ergibt, möglichst spezialpräventiv effektiv auszugestalten (§§ 2 f StVollzG). Aber auch auf die vom Gesetzgeber zu wählenden Strafrahmen sowie auf die Strafzumessung wirkt die Spezialprävention ein; denn mit der Theorie der positiven Generalprävention lassen sich keine eindeutig bestimmten Strafquanten berechnen (ebensowenig mit einer anderen Theorie), sondern sie gibt einen Rahmen, der von der schon ernst zu nehmenden Reaktion und der noch nicht übertrieben scharfen Reaktion gebildet wird. Dieser Rahmen kann spezialpräventiv ausgefüllt werden, wenn insoweit effektive Maßnahmen möglich sind; ansonsten muß es beim Mindestmaß der schon ernst zu nehmenden Reaktion verbleiben<sup>73</sup>. Einzelheiten sind Gegenstand der Strafzumessungslehre.

2 a) Abgesehen von dieser Vereinigung der positiven Generalprävention mit nachrangiger Spezialprävention besteht stets eine Konkurrenz beider Präventionen *als mögliche Äquivalente* (neben weiteren) zur Erledigung von Konflikten, wobei die Äquivalenz nach der Erledigungswirkung zu bestimmen ist und keine Ähnlichkeit der Erledigungsweise voraussetzt (nicht notwendig Strafe). Die Antwort auf die Frage, welche Erledigungsart zu wählen ist, muß nicht stets allein zugunsten einer einzigen Erledi-

<sup>71</sup> Zutreffend schon *Exner* Theorie S. 36.

<sup>72</sup> Begründung S. 96.

<sup>73</sup> Rahmentheorie oder Spielraumtheorie. — Ob der Rahmen der schuldangemessenen Strafe aus spezialpräventiven Gründen überschritten oder unterschritten werden darf, ist streitig und nach hiesiger Ansicht zu verneinen, wobei freilich zu berücksichtigen ist, daß das mindestens schuldangemessene nach der hiesigen Konzeption zugleich das mindestens zur Erledigung des Konflikts Erforderliche ist (siehe unten zur Schuld 17/31 f). Ist die Herabsetzung der Strafe tolerabel, so ist auch die Schuld gemindert! — Gegen eine Unter-

schreitung vom Schuldbegriff der überwiegenden Ansicht aus siehe BGH 24 S. 132 ff; BGH JZ 1976 S. 650 f; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 217 ff, 233; *ders.* *Welzel-Festschrift* S. 739 ff, 744; *Schaffstein* *Gallas-Festschrift* S. 99 ff, 105; *Jescheck* AT § 4 I 3 und § 82 III 3; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 31. — Für die Zulässigkeit einer Unterschreitung siehe *Lackner* *Entwicklungen* S. 23 ff; *Roxin* *Schultz-Festgabe* S. 463 ff, 473 ff; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 18 a vor §§ 38 ff. — Für die Zulässigkeit auch einer Überschreitung siehe *Horstkotte* JZ 1970 S. 122 ff, 124.

gungsart ausfallen (z. B. allein für Spezialprävention: § 67 Abs. 5 StGB; allein für Generalprävention: § 56 Abs. 3 StGB), sondern kann jeder Erledigungsart einen Teil zuweisen und die Arten in diesem Sinn vereinigen; Beispiele dafür sind die Strafaussetzung zur Bewährung und verwandte Rechtsinstitute (§§ 56, 57, 59 StGB): Neben den spezialpräventiven Zwang zum legalen Verhalten durch den konkretisierten Strafdruck, möglicherweise verbunden mit Weisungen und Bewährungshilfe (§§ 56 c, d StGB), tritt die generalpräventive öffentliche Mißbilligung, möglicherweise verbunden mit Auflagen (§§ 56 b StGB).

- 52 b) Hauptbeispiel für diese zuletzt genannte Art der Vereinigung bildet die *Zweispurigkeit* der Rechtsfolgen nach geltendem Recht: Im Rahmen des Verhältnismäßigen (§ 62 StGB) und Erforderlichen treten spezialpräventive Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) neben die Strafe für schuldhaftes Verhalten. Das Nebeneinander wird freilich in doppelter Hinsicht zugunsten der Prävention durchbrochen (vikariierendes System): Die Zeit des Vollzugs der Maßregel wird bei Vorwegvollzug auf die Strafe angerechnet (§ 67 Abs. 4 StGB), und bei Zweckerreichung der Maßregel kann die Strafe ohne Beschränkung durch das Quantum der Restzeit<sup>74</sup> zur Bewährung ausgesetzt werden (§ 67 Abs. 5 StGB). Die zuletzt genannte Regelung ist willkürlich, da sie den Täter privilegiert, für den zur Strafe eine Maßregel hinzukommt<sup>75</sup>.

## VI. Anhang: Die Aufgaben der Maßregeln der Besserung und Sicherung

### Literatur

*H.-J. Albrecht* Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, *MonSchrKrim.* 1981 S. 310 ff; *P. Bockelmann* Studien zum Täterstrafrecht, 1939; *H.-J. Bruns* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf 1956, *ZStW* 71 S. 210 ff; *H. Dünnebiel* Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuches, *ZStW* 72 S. 32 ff; *E. Dreher* Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, *ZStW* 65 S. 481 ff; *F. Exner* Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *E. R. Frey* Heilen statt strafen? 1962; *W. Frisch* Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, *ZStW* 94 S. 565 ff; *G. Grünwald* Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962, *ZStW* 76 S. 633 ff; *K. A. Hall* Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, *ZStW* 70 S. 41 ff; *E. Heinitz* Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses, 1960; *H. Herrmann* Die mit Freiheitsentzug verbundenen Maßnahmen der Sicherung und Besserung, *Materialien* Bd. II (1) S. 193 ff; *H. Horstkotte* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung, *JZ* 1970 S. 152 ff; *E. Koblrausch* Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand, *ZStW* 44 S. 21 ff; *D. Lang-Hinrichsen* Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, *Gutachten* 43.DJfT Bd. I (3/B), 1960; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *W. Witter* (Hrsg.) *Handbuch der forensischen Psychiatrie* Bd. I, 1972, S. 3 ff; *H. Marquardt* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *E. Mezger* Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, *ZStW* 66 S. 172 ff; *P. Mrozynski* Die Wirkung der Unschuldsvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts, *JZ* 1978 S. 255 ff; *J. Nagler* Verbrechensprophylaxe und Strafrecht, 1911; *W. Naucke* Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *F. Nowakowski* Die Maßnahmenkomponente im StGB, in: *ders.* *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik,*

<sup>74</sup> *LK-Hanack* § 67 Rdn. 19; streitig, *a. A. SK-Horn* § 67 Rdn. 7.

<sup>75</sup> Kritisch insbesondere *LK-Hanack* § 67 Rdn. 20 ff mit zutreffenden Hinweisen auf die Quelle der Willkür: Die Teilnehmer am Gesetzgebungsverfahren haben sich gescheut, zwischen

antinomischen Strafzwecken zu entscheiden (Protokolle Sonderausschuß V S. 2323 ff; nichtsagend BT-Drucksache V 4095 S. 32); *Hanack* JR 1978 S. 399 ff, 402; *a. A. Marquardt* Vikariieren S. 164 f.

1981, S. 93 ff; *ders.* Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-Festschrift S. 98 ff; *ders.* Vom Schuld- zum Maßnahmenrecht? in: H. Göppinger und P. H. Bresser (Hrsg.) Kriminologische Gegenwartsfragen Heft 10, 1972, S. 11 ff; W. Sax Grundsätze der Strafrechtspflege, in: K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuener (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972 S. 909 ff; Eb. Schmidt Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage 1965; H. Schröder Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW 66 S. 180 ff; *ders.* Die „Erforderlichkeit“ von Sicherungsmaßregeln, JZ 1970 S. 92 ff; C. Stooss Strafe und sichernde Maßnahme, SchwZStr. 18 (1905) S. 1 ff; *ders.* Der „Dualismus“ im Strafrecht, SchwZStr. 41 (1928) S. 54 f; *ders.* Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStr. 44 (1930) S. 261 ff; G. Stratenwerth Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Strafrecht, SchwZStr. 82 (1966) S. 337 ff; *ders.* Strafrechtliche Maßnahmen an geistig Abnormen, SchwZStr. 89 (1973) S. 131 ff; W. Stree Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960.

## A. Theorien der Maßregeln

1. Das geltende Recht kennt als Reaktion auf eine Straftat neben den Strafen oder **53** statt der Strafen auch Maßregeln der Besserung und Sicherung: § 61 StGB. So wie die Strafe eine Reaktion auf eine Beeinträchtigung der Normgeltung ist, so die Maßregel eine Reaktion auf eine in der Tat objektivierte Wiederholungsfahr. Diese bei den Vereinigungstheorien schon genannte *Zweispurigkeit* der Reaktion drängt sich auf, wenn die Strafe und das zur Spezialprävention Erforderliche divergieren; dementsprechend beruht die Verankerung der Zweispurigkeit im geltenden Recht auf Versuchen, die Vorteile einer schuldgebundenen Strafe mit einigen Vorteilen spezialpräventiv effektiver Behandlung zu kombinieren<sup>76</sup>. Wegen der Spaltung der Reaktion ist von seiten der Präventionisten und aus deren Sicht zu Recht der Vorwurf des Etikettenschwindels erhoben worden<sup>77</sup>. — Auch einzelne Modalitäten der Strafe, insbesondere die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56 ff StGB) und der Vorrang der Geldstrafe (§ 47 StGB), sind Maßregeln, nur untrennbar mit einer Strafe verknüpft<sup>78</sup>.

2 a) Die Theorie der Maßregeln ist längst nicht so differenziert entwickelt worden **54** wie die Theorie der Strafen<sup>79</sup>. Überwiegend begnügt man sich mit der Feststellung, eine Maßregel solle — im Rahmen des Verhältnismäßigen (§ 62 StGB) — das Gemein-

<sup>76</sup> Erstmals verwirklicht wurde die Zweispurigkeit unter dem Einfluß von E. F. Klein in § 5 II 20 und § 1160 II 20 ALR. — Nachweise zur Geschichte bei Eb. Schmidt Geschichte § 241; LK-Tröndle Rdn. 9 vor § 38; LK-Hanack Rdn. 5 ff vor § 61.

— Grundlegend für die heutige Anerkennung der Zweispurigkeit war der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch von Carl Stooss (1893; Gesetz 1937); Stooss SchwZStr. 18 (1905) S. 1 ff; *ders.* SchwZStr. 41 (1928) S. 54 f; *ders.* SchwZStr. 44 (1930) S. 261 ff; — siehe dazu Schultz Einführung S. 61 ff; Stratenwerth Schweizerisches Strafrecht 1/18 ff, jeweils mit Nachweisen. — In Deutschland war die Zweispurigkeit in den Reformentwürfen seit dem Vorentwurf von 1909 und dem Entwurf von 1913 im Prinzip unangefochten. Geltendes Recht wurde sie erstmals durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 („Gewohnheitsverbrechergesetz“, RGBl. I S. 995): §§ 42 a ff StGB a. F. Das Ergebnis war zunächst dreispurig (Bockelmann Studien S. 162); denn neben die Strafe für die Tat und die Maß-

regel trat in § 20 a StGB a. F. Strafe für den „gefährlichen Gewohnheitsverbrecher“. — Siehe ferner §§ 81 ff E 1962 und Begründung S. 207 f; §§ 66 ff AE und Begründung S. 121.

<sup>77</sup> Kohlrausch ZStW 44 S. 21 ff, 33.

<sup>78</sup> Teils wird die „bedingte Verurteilung“ nicht als Kombination von Strafe und Maßregel, sondern als „dritte Säule“ der Kriminalpolitik bezeichnet (Jescheck AT § 8 VI; LK-Jescheck Einleitung Rdn. 40 ff). Unter bedingter Verurteilung werden dabei zusammengefaßt: Das vorläufige Absehen von Klage und die vorläufige Einstellung nach § 153 a StPO, die Verwarnung mit Strafverbehalt nach den §§ 59 ff StGB (im Jugendstrafrecht die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe nach den §§ 27 ff JGG), ferner Strafaussetzung oder Aussetzung des Strafrests zur Bewährung, §§ 56 bis 56 g, 58 StGB, § 57 StGB, und schließlich die Aussetzung einer Maßregel zur Bewährung, §§ 67 b, 67 c Abs. 2 Satz 4, 67 d Abs. 2, 67 g StGB.

<sup>79</sup> Siehe LK-Hanack Rdn. 36 vor § 61.

interesse erhalten<sup>80</sup>. Damit ist freilich wenig anzufangen, weil unklar bleibt, wie die Interessen des Täters zu gewichten sind: so gering wie die Interessen eines Angreifers bei der Notwehr (unten 12/30, 46 f) oder so hoch wie die Interessen eines Unbeteiligten beim aggressiven Notstand (unten 13/20 ff)? Unklar ist auch, was die drohende Beeinträchtigung des Gemeininteresses ist: die kommende Verletzung oder Gefährdung durch eine Naturkatastrophe oder die kommende Verletzung der Normgeltung oder einer Zwischenform o. ä.

b) Schon konkreter ist der Vorschlag, die Maßregeln „notwehrrechtlich“ zu verstehen<sup>81</sup>. Da freilich die Notwehr auf staatliches Abwehrhandeln gerade nicht paßt (unten 12/41 ff) und bei der Verhängung von Maßregeln zudem die Drastik eines gegenwärtigen Angriffs fehlt, geht die Parallele zur Notwehr sachlich fehl<sup>82</sup>.

c) Nach einer ethisierenden Lösung soll die Maßregel den Verlust der „inneren Freiheit“ des Täters ausgleichen und gerade wegen dieses Verlusts zu rechtfertigen sein: „Wer (der) inneren, von sittlicher Selbstbestimmung gelenkten Freiheit überhaupt nicht fähig (wie Geistesranke) oder infolge von schlechten Anlagen, Lastern und Gewohnheiten nicht mehr hinreichend mächtig ist, kann die volle soziale Freiheit nicht beanspruchen“<sup>83</sup>. Diese Lösung ergibt freilich nichts für die Maßregeln, die neben der Strafe für eine voll schuldhaft Tat verhängt werden<sup>84</sup>; wenn der Täter für den Gebrauch seiner „Freiheit“ voll einstehen muß, müßte er nach der genannten Lösung auch volle soziale Freiheit beanspruchen können.

d) Schließlich werden die Maßregeln auch unter die schon bekannten Institutionen des Rechts aufgeteilt: Teils sollen sie „personenrechtliche Fürsorgemaßnahmen“ sein, teils echte Strafen<sup>85</sup>. Als Strafe soll insbesondere die Sicherungsverwahrung durchgehen: „Wer das Leben eines Gewohnheitsverbrechers geführt hat, der hat unbemessene Freiheitsstrafe verdient“<sup>86</sup>. Das geht freilich am Tatprinzip vorbei: Geschehene Taten sind immer auch zu bemessen; unbemessene Rechtsfolgen knüpfen deshalb nicht allein an die geschehenen Taten an, sondern zumindest zusätzlich an die Gefahr zukünftiger Taten; für Zukünftiges kann aber nicht schon gegenwärtig gestraft werden.

## B. Die Differenzierung der Maßregelfunktion

- 55 1. Zur Lösung ist die Beziehung zwischen dem Konflikt, den der Täter durch seine Tat hervorruft, und der Maßregel genauer zu beschreiben. Dabei kann für alle Maßregeln vorweg festgehalten werden, daß sie praktisch mit einem Übel verbunden sind, das der Täter zu tragen hat. Deshalb weisen auch die Maßregeln den generalpräventiven (normbestätigenden) Nebeneffekt auf, der schon bei der Behandlung der Spezialprävention bezeichnet wurde (oben 1/37). Davon abgesehen sind zur Klärung der Beziehung zwischen Konflikt und Maßregel folgende Maßregelarten zu unterscheiden: (a) die strafergänzende Maßregel, (b) die strafersetzende Maßregel und (c) die strafvertretende Maßregel.

<sup>80</sup> Exner Theorie S. 226 ff; Nagler Verbrechensprophylaxe S. 19, 66 ff, 102 ff, 257 ff; Nowakowski v. Weber-Festschrift S. 98 ff, 103; Stree Deliktsfolgen S. 217 ff; Lenckner in: Handbuch Bd. I S. 3 ff, 185; LK-Hanack Rdn. 28 vor § 61; LK-Jescheck Einleitung Rdn. 39; Schönke-Schröder-Stree Rdn. 2 vor § 61; Schmidhäuser AT 21/8 mit Fn. 4 u. a. m.

<sup>81</sup> Sax in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 960 ff, 963, 965.

<sup>82</sup> Zutreffend kritisch Nowakowski v. Weber-Festschrift S. 98 ff, 108 f.

<sup>83</sup> Welzel Strafrecht § 32 III; ebenso LK<sup>9</sup>-Lang-Hinrichsen Rdn. 13 f vor § 42 a; Lang-Hinrichsen in: 43. DJT Bd. I Teil 3 Heft B S. 5 ff, 42 f; Galas Niederschriften Bd. IV S. 55; Bockelmann Niederschriften Bd. I S. 56 f, 243 ff, 247; Bruns ZStW 71 S. 210 ff, 211 f.

<sup>84</sup> Zutreffend Stratenwerth AT Rdn. 35.

<sup>85</sup> H. Mayer AT § 7 III.

<sup>86</sup> H. Mayer AT § 64 I 2.



a aa) Was die *strafergänzende* Maßregel angeht, also die Maßregel neben der Strafe, so ist folgender Zusammenhang zu beachten: Ob es überhaupt möglich ist, Erwartungen durchzuhalten, die allein normativ gegen Enttäuschungen abgesichert sind, ist schon zweifelhaft. Jedenfalls bedürfen die elementaren Erwartungen, die das Strafrecht stabilisiert, auch einer kognitiven Untermauerung. Mit Strafe kann der Verlust an Gütern, den das Opfer erleidet, nicht ausgeglichen werden. Deshalb gehört zu den Voraussetzungen eines jeden (nicht aufgezwungenen) sozialen Kontakts neben der Gewißheit, daß im Enttäuschungsfall eine normative Garantie erfolgen wird (also neben der Gewißheit, im Recht zu sein), auch die (weniger gewisse) Wahrscheinlichkeit, daß man mit seinen elementaren Gütern ungeschoren davonkommt. Beispiel: Wer voraussichtlich gewiß von einem betrunkenen Autofahrer totgefahren wird, wenn er sich auf die Straße begibt, wird trotz der Garantie, im Recht zu sein, die Straße meiden. Freilich kann die kognitive Absicherung schwächer sein, als es die normative Garantie ist; der Witz der normativen Garantie besteht ja gerade darin, daß die Norm auch dann noch als allseitig verbindliches Verhaltensmuster akzeptiert werden kann, wenn ein Normbruch kognitiv nicht auszuschließen ist. Das heißt aber nicht, es könne darauf verzichtet werden, evidente Gefahrenquellen zu verstopfen. Die normative Garantie wirkt nur als eine brauchbare Garantie, wenn der Normbruch auch kognitiv ernsthaft angegangen wird; denn da allein vom Recht-Haben niemand leben kann, läßt sich auch allein mit der Gewißheit, daß notfalls eine normative Garantie erfolgt, das Leben nicht brauchbar organisieren. Dieses Befunds wegen sind die strafergänzenden Maßregeln erforderlich, also etwa Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) oder in Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) neben der Strafe u. a. m. Die Aufgabe dieser Maßregeln besteht darin, dasjenige Maß an kognitiver Sicherheit herzustellen, ohne das die normative Garantie keine taugliche Organisationsgrundlage abgibt.

Auch eine Maßregel, die neben eine Strafe tritt, dient also der Erhaltung von Normgeltung; sie stützt den Effekt der Strafe für die geschehene Tat durch kognitive Untermauerung der Norm, also auch abgesehen von dem schon bezeichneten generalpräventiven Nebeneffekt, der hauptsächlich aus dem Übelscharakter der Maßregel resultiert. Die Verbindung von Maßregel und Normgeltung erklärt, weshalb der Normbruch für die Gefahr weiterer Normbrüche symptomatisch sein muß: Es geht nicht darum, aus Anlaß der Tat eine Generalrevision der Person des Täters vorzunehmen, sondern die Indizwirkung der Tat hindert eine Bereinigung der Situation allein durch Strafe.

bb) Wegen ihrer bloßen Hilfsfunktion ist eine strafergänzende Maßregel auf das Quantum zu limitieren, das erforderlich ist, um den Strafeffekt zu stützen. Diese Limitierung ist für die Beendigung einer Maßregel höchst bedeutsam: Die Maßregel hat nicht erst zu enden, wenn die Gefahr weiterer Taten beseitigt ist, sondern schon dann, wenn die Geltung der Norm nicht mehr in Zweifel steht, weil ein ernsthafter und nicht offensichtlich erfolgloser Besserungsversuch unternommen worden ist (oder bei Sicherungsverwahrung: ein entsprechendes Abwarten geänderter Verhältnisse).

b) Bei einer *strafersetzenden* Maßregel, d. h. bei einer Maßregel auf Grund schuldlosen Verhaltens des Täters, bleibt — abgesehen vom generalpräventiven Nebeneffekt der Übelszufügung — nur jene dünne Beziehung zur Normgeltung, die sich aus dem Umstand ergibt, daß überhaupt gegen den Täter vorgegangen wird, daß also der Konflikt und der Täter als dessen Ursache ernst genommen werden (auf bloße Geschmacklosigkeiten oder auf bloßen Unfug hin erfolgt keine bessernde oder sichernde Reaktion). Eine strafersetzende Maßregel hat aber nicht eine bloße Hilfsfunktion, sondern

ist eine eigene Erledigungsart. Da der Konflikt nur kognitiv und nicht normativ angegangen wird, muß die Maßregel auch kognitiv erfolgreich sein: Zielpunkt ist — anders als bei der ergänzenden Maßregel — nicht die Normgeltung, sondern die Gefahrfreiheit.

- 58 c) Zwischen den beiden zuvor genannten Arten von Maßregeln ist die *strafvertretende* Maßregel angesiedelt, das heißt die Maßregel, die gegenüber dem schuldhaften Täter statt Strafe verhängt oder vollstreckt wird (§ 67 Abs. 4 und 5 StGB). Sie hat mit der strafergänzenden Maßregel gemeinsam, daß sie Reaktion auf einen zurechenbaren Normbruch ist, und mit der strafersetzenden Maßregel, daß die Lösung des Konflikts ganz im kognitiven Bereich gesucht wird. Die verletzte Norm soll stabilisiert werden, indem die faktische Chance ihrer Beachtung erhöht wird. Es geht also um die Festigung von Normgeltung allein durch Beseitigung von Gefahr. — Ob das allerdings mehr als nur vereinzelt durchführbar ist, ist nicht ausgemacht (siehe oben zur Spezialprävention 1/39).
- 59 2 a) Entsprechend den unterschiedlichen Aufgaben der Maßregeln ist die *Zweckerreichung* unterschiedlich zu bestimmen. Bei der strafergänzenden Maßregel geht es nur darum, die kognitive Sicherheit zu schaffen, die zur Untermauerung einer normativen Garantie erforderlich ist. Bei den beiden anderen Maßregelarten muß hingegen der Konflikt überhaupt kognitiv erledigt werden; die Prüfung, ob die Gefahr beseitigt ist, muß deshalb bei den zuletzt genannten Arten nach einem strengeren Maßstab erfolgen.
- 60 b) Auch bei der Beurteilung der *Verhältnismäßigkeit* ergeben sich je nach Art der Maßregel unterschiedliche Interessenbeteiligungen und Interessengewichtungen. Während es bei einer strafergänzenden und (trotz des kognitiven Vorgehens) auch bei einer strafvertretenden Maßregel hauptsächlich um die Erhaltung von allgemeinem Normvertrauen geht, ist bei einer strafersetzenden Maßregel die Beseitigung von Gefahren für Güter (nicht für Normen) vorrangig, was weniger zählt. — Die Interessen auf seiten des Täters sind um so geringer zu gewichten, je stärker er für die Gefahr zuständig ist, so daß insoweit eine Reaktion gegenüber einem schuldhaft handelnden Gewohnheitstäter noch verhältnismäßig sein mag, wenn sie gegenüber einem Geisteskranken schon unverhältnismäßig ist. — Weiterhin muß bei der strafvertretenden Maßregel zu Lasten des Täters berücksichtigt werden, daß ihn — im Gegensatz zur Lage bei der strafergänzenden Maßregel — trotz schuldhaften Verhaltens keine Strafe trifft. — Der Notwendigkeit dieser differenzierten Abwägungen<sup>87</sup> wird die pauschale Formulierung von § 62 StGB nicht gerecht. Einzelheiten gehören zur Lehre von den Rechtsfolgen.

## 2. ABSCHNITT

### Die materielle Legitimation des Strafrechts

#### Literatur

K. Amelung Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; ders. Buchbesprechung, ZStW 87 S. 132 ff; ders. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982 S. 617 ff; P. Bockelmann Literaturbericht, ZStW 74 S. 304 ff; R.-P. Callies Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; G. Dahm Der Methodenstreit in der heutigen

<sup>87</sup> SK-Horn § 62 Rdn. 8 vergleicht die Differenziertheit zutreffend mit derjenigen bei der Strafzumessung.

Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 S. 225 ff; *W. Gallas* Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift S. 50 ff; *ders.* Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; *M. Grünbut* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff; *E.-W. Hanack* Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten 47. DJT Bd. I (A); *R. Hassemer* Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassemer* Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *ders.* Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *ders.* Buchbesprechung, ZStW 87 S. 146 ff; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *R. M. Honig* Die Einwilligung des Verletzten Teil I, 1919; *H. Jäger* Strafgeseztgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; *Arthur Kaufmann* Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-Festschrift S. 89 ff; *ders.* Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; *J. Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, 1966; *E.-J. Lampe* Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Welzel-Festschrift S. 151 ff; *F. v. Liszt* Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 S. 663 ff; *ders.* Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 S. 133 ff; *F. Loos* Zum „Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte, Welzel-Festschrift S. 879 ff; *M. Marx* Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972; *K. Marxen* Der Kampf um das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *E. Mezger* Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 S. 675 ff; *U. Neumann* und *U. Schroth* Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *H. Otto* Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: *H. Müller-Dietz* (Hrsg.) Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 1 ff; *ders.* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 S. 539 ff; *K. Peters* Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, Würtenberger-Festschrift S. 77 ff; *F. Preiser* Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden? ZStW 82 S. 655 ff; *G. Roos* Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; *C. Roxin* Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966 S. 377 ff; *H.-J. Rudolphi* Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-Festschrift S. 151 ff; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *F. Schaffstein* Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht 2 (1935) S. 97 ff; *ders.* Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108 ff; *ders.* Der Streit um das Rechtsverletzungsdogma, Deutsches Strafrecht 4 (1937) S. 335 ff; *E. Schmidhäuser* Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift S. 433 ff; *P. Sina* Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962; *E. Schwinge* Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *G. Stratenwerth* Leitprinzipien der Strafrechtsreform, 1970; *K. Tiedemann* Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *H. Welzel* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *ders.* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Kohlrausch-Festschrift S. 101 ff; *H. Zipf* Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980.

### I. Das Bezugsniveau des Strafrechtsschutzes: Normen als Strafrechtsgut

A. Formell wird Strafrecht durch das verfassungsgemäße Zustandekommen der 1 strafrechtlichen Gesetze legitimiert. Die materielle Legitimation besteht darin, daß die strafrechtlichen Gesetze zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt erforderlich sind. Es gibt keinen genuinen Inhalt der strafrechtlichen Normen, sondern die möglichen Inhalte richten sich nach dem gegebenen Regelungszusammenhang. Zum Regelungszusammenhang gehören die Wirklichkeiten des sozialen Lebens ebenso wie die — insbesondere verfassungsrechtlichen — Normen.

B 1. Der Beitrag, den das Strafrecht zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt leistet, besteht in der Garantie von Normen. Die Garantie geht dahin, daß die Erwartungen, die zum Funktionieren des sozialen Lebens in der gegebenen und in der gesetzlich geforderten Gestalt unabdingbar sind, im Fall ihrer Enttäuschung nicht preisgegeben werden müssen. Man kann deshalb — was freilich dem üblichen Sprachgebrauch zuwiderläuft — die Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartungen, und diese Enttäuschungsfestigkeit deckt sich mit praktizierter 2

Normgeltung, als das vom Strafrecht zu schützende Gut definieren; dieses Gut wird nachfolgend das *Strafrechtsgut* genannt.

- 3** 2 a) Bei dieser Begriffsverwendung mag die starke Anbindung an die strafrechtlichen Normen zunächst verwundern; denn Güter lassen sich auch ohne diesen normativen Umweg ausmachen, indem man benennt, was der Täter — jedenfalls im Fall eines Verletzungsdelikts im materiellen Sinn — zerstört: Leben, Gesundheit, Eigentum, wobei hier noch dahinstehen mag, ob die genannten Gegenstände um ihrer selbst willen oder wegen ihrer Leistungen für eine Person oder für die Gesellschaft Güter sein sollen. Es soll auch nicht bezweifelt werden, daß die genannten Gegenstände sinnvoll Güter genannt werden können; denn sie sind positiv bewertete Sachverhalte und deshalb für den Bewertenden „gut“.
- 4** b) Aber Güter dieser Art können zum größten Teil auch durch natürliche Abläufe beeinträchtigt werden (Krankheit, Materialermüdung etc.) und ebenfalls durch Verläufe, die zwar von Menschen vermittelt werden, aber nicht vermeidbar (vorsätzlich oder fahrlässig) sind. Das kann zwar auf ihr Verständnis als Güter ohne Einfluß bleiben, nicht aber auf die Qualifizierung zu Strafrechtsgütern. Wenn man nämlich die positiv bewerteten Sachverhalte ohne Einschränkung als Strafrechtsgüter bezeichnet, ergibt sich die seltsame Konsequenz, daß sich das Strafrecht um den Verlust seiner Güter manchmal (oder je nach Bereich sogar zumeist) nicht kümmert: Der Tod an Altersschwäche, der Verderb einer Sache in der Zeit u. a. m. vernichten Güter im bezeichneten Sinn, erfüllen aber keinen strafrechtlichen Tatbestand<sup>1</sup>. Das Strafrecht hat also nicht die Aufgabe, den Bestand der bezeichneten Güter in jedem Fall zu garantieren, sondern nur bei bestimmt gearteten Angriffen. Würde der Grund dieser Zurückhaltung von außen an das Strafrecht herangetragen, so wäre es angemessen, Gegenstände von der bezeichneten Art um ihrer selbst willen oder um ihrer Leistung für Personen oder für die Gesellschaft willen Strafrechtsgüter zu nennen; denn strafrechtlich wäre dann ein umfassender Schutz angezeigt, der allein durch strafrechtsfremde Gründe auf bestimmte Angriffsweisen beschränkt würde. Bei diesem Verständnis müßte aber jede Vernichtung eines Guts im bezeichneten Sinn, wie sie auch erfolgen mag, eine strafrechtlich relevante Störung sein. Mit der Absurdität dieser Konzeption (jede Krankheit ein Angriff auf Strafrechtsgüter?) werden die Grenzen der Leistungsfähigkeit des bezeichneten Güterbegriffs deutlich: Er betrifft zwar sinnvoll als Güter zu bezeichnende Sachverhalte, vernachlässigt aber die spezifische Aufgabe des Strafrechts, da er schädliches Walten der Natur oder nicht vermeidbares Verhalten von Menschen zusammen mit dem — strafrechtlich allein interessierenden — zurechenbaren Verhalten über denselben Kamm der „Störung wegen Gutsverletzung“ schert. In der Konsequenz wird jedenfalls bei Gütern, die nicht durch gesellschaftliche Evolution ihre Aufgabe verlieren, vielmehr physisch bedingt ableben (Altersschwäche), die Vergangenheit zu einem riesigen Rechtsgüterfriedhof, der hinreichend deutlich demonstriert, daß bei der Verletzung eines Guts im bezeichneten Sinn das Niveau, auf dem Strafrecht stattfindet, nicht notwendig erreicht wird.
- 5** C 1. Strafrechtlich interessiert nicht jede nachteilige Veränderung eines Guts als eines positiv bewerteten Sachverhalts; vielmehr muß sich die Veränderung gegen die positive Bewertung selbst richten. Das kann nur durch ein menschliches Verhalten mit dem expressiven Gehalt geschehen, eine Berücksichtigung der positiven Bewertung sei

---

<sup>1</sup> Bockelmann ZStW 74 S. 311 ff, 313.

nicht angebracht. Nicht die Verursachung eines Todes ist *Strafrechtsgutsverletzung* (sie ist schlicht Gutsverletzung), sondern der in der vermeidbaren Tötung liegende Sinn, Tötung solle sein (Vorsatz) oder sei nicht in Acht zu nehmen (Fahrlässigkeit), da dieser Sinn sich gegen das spezifisch vom Strafrecht zu Bewahrende richtet, scil. gegen die Normgeltung. Nur diese Sicht hebt das Strafrechtsgut auf die Ebene, auf der gesellschaftliche Interaktion per Strafrecht stattfindet: die Ebene der *Bedeutung* von (deliktischem) Verhalten als Negation der *Bedeutung* von Normen und der Bekräftigung des Festhaltens an der Norm*bedeutung* durch die strafende Reaktion<sup>2</sup>. Strafrechtsgut im Bereich der Eigentumsdelikte ist bei dieser Lösung nicht die fremde Sache oder die Beziehung des Eigentümers zu seiner Sache als Funktionseinheit für Aktionen zur Bedürfnisbefriedigung oder zur Gewinnerzielung, sondern die Geltung des Norminhalts, Eigentumsschutz solle sein; entsprechend ist Strafrechtsgut im Bereich der Körperverletzungsdelikte die Geltung des Norminhalts, fremde Körperintegrität sei zu achten etc. Strafrechtsgut ist die praktische Verbindlichkeit der Norm.

2. Das Strafrechtsgut im bezeichneten Verständnis kann nicht durch ein Verhalten **6** als äußerliches Ereignis, sondern nur durch ein Verhalten als bedeutungshaltiges Ereignis angegriffen werden. Wegen des Tatprinzips liegt freilich eine Straftat immer nur vor, wenn auch ein äußerliches, sinnenfälliges Ereignis stattfindet. Das Objekt dieses äußerlichen Verhaltens ist freilich nicht das Strafrechtsgut, vielmehr sind Strafrechtsgut und *Handlungsobjekt* (genauer wäre: Verhaltensobjekt) zu trennen<sup>3</sup>.

Beim Handlungsobjekt kann es sich sogar um das Gegenteil eines Guts handeln, scil. wenn das Verhalten in der Produktion unerwünschter Gegenstände besteht, etwa bei der Geldfälschung oder der sonstigen Urkundenfälschung (§§ 146 ff, 267, 348 StGB), oder in der Produktion unerwünschter Informationen, etwa bei der Beleidigung, beim Geheimnisverrat und beim Betrug (§§ 185, 203, 263 StGB). Soweit das Handlungsobjekt nicht rechtlich negativ bewertet wird, kann man es als *Angriffsobjekt* bezeichnen. Manche Angriffsobjekte lassen sich ihrerseits als Güter definieren, die dem maßgeblichen Gut (dem Strafrechtsgut und auch dem Rechtsgut im noch zu bestimmenden Sinn) vorgelagert sind (etwa Eigentum als der Entfaltungsmöglichkeit vorgelagertes Gut), andere vermitteln nur den Angriff gegen ein Gut (etwa der Vollstreckungsbeamte beim Widerstand nach § 113 StGB).

<sup>2</sup> Bemühungen, Strafrechtsgut, Normbruch und Strafe auf ein Niveau zu bringen, sind selten. Zu nennen ist vorweg *Welzel* Strafrecht § 1 I; *ders.* ZStW 58 S. 491 ff, 509 ff; *ders.* Kohlrausch-Festschrift S. 101 ff, 107 ff, der zwischen Sachverhaltenswerten und Aktwerten trennt (freilich nur die Sachverhaltenswerte als Rechtsgüter bezeichnet): „Wesentlicher als der Schutz der konkreten einzelnen Rechtsgüter ist die Aufgabe, die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen“ (Strafrecht aaO). — Zu *Welzels* Lehre siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 165 ff, 273 ff; *Hassemer* Theorie S. 87 ff. — Der verbreitete Einwand, der Blick auf den Aktwert führe zum Gesinnungsstrafrecht, da in *Welzels* System die Straftat keinen notwendigen Platz habe, trifft bislang jede Theorie: Selbst aus der Festlegung auf den Schutz sinnlich erfahrbarer Rechtsgüter ergibt sich keine Antwort auf die Frage, ob und wann ein so gefährlicher Angriff

vorliegt, daß Strafe notwendig ist. Jede Straftat fängt im Kopf des Täters an und endet in der Außenwelt. Das Tatprinzip ist deshalb auch aus dem Prinzip eines Rechtsgüterschutzes im konventionellen Verständnis nicht zu erklären (*a. A. Sax* Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 913; *Hassemer* Theorie S. 97; *Jescheck* AT § 1 III 2 u. a. m.). — Grundlegend ferner *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 444 f; *ders.* AT 2/30: „Rechtsgutsverletzung ist ein geistiges Phänomen... Rechtsgutsverletzung ist die Verletzung des vom Rechtsgut (?) ausgehenden Achtungsanspruchs durch ein Willensverhalten“; *ders.* Studienbuch 5/27: „der von wertvollen Sachverhalten ausgehende Achtungsanspruch“. — Ähnlich wie hier *Otto* ZStW 87 S. 539 ff, 554 ff, 562.

<sup>3</sup> *Jescheck* AT § 26 I 4; *Stratenwerth* AT Rdn. 210; *Schmidhäuser* AT 2/31 f; *Maurach-Zipf* AT I § 19 II A; *Baumann* AT § 12 II 3 a.

## II. Materielle Legitimation des Strafrechts durch Rechtsgüterschutz?

### A. Allgemeine Probleme

- 7 1. Das bislang behandelte Bezugsniveau des Strafrechtsguts steht bei der Diskussion des Problems „Strafrecht als Rechtsgüterschutz“ (oder „Straftat als Rechtsgutsverletzung“<sup>4</sup>) üblicherweise nicht im Vordergrund<sup>5</sup>. Es geht vielmehr darum, ob die Strafrechtsnormen (und damit erst mittelbar auch das Strafrecht selbst) nur legitim sind, wenn sie Rechtsgüter schützen, ohne daß freilich sonderlich klar wäre, was ein Rechtsgut in diesem Zusammenhang ist. „Das Rechtsgut ist zu einem wahren Proteus geworden, der sich unter den Händen, die ihn festzuhalten glauben, sofort in etwas anderes verwandelt“<sup>6</sup>. — Nachfolgend wird als *Rechtsgut* der Schutzgegenstand einer Norm verstanden, dies im Gegensatz zur Normgeltung selbst als dem Strafrechtsgut.
- 8 2 a) Streitig ist schon, aus wessen Sicht festzulegen ist, was als Schutzgegenstand der Norm in Betracht kommt, ja ob es überhaupt nur auf eine einzige Sicht ankommt (monistische Theorien) oder ob die Perspektive wechseln kann (dualistische Theorien). Neben der (monistischen) Zuordnung aller Rechtsgüter zum einzelnen Bürger<sup>7</sup> finden sich Zuordnungen zur Gesellschaft und dadurch zum Bürger<sup>8</sup>, ferner (dualistische) Zuordnungen, die bei Individualrechtsgütern dem Bürger, bei staatlichen oder überindividuellen Rechtsgütern der Gesellschaft oder dem Staat gelten sollen<sup>9</sup>, und schließlich (wiederum monistische) Zuordnungen einzig zur „Rechtsgemeinschaft“<sup>10</sup>.
- 9 b) Der Streit betrifft drei zweckmäßigerweise zu trennende Problembereiche:
- aa) Zunächst geht es darum, wer der letztlich Begünstigte des „Schutzbetriebs“ ist. Hier ist die Sicht möglich, daß selbst der Schutz der Einzelperson (Leben, Freiheit etc.) nur erforderlich ist, weil die Gesellschaft nun einmal handlungsfähige Mitglieder braucht, oder daß in der Umkehrung der Schutz des Staats (etwa gegen Hochverrat) oder gesamtgesellschaftlicher Institutionen nur erfolgt, weil der Einzelne zum Überleben der Hilfe des Staats bedarf. Dieser Streit um den Staatszweck läßt sich allein an den strafrechtlichen Normen nicht austragen, noch weniger beschränkt auf den Begriff Rechtsgut. Jedenfalls scheiden Radikallösungen aus: Strafrechtliche Normen sind durch die Androhung förmlicher Reaktionen garantiert und deshalb ohne förmliche Ordnung zwischen den einzelnen Individuen so wenig denkbar, wie in der Umkehrung eine Gesellschaft ohne Mitglieder denkbar ist<sup>11</sup>.
- 10 bb) Weiterhin läßt sich fragen, aus wessen Sicht festzulegen ist, welche Güter, wem diese auch zustehen mögen, des Schutzes würdig und bedürftig sind. Diese Sicht ist immer die öffentliche, allgemeine, auch soweit es um den Schutz privater Güter geht; denn wenn etwas zum Rechtsgut einer strafrechtlichen Norm erhoben wird, heißt dies

<sup>4</sup> Gemeint ist nicht, jede Straftat müsse erfolgreich verletzen, sondern jede Norm müsse den Zweck haben, Verletzungen zu verhüten.

<sup>5</sup> Zur Dogmengeschichte siehe *Sina* Dogmengeschichte passim; grundlegend zum Zusammenhang zwischen der Geschichte des Begriffs Rechtsgut und der allgemeinen Geistesgeschichte *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 15 ff mit teilweise erheblichen Korrekturen der Darstellung *Sinas* (dazu zusammenfassend S. 10 ff); eine Darstellung mit einem Schwerpunkt auf der Wechselbeziehung zwischen Rechtsgut und sozialer Wirklichkeit gibt *Hassemer* Theorie passim; zu *Amelung* siehe *Hassemer* ZStW 87 S. 145 ff; zu *Hassemer* siehe *Amelung* ZStW 87 S. 132 ff.

<sup>6</sup> *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 509.

<sup>7</sup> *M. Marx* Definition S. 79 ff und passim; *Hassemer* Theorie S. 68 ff, mit erheblichen Differenzierungen S. 233 ff.

<sup>8</sup> *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 1; *ders.* Honig-Festschrift S. 151 ff, 161 f; *Callies* Theorie S. 131 ff, 143 ff.

<sup>9</sup> *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 113 ff, 118 f; *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 443 f und die ganz überwiegende Ansicht, siehe nur *Maurach-Zipf* AT I § 19 II A 1 (S. 280); *Schönke-Schröder-Lenkner* Rdn. 10 vor § 13.

<sup>10</sup> *Binding* Normen Bd. I S. 357 ff.

<sup>11</sup> Siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 391 f.

per Definition, daß der Schutz eine öffentliche Aufgabe wird. Damit ist freilich nicht ausgemacht, welche privaten Güter in öffentlicher Regie geschützt werden dürfen und welche öffentlichen Güter eines Strafrechtsschutzes bedürfen. Die Güterlehre ist bei der Entscheidung dieser Frage wenig hilfreich. Die Antwort hängt vielmehr von der Sozialschädlichkeit des Verletzungsverhaltens ab, mit der die Wertwidrigkeit des gütverletzenden Verhaltens nicht notwendig korrespondiert.

cc) Schließlich muß die Verfügungszuständigkeit für ein Gut festgelegt werden, so- 11  
weit es als schutzwürdig und schutzbedürftig befunden wird. Die Entscheidung ist durch Annahmen zum letztlich Begünstigten nicht präjudiziert. So kann auch in einem Modell, nach dem der Eigentumsschutz nicht dem Einzelnen dient, sondern das allgemeine Wirtschaftsleben und dadurch den Staat stärken soll, die Verfügungszuständigkeit dem einzelnen Bürger überlassen werden, etwa in der Annahme, dessen Egoismus garantiere einen wirtschaftlich optimalen Einsatz. In der Umkehrung kann in einem Modell, nach dem der Schutz des Guts allein zugunsten des Einzelnen erfolgen soll, dessen Verfügungszuständigkeit gebunden sein, etwa indem ihm vorgeschrieben wird, was dienlich ist (der richtige Wille des Zuständigen rangiert dann vor dessen wirklichem Willen). Vor allem aber lassen sich Güter, die allen Einzelnen dienen sollen, nur gemeinsam verwalten, so daß auch bei einem individualistischen Ansatz um die Anerkennung von Gütern in der Verfügungszuständigkeit des Staats nicht herumzukommen ist (etwa öffentliches Eigentum).

Nach geltendem Recht erfolgt die Bestimmung der Zuständigkeit — abgesehen von überhaupt unverfügbaren Gütern wie etwa dem Bestand der Bundesrepublik Deutschland — dualistisch; neben die Güter in der Zuständigkeit des Einzelnen oder eines Zusammenschlusses von Einzelnen treten die (seltener überhaupt verfügbaren) Güter in der Hand des Staats oder der anderen öffentlichrechtlichen juristischen Personen und die Güter in allgemeiner gesellschaftlicher Zuständigkeit. — Von der Verfügungszuständigkeit hängt die (tatbestandsausschließende oder rechtfertigende) Wirkung einer Einwilligung ab (unten 7/114; 14/7).

## B. Der Begriff des Rechtsguts

1. Ein Gut ist ein positiv bewerteter Sachverhalt. Sachverhalt wird hierbei im weiten 12  
Sinn verstanden, so daß der Begriff nicht nur (körperliche und andere) Gegenstände umfaßt, sondern auch Zustände und Entwicklungen. Rechtsgut wird ein Gut dadurch, daß es rechtlichen Schutz genießt. Nun läßt sich argumentieren, der rechtliche Schutz sei hinreichender und maßgeblicher Beweis für die positive Bewertung des Sachverhalts. Das Rechtsgut wird dann positivistisch bestimmt und der Begriff umfaßt „alles, was in den Augen des Gesetzes als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist . . .“<sup>12</sup>. Die Konkretisierung dieser Bestimmung führt zu einer „etwas tumultuarischen Aufzählung des ‚Güterkapitals der Rechtsordnung‘“<sup>13</sup>, d. h. man kann an der Aufzählung keine Theorie der Gesellschaft ablesen, sondern nur die Schwankungen und Kompromisse der Praxis. Auch in dieser positivistischen Variante steckt freilich noch ein zum positiven Recht kritischer Aspekt<sup>14</sup>: Wenn ein Rechtsgut vorhanden sein soll, muß das Gesetz schon irgendeinen Sachverhalt als wertvoll für das „gesunde Leben“ ansehen, und hieran fehlt es, wenn das Gesetz Ver-

<sup>12</sup> *Binding* Handbuch Bd. I S. 353 f; *ders.* Normen Bd. I S. 338 ff, 341 f. — Zu *Binding* eingehend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 73 ff; *Hassemer* Theorie S. 42 ff; *Sina* Dogmengeschichte S. 41 ff.

<sup>13</sup> *v. Liszt* ZStW 6 S. 663 ff, 676 gegen *Binding*.

<sup>14</sup> Siehe *Hassemer* Theorie S. 47; *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 80.

haltensweisen regelt, deren Ertrag nicht für etwas von Wert ist, sondern die um ihrer selbst willen ein Wert sind, insbesondere wenn das Gesetz sittliches Verhalten um seiner selbst willen vorschreibt. Auch dieser kritische Rest des Rechtsgutsbegriffs läßt sich freilich noch verringern, indem die Definition des Begriffs so elastisch gefaßt wird, daß er schlechthin jeden Regelungszweck einschließt. Das Rechtsgut ist dann als „Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze“<sup>15</sup> oder als „Abbeviatur des Zweckgedankens“<sup>16</sup> zu verstehen.

13 2. Überwiegend wird dem Rechtsgutsbegriff jedoch eine stärker kritische Funktion zugesprochen. Weder soll der Sachverhaltswert verzichtbar sein — daß die „bloße Sittenwidrigkeit“ oder die „bloße Unmoral“ mangels Rechtsgutsverletzung nicht als Straftat definiert werden dürfen, kann als eines der Hauptanliegen der Rechtsgutslehre bezeichnet werden<sup>17</sup> — noch soll es bei der Wertbestimmung allein auf die „Augen des Gesetzes“ ankommen. Vielmehr soll das Gute am Rechtsgut schon vor seiner rechtlichen Anerkennung „Lebensinteresse“ sein. „Nicht die Rechtsordnung erzeugt das Interesse, sondern das Leben; aber der Rechtsschutz erhebt das Lebensinteresse zum Rechtsgut“<sup>18</sup>, wobei freilich unklar bleibt, nach welchen Kriterien das positive Recht zwischen anzuerkennenden und zu verwerfenden Interessen unterscheidet (auch Verbrecher verfolgen Interessen)<sup>19</sup>. Bei weniger ausgeprägtem naturalistischem Optimismus tritt an die Stelle des interessenerzeugenden „Lebens“ zumindest teilweise die Kultur. „Will man wissen, wie diese Interessen entstanden sind, so muß man Kulturgeschichte studieren, darf aber auch nicht vergessen, daß einige fundamentale Interessen mit der Natur des Menschen gegeben sind“<sup>20</sup>. Freilich schwächt die Unbestimmtheit der Interessenquelle „Kultur“ (eine von der jeweiligen Rechtsordnung isolierte Kultur?<sup>21</sup>) die kritische Potenz.

14 3 a) In neuerer Zeit bemüht man sich, die im Interesse<sup>22</sup> erfaßte, positiv bewertende Beziehung zwischen einer Person und einem Sachverhalt für den Rechtsgutsbegriff beizubehalten<sup>23</sup>, jedoch ohne den Begriff auch mit der Aufgabe zu belasten, die Quelle dieser bewertenden Beziehung zu bezeichnen (Leben, Kultur, verfassungsgemäße Ordnung etc.<sup>24</sup>). Mit dieser Einbeziehung der Person in den Begriff des Rechtsguts läßt sich das Werthafte des Rechtsguts besser treffen als durch bloße Benennung von Objekten. Freilich verliert das Rechtsgut dadurch an Anschaulichkeit, was aber hinzunehmen ist, da sowieso keine Chance besteht, als Rechtsgut durchweg etwas Anschauliches auszumachen. Die Einbeziehung der Person muß freilich noch präzisiert werden. Es geht nicht um den von der Person vollzogenen Wertungsakt (der keines strafrechtli-

<sup>15</sup> Honig Einwilligung S. 94.

<sup>16</sup> Grünhut Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff, 8; Schwinge Teleologische Begriffsbildung S. 27; siehe dazu Amelung Rechtsgüterschutz S. 130 ff; Hassemer Theorie S. 49.

<sup>17</sup> M. Marx Definition S. 84 ff; Roxin JuS 1966 S. 377 ff, 382; Rudolphi Honig-Festschrift S. 151 ff, 162, 165; Jaeger Strafgesetzgebung S. 29 ff und passim; u. a. m. — A. A. Preiser ZStW 82 S. 655 ff, 658; wohl auch Peters Würtenberger-Festschrift S. 77 ff, 78 f.

<sup>18</sup> v. Liszt Strafrecht<sup>3</sup> § 3 I 1 mit Fn. 1; ders. ZStW 6 S. 662 ff, 673; ders. ZStW 8 S. 133 ff.

<sup>19</sup> Zur Kritik siehe Amelung Rechtsgüterschutz S. 82 ff, 95.

<sup>20</sup> M. E. Mayer Strafrecht S. 21 unter zutreffend differenzierender Hervorhebung der auslösenden und gestaltenden Leistung des Strafrechts; ders.

Rechtsnormen S. 14 ff; siehe auch Lampe Welzel-Festschrift S. 151 ff. — Zu den neukantischen Lehren eingehend Amelung Rechtsgüterschutz S. 125 ff.

<sup>21</sup> Verneinend M. E. Mayer Rechtsnormen S. 23 f.

<sup>22</sup> Der Begriff wird teils beibehalten; Baumann AT § 12 II 3 a; Maurach-Zipf AT I § 19 II A 1 (S. 279).

<sup>23</sup> M. Marx Definition S. 67; Sina Dogmengeschichte S. 60 ff, 96 ff; Tiedemann Tatbestandsfunktionen S. 115; Stratenwerth AT Rdn. 210.

<sup>24</sup> Freilich kann auch das Strafrecht die wertende Beziehung zeitlich zuerst realisieren. Zwar ist einzuräumen, daß das Strafrecht wenig geeignet ist, Evolution voranzutreiben; daraus folgt aber nicht, es dürfe prinzipiell nur nachklappen; zutreffend Stratenwerth AT Rdn. 51; a. A. SK-Rudolphi Rdn. 5 vor § 1.



chen Schutzes bedarf), sondern um die Möglichkeit, daß eine Person ihre Interessen realisiert. Die einer Person zugeordnete, auf sie bezogene Möglichkeit der Nutzung und des Genusses eines positiv bewerteten Sachverhalts ist das Rechtsgut. Beispiel: Rechtsgut der Eigentumsdelikte ist nicht die Sache, an der Eigentum besteht, sondern die Beziehung möglicher Nutzung zwischen Eigentümer und Sache.

b) Von dem bezeichneten Ansatz ausgehend werden Rechtsgüter beispielsweise definiert als „Gegenstände in ihrer Bezogenheit auf den Menschen“<sup>25</sup>, „werthafte Funktionseinheiten“<sup>26</sup>, „Potentiale“<sup>27</sup> oder „Partizipalien“, d. h. Bedingungen der Möglichkeit, an der sozialen Interaktion zu partizipieren<sup>28</sup>. — Nachfolgend wird der Begriff der Funktionseinheit übernommen. Bei diesem Begriff wird deutlich, daß nicht jeder beliebige Regelungsgegenstand einer Norm ein Rechtsgut ist, vielmehr nur ein solcher Regelungsgegenstand, der eine Aufgabe für die Gesellschaft oder für eines ihrer Subsysteme, den Bürger eingeschlossen, zu erfüllen hat. Der Begriff verhütet ferner das Mißverständnis, ein Rechtsgut müsse etwas sinnlich Wahrnehmbares oder doch auf ein solches Objekt bezogen sein. Freilich löst auch der Begriff der Funktionseinheit nicht das Problem, welche Aufgaben als rechtlich legitime Aufgaben anzuerkennen sind (auch eine kriminelle Vereinigung ist eine Funktionseinheit); insoweit bietet der Begriff gegenüber demjenigen des Interesses keinen Vorzug: Diese Schwäche ist, wie noch zu zeigen sein wird, jedem Rechtsgutsbegriff konstitutionell mitgegeben. **15**

### C. Nicht auf Rechtsgüter bezogene Normen

1 a) Zahlreiche Norminhalte des geltenden Rechts lassen sich nicht erklären, wenn der Zweck der Normen allein im Rechtsgüterschutz gesucht wird, scil. u. a. die für eine Güterverletzung irrelevanten Tatmodalitäten objektiver und subjektiver Art. Der Güterschutz reicht also nie zur Erklärung aller Deliktsmerkmale hin. Er ist sogar nicht einmal für alle Delikte notwendig. Hauptsächlich versagt die Gleichsetzung von Normzweck und Rechtsgüterschutz oder von Straftat und Rechtsgüterverletzung bei Delikten mit einer Sonderpflicht aus institutioneller Zuständigkeit. **16**

b) Im Regelfall erschöpft sich das vom Täter erwartete Verhalten im Negativen: Der Täter soll ein Gut nicht verletzen, genauer: schädigende Wirkungen seines eigenen Organisationskreises auf ein Gut vermeiden (unten 7/56 ff; 21/16 ff; 28/14; 29/29 ff). Bei den Sonderpflichten aus institutioneller Zuständigkeit soll aber zwischen Täter und Gut eine positive Beziehung bestehen, scil. eine — nicht notwendig eigennützige — Zuwendung, im Idealfall ein Stück Gemeinsamkeit der Lebenswelt (unten 7/70; 21/115; 25/43 ff; 28/25; 29/57 ff). Wegen dieser Gemeinsamkeit treffen den Täter besondere Verhaltenserwartungen, deren Inhalt sich nicht (strafbegründende Sonderpflichten, echte Sonderdelikte) oder nur unvollkommen (strafe erhöhende Sonderpflichten, unechte Sonderdelikte) wiedergeben läßt, wenn auf das Nichtverletzen eines Guts abgestellt wird<sup>29</sup>. Die Erwartung, die eine Sonderpflicht betrifft, geht nicht vom vorhandenen Güterbestand aus, sondern von der Rolle, die dem Täter zu seiner Einpassung in eine Institution vorgeschrieben wird. Wenn schon der Begriff des Rechtsguts **17**

<sup>25</sup> *M. Marx* Definition S. 67.

<sup>26</sup> *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 1; *Rudolphi* Honig-Festschrift S. 151 ff, 163; *Otto* in: Strafrechtsdogmatik S. 1 ff, 8.

<sup>27</sup> *Loos Welzel-Festschrift* S. 879 ff, 888.

<sup>28</sup> *Callies* Theorie S. 143 ff; — diese Definition dürfte zumindest für diejenigen Güter nicht passen, die (auch) der Verweigerung von Partizipationen dienen (etwa Intimsphäre).

<sup>29</sup> Freilich läßt sich der Rechtsgutsbegriff so dehnen, daß er alle möglichen Deliktsmerkmale und damit auch Sonderpflichten erfaßt (so etwa *Mezger* ZStW 57 S. 675 ff, 697), was aber längst zutreffend als „Begriffsnacht, die alle Unterschiede verschlingt“, gerügt worden ist (*Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 511 Fn. 30).

bemüht werden soll, so darf man nicht auf den schon vorhandenen Bestand an Funktionseinheiten und dessen Sicherung abstellen, sondern muß die vom Täter zu verwaltende Institution als Funktionseinheit definieren. Die Institution ist freilich nur eine Funktionseinheit, wenn sie intakt ist, wofür wiederum der Täter seine Rolle richtig spielen muß. Die Beziehung des Täters ist eben nicht nur-negativ. Beispiele: Wer eine Person mißhandelt, die seiner Fürsorge untersteht (§ 223 b StGB), bewirkt damit nicht — neben Körperverletzung, aber diese ist kein Sonderdelikt — eine Verletzung des Fürsorgeverhältnisses, sondern das Fürsorgeverhältnis ist im Fall der Mißhandlung als reale Funktionseinheit (und nicht nur als Anspruch) überhaupt nicht vorhanden. Ebenso finden reale vormundschaftliche Vermögensverwaltung im Fall einer Untreue (§ 266 StGB) oder korrekte Amtsführung im Fall der Bestechung (§ 332 StGB)<sup>30</sup> oder Rechtsprechung im Fall der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) nicht erst statt etc. Natürlich gehört zum Bestand schlechthin jeden Rechtsguts das Ausbleiben seiner Verletzung; bei den Sonderdelikten entsteht das Rechtsgut als Funktionseinheit aber nur, wenn der Sonderpflichtige die ihm in der Institution zugewiesene Rolle spielt. Bei den Sonderdelikten geht es also nicht um die Störung vorhandener, für sich intakter Funktionseinheiten, sondern um die Weigerung, sich zur Herstellung einer Funktionseinheit eingliedern zu lassen. — Eine entsprechende Verlagerung von der Rechtsgutsverletzung zum Nicht-Herstellen von Rechtsgütern ergibt sich bei eigenhändigen Delikten.

- 18 2. Eine Rechtsgutsverletzung kann also nicht als Kern aller Delikte behauptet werden. Man hat dieses Ergebnis dahin gewendet, daß der Kern aller Delikte überhaupt nur noch in einer Pflichtverletzung zu finden sein soll<sup>31</sup>. Diese Pflichtverletzung soll nicht nur ein Name für dasjenige sein, was Rechtsgutsverletzungsdelikte und Sonderdelikte gemeinsam haben. Vielmehr ist mit der Formel vom Delikt als Pflichtverletzung mehr als ein Oberbegriff gemeint, scil. ein Verständnis aller Delikte nach Art der Sonderdelikte. Auf die Verletzung eines Rechtsguts durch Mißachtung der nur-negativen Beziehung (nicht verletzen!) soll es niemals ankommen, sondern stets auf die Weigerung, sich in einer Institution rollenkonform zu verhalten, etwa als Volksgenosse, dem Land Treupflichtiger o. ä. — Diese Vermischung von nur-negativer Beziehung und Sonderpflicht beseitigt eine dogmatisch fruchtbare Differenzierung (siehe die Verweisungen 2/17). Historisch ist das skizzierte Verständnis der Straftat als Pflichtverletzung durch nationalsozialistisch inspirierte Versuche belastet, die Pflichten primär nicht über äußeres Verhalten, sondern über Gesinnungen zu definieren<sup>32</sup>.

- 19 3 a aa) Das Verständnis des Normzwecks als Rechtsgüterschutz paßt weiterhin bei denjenigen Normen nicht, die ohne Vermittlung über den Schutz von Gütern direkt den sozialen Frieden schützen sollen<sup>33</sup>, wie etwa<sup>34</sup> die Verbote der Tierquäle-

<sup>30</sup> Die Deutung der §§ 331 ff StGB als Delikte zur Erhaltung der Bereitschaft der Bevölkerung, behördliche Entscheidungen zu akzeptieren (*Loos Welzel-Festschrift* S. 879 ff, 890), verläßt die objektive Funktionseinheit in Richtung eines Gefühlsschutzes; dazu sogleich unten 2/19.

<sup>31</sup> *Schaffstein* DStr. 2 (1935) S. 97 ff; *ders.* in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935) S. 108 ff; abgeschwächt *ders.* DStrR 4 (1937) S. 335 ff; *Dahm* ZStW 57 S. 225 ff; — erheblich differenzierend *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 509 ff; *Gallas* Gleispach-Festschrift S. 50 ff, 67 ff. — Eingehende Darlegung bei *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 216 ff; siehe auch *Sina* Dogmengeschichte S. 79 ff; *Marxen* Kampf S. 177 ff.

<sup>32</sup> Vor dieser Gefahr bietet auch die Rechtsgutsverletzungslehre keinen Schutz: Rechtsgutsverletzung, Pflichtverletzung und Tatprinzip sind dreierlei; — dazu schon oben Fn. 2. — Überhaupt ist zu bezweifeln, daß die Rechtsgutsverletzungslehre einen prinzipiell „liberalen“ Gehalt hat; dazu zutreffend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 257 ff.

<sup>33</sup> Zum folgenden Text siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 344 ff, 371 ff; *Hassemer* Theorie S. 160 ff und passim.

<sup>34</sup> Das in diesem Zusammenhang häufig gebrachte Verbot der Verunglimpfung des Andenkens Ver-

rei<sup>35</sup> (§ 17 TierschutzG), der Beschimpfung von Bekenntnissen (§ 166 StGB), des Verwandtenbeischlafs (§ 173 StGB), des Exhibitionismus (§ 183 StGB) und der Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183 a StGB). Man mag einige dieser Delikte mit der Rechtslehre harmonisieren, indem man sie als extrem-abstrakte Gefährdungsdelikte deutet, die den symbolischen Angriff auf benennbare Güter pönalisieren; wie § 90 a StGB den Staat in seinen Symbolen schützt, gelten bei diesem Verständnis die genannten Verbote dem menschlichen Leben, der Religionsfreiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung etc. Die Notwendigkeit eines so stark vorverlagerten Schutzes läßt sich freilich immer behaupten und liefert deshalb keine Begründung; kraß: Selbst die Pönalisierung der Verletzung von Tischsitten könnte als abstrakter Schutz vor Barbarei „erklärt“ werden<sup>36</sup>. Man mag weiterhin ein Gut am Schutz der Gefühle der Betroffenen festmachen; dabei wird freilich das Rechtsgut zu einer Größe, die allein von der Sensibilität der Betroffenen abhängt und deshalb jeden Regelungsgegenstand einer Norm umfassen kann, auch wenn dieser keine objektive Funktionseinheit ist<sup>37</sup>.

bb) Entscheidend dürfte sein, daß ein Verstoß gegen die bezeichneten Verbote **20** höchst heterogene Ängste weckt, die von diffusen Vorstellungen über schädliche Weiterungen bis hin zur Abwehr solchen Verhaltens als eigene Möglichkeit reichen. Verboten wird das Verhalten dieser desorientierenden Wirkungen wegen<sup>38</sup>, die nicht durch eine soziale Nützlichkeit des Verhaltens kompensiert werden: Geschützt wird der soziale Frieden. Daß die Beunruhigung durch das Verhalten auf einem Mangel an Aufklärung beruhen mag, verschlägt nichts; eine nicht aufgeklärte Gesellschaft und ein aufgeklärtes Strafrecht passen nicht zusammen<sup>39</sup>.

b) Mindestens aber muß es um den Schutz des Rechtsfriedens gehen. Die Inhalte **21** des Verhaltens anderer Menschen dürfen nicht um der Inhalte selbst willen strafrechtlich geregelt werden. Ein Verhalten, das weder objektiv noch nach Meinung der Mitbürger Außenwirkungen hat, scheidet mangels sozialen Bezugs als bloße Unmoral aus dem Bereich des strafrechtlich zu regelnden Verhaltens aus. Was bloße Unmoral ist, läßt sich freilich nicht ohne Vorab-Annahmen über die Gestalt der Gesellschaft ermitteln. Daß zum Beispiel nicht die Tötung eines verkrüppelten Menschen bloße Unmoral ist, wohl aber lesbische Betätigung, gilt nur für Gesellschaften, die eine Existenz aller Mitglieder als öffentliche Angelegenheit einklammern und eine einverständliche sexuelle Betätigung der Mitglieder ausklammern. Für Gesellschaften, die sich etwa als Hort biologischer Elite definieren, mag die Entscheidung umgekehrt ausfallen; Gesellschaften, die eine Vervollkommnung ihrer Mitglieder zur öffentlichen Angelegenheit erheben, mögen beide im Beispiel genannten Verhaltensweisen pönalisieren. Es gibt also keine absolut gültige Grenze zwischen einerseits bloß unmoralischem Verhalten und

storbener (*Hassemer* Theorie S. 177 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 11 vor § 1 u. a. m.) kann als Rechtsgüterschutz gedeutet werden, wenn die §§ 185 ff StGB nicht nur als Individualschutz verstanden werden, sondern auch als Schutz der informellen Zurechnungsprinzipien vor verfälschendem Gebrauch.

<sup>35</sup> Siehe dazu *Gallas* Beiträge S. 1 ff, 13; *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 382 Fn. 20; *Stratenwerth* Leitprinzipien S. 7 ff, 25; *Hassemer* Theorie S. 154; *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 346, 378.

<sup>36</sup> Im E 1962 werden Straftaten gegen die Sittlichkeit (im engen Sinn) in der Begründung als abstrakte Gefährdungsdelikte auf anzuerkennende Rechts-

güter bezogen, siehe etwa zu § 203 (künstliche Samenübertragung) Begründung S. 356 f; zu § 216 (Unzucht zwischen Männern) Begründung S. 376; zu § 220 a (unzüchtige Schaustellung) Begründung S. 384.

<sup>37</sup> Gegen die Gefühlsschutztheorien zutreffend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 346 f und passim.

<sup>38</sup> Grundlegend *Hassemer* Theorie S. 126 ff, 192.

<sup>39</sup> Von den Vertretern der Lehre vom Rechtsgüterschutz werden zum Teil Friedensschutzdelikte als Ausnahme anerkannt (*SK-Rudolphi* Rdn. 11 vor § 1; *Hanack* 47. DJT Band 1 Teil A S. 32 f; *a. A. Rudolphi* Honig-Festschrift S. 151 ff, 165 f).

andererseits Rechtsgüterverletzung, Sonderpflichtverletzung und Verletzung des sozialen Friedens; wohl aber läßt sich der Grenzverlauf relativ zu einer Gesellschaft bestimmter Gestalt ausmachen.

### III. Kritik der Lehre vom Rechtsgüterschutz

**22** A. Der positive Ertrag der Bemühungen um den Rechtsgutsbegriff ist dürftig. Es kommen noch zwei prinzipielle Einwendungen hinzu.

1. Zum einen kann die Rechtsgutslehre zwar das Gut in seiner Beziehung zum Inhaber begreifen, ohne damit jedoch die Notwendigkeit dartun zu können, das Gut auch strafrechtlich abzusichern<sup>40</sup>. Beispiel<sup>41</sup>: Die Wahrheit einer Information ist für den Informierten stets ein Gut, sie ist aber nur in seltenen Fällen als Rechtsgut anerkannt. Deshalb muß der Gutsverletzung die Sozialschädlichkeit von außen aufgepfropft werden, um sie als Rechtsgutsverletzung qualifizieren zu können. Welche Funktionseinheiten wegen der sozialen Bedeutung ihres Bestands zu Rechtsgütern erhoben werden, kann die Rechtsgutslehre so wenig ausmachen, wie sie begründen kann, daß der Schutz der Normen stets Gütern zu gelten habe. *Die Gestalt der vom Strafrecht zu schützenden Ordnung wird nicht durch alle Güter definiert und nicht stets nur durch Güter.* Die Summe aller Rechtsgüter bildet nicht „die soziale Ordnung“<sup>42</sup>, sondern ist nur ein Ausschnitt aus der sozialen Ordnung, der zudem nur bei Kenntnis der Grenzen der sozialen Ordnung überhaupt bezeichnet werden kann. Erst das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines Guts macht dieses zum Rechtsgut, und das öffentliche Interesse geht nicht stets nur auf die Erhaltung von Gütern.

**23** 2. Zum anderen genießen selbst die strafrechtlich anzuerkennenden Güter keinen absoluten Schutz. Die Gesellschaft ist keine Veranstaltung zur Gütererhaltung oder gar Gütermaximierung; vielmehr werden zur Ermöglichung des sozialen Kontakts (den man freilich seinerseits wiederum als Gut bezeichnen mag) Güter aufgeopfert. Welche Risiken ein Gut im sozialen Kontakt ohne strafrechtlichen Schutz tragen muß, läßt sich nicht an den Gütern ablesen, die in den sozialen Kontakt eingebracht werden; denn diese Güter haben keinen isoliert von ihrem Einsatz im sozialen Kontakt bestimmbareren Rang, sondern „in Wirklichkeit gibt es Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in ‚Funktion‘ sind, d. h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usw. sind nicht einfach ‚da‘, sondern ihr Dasein ist In-Funktion-Sein, d. h. in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen erleidend“<sup>43</sup>. Eine Norm kann deshalb ein Gut — soweit es überhaupt um Güterschutz geht — nicht gegen alle, sondern nur gegen

<sup>40</sup> Grundlegend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 331 ff, 350. — *Amelung* wiederholt bei seiner Entwicklung einer Sozialschadenslehre die schon in der Rechtsgüterlehre angelegte Vertauschung des *Strafrechtsguts* mit dem von der Norm geschützten Gut, also dem Rechtsgut im üblichen Verständnis. Das Strafrecht schützt als Bestandsbedingung der Gesellschaft einzig die Normgeltung, also die Enttäuschungsfestigkeit der Erwartung, und sozialschädlich und deshalb Straftat ist eine Tat nicht wegen ihrer äußerlichen Wirkung, sondern weil sie die Normgeltung desavouiert (so auch *Amelung* aaO S. 361). Bei dieser Lage liegt der „Ort der Bestimmung sozialschädlicher Wirkungen des Verbrechen“ nicht schon bei den

durch die Tat als äußerliches Ereignis gestörten „Interaktionsprozessen“ (so aber *Amelung* aaO S. 385 f), sondern erst bei der Normgeltung. Nur so ist die — von *Amelung* selbst angeführte (aaO S. 388) — unterschiedliche Behandlung von Mordfällen und tödlichen Straßenverkehrsunfällen überhaupt erklärbar.

<sup>41</sup> Nach *Hassmer* Strafrechtsdogmatik S. 129 f.

<sup>42</sup> So aber *Welzel* Strafrecht § 1 I 1 u. a. m.

<sup>43</sup> *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 515. — *Rudolphi* (Hönl-Festschrift S. 151 ff, 162 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 1) versucht, die Dynamik der sozialen Beziehungen in den Rechtsgutsbegriff hineinzuzeichnen. Das Rechtsgut und die Chance seines Bestands gehen dann ineinander über: Zumindest

solche Risiken schützen, die nicht notwendige Folge des erlaubten sozialen Kontakts sind. Was aber ein erlaubter sozialer Kontakt ist, kann die Güterlehre nicht erklären: Die ganze Zurechnungslehre mit Ausnahme der Kausalität zwischen Handlung und Erfolg (bei Unterlassung: zwischen hypothetischer Handlung und Rettungserfolg) sowie allenfalls noch Teilen des aggressiven Notstands (Güterabwägung) liegt ebenso außerhalb der Perspektive der Güterlehre wie die Beschränkung des strafbaren Güterangriffs bei zahlreichen Delikten durch besondere subjektive oder objektive Tatmodalitäten. Man versuche, die Gestalt des erlaubten Straßenverkehrs durch die Güter zu erklären, die an diesem sozialen Kontakt beteiligt sind!

B. Trotz dieser beiden prinzipiellen Mängel der Rechtsgutslehre verspricht es keinen Gewinn, diese Lehre überhaupt zu verwerfen und stets ohne Vermittlung über ein Rechtsgut das Delikt durch die Sozialschädlichkeit des Verhaltens zu bestimmen<sup>44</sup>. Abgesehen davon, daß auch bei diesem Weg die Bestimmung der zu bewahrenden Gestalt von Staat und Gesellschaft vorausgesetzt, nicht aber gewonnen wird<sup>45</sup>, konkretisiert sich die soziale Gestalt bereichsweise in Gütern. Diese Verfestigung in Gütern hat die Funktion, die Frage nach der konkreten Sozialschädlichkeit jeder einzelnen Gutsverletzung durch Verweis auf die generelle Wichtigkeit des Guts abzuschneiden, mindestens aber das Gewicht der konkreten Sozialschädlichkeit zu relativieren. Insbesondere bei höchstpersönlichen Gütern (nicht übertragbare oder anderen Personen zur Nutzung überlaßbare Güter), abgeschwächt aber bei allen Gütern, sind die Funktionseinheiten ein Mittel, mit dem eine Gleichbehandlung nach dem Maß der zurechenbaren Gutsverletzung garantiert werden soll<sup>46</sup>. Kraß: Bei einer Tötung soll die Frage nach dem sozialen Wert des Getöteten nicht aufgeworfen werden. Die bei direktem Zugriff auf die Sozialschädlichkeit bei *allen* Delikten anzubringende Strafbarkeitsbedingung, die Tat müsse geeignet sein, den sozialen Frieden zu stören, zwingt zu Differenzierungen, die bei den Güter schützenden Delikten ihrerseits mit sozialem Frieden unverträglich sind<sup>47</sup>. — Was hier zur relativen Berechtigung der Güterlehre festgehalten wurde, gilt entsprechend für die Institutionen bei den Sonderdelikten. — Freilich wird auch im Bereich der Verfestigung der sozialen Ordnung in Gütern oder Institutionen kein absoluter Schutz gewährleistet; die Merkmale des Schutzzumfangs (der Zurechenbarkeit der Gutsverletzung sowie der Modalitäten seines Angriffs) müssen immer von außen an das Gut oder an die Institution herangetragen werden.

C. Im Ergebnis ist also ohne einen Filter der *Sozialschädlichkeit* nicht auszukommen, wobei die Normen, die diesen Filter passieren, teils Rechtsgüter schützende Normen sind, teils Normen zur Herstellung von Rechtsgütern (Sonderdelikte und eigen-

sozialadäquate Einwirkungen auf ein Gut werden zu dessen Vernichtung *dem Begriff nach* (gegenüber diesen Einwirkungen ist das Objekt kein Gut). An der Notwendigkeit eines Perspektivwechsels vom Gut zur Sozialschädlichkeit (was ist ein Gut, was ist ein schützenswertes Gut, in welchem Umfang ist Schutz zu leisten?) ändert die Beschränkung des Rechtsgutsbegriffs auf konkret geschützte Güter nichts.

<sup>44</sup> So auch *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 393 ff.

<sup>45</sup> *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 363 mit Fn. 67, S. 382; *Stratenwerth* AT Rdn. 59; *Neumann und Schroth* Theorien S. 112 ff.

<sup>46</sup> Da das Rechtsgut als Beziehung zu verstehen ist, kann der Nötigungseffekt berücksichtigt werden,

den der Verlust für den Gutsinhaber hat. Die legalen Nutzungen oder Genüsse des Inhabers dürfen aber bei gleichem Nötigungseffekt nicht nach ihrer mehr oder weniger hohen sozialen Nützlichkeit differenziert werden; Beispiel: Ein Vermögensdelikt wiegt um so schwerer, je mehr der Verlust das Opfer zu Beschränkungen in seiner Lebensführung zwingt (wobei die Frage, ob das Opfer noch genug „übrig“ hat, objektiv zu entscheiden ist); aber der Verlust von Investitionskapital und einer zur Ausschüttung an Mitarbeiter vorgesehenen Geldsumme zählen gleich. — Siehe BGH 29 S. 319 ff, 323.

<sup>47</sup> Dazu auch *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 390.

händige Delikte) und teils Normen zum Friedensschutz. Wichtig ist, daß die Strafbarkeit nicht an dem Wertwidrigen per se, sondern immer nur an der Sozialschädlichkeit ausgerichtet wird. Die Grenze des Sozialschädlichen ist freilich stets nur unscharf bestimmbar. Selbst eine Einigung auf die Formel, nur die Bestandsbedingungen der Gesellschaft seien durch das Strafrecht zu schützen, bringt wenig Ertrag, da es keine zwingende Grenze des Gesellschaftlichen und damit auch keinen numerus clausus der Bestandsbedingungen gibt. Beispiel: Ob Vergewaltigung — wie nach geltendem Recht — nur außerhalb der Ehe ein besonderes Delikt ist (und nicht schlichte Nötigung) oder auch innerhalb der Ehe, kann u. a. auch davon abhängen, ob der Eheschluß als Eröffnung eines umfassenden Privatbereichs oder ob sexuelle Selbstbestimmung umfassend als öffentliche Aufgabe verstanden wird. Im letzteren Fall wächst mit dem Bereich des öffentlich Relevanten der Bereich *gesellschaftlicher* Bestandsbedingungen.

#### IV. Subsidiarität des staatlichen Strafens?

- 26** A. Verbreitet werden Strafrechtsnormen nur für legitim gehalten, wenn ihre Aufgabe nicht durch andere Instrumente der Regelung des sozialen Kontakts übernommen werden kann, etwa durch polizeiliche Abwehr oder öffentlichrechtliche Fürsorge oder zivilrechtliche Schadensersatzansprüche oder Selbstschutz des Opfers, ferner durch Institutionen der informellen Sozialkontrolle u. a. m.: das sogenannte *Subsidiaritätsprinzip*<sup>48</sup>. Das Vikariieren von Strafe und Maßregel (§ 67 Abs. 4 StGB) und der Vorrang des Maßregelzwecks (§ 67 Abs. 5 StGB) sind — neben anderen materiellrechtlichen (§§ 47, 56, 57 StGB u. a. m.) und prozeßrechtlichen (§§ 153 ff StPO) Einrichtungen — massive positivrechtliche Ausprägungen des Prinzips. Bei den zumeist angeführten Beispielen (insbesondere bei der Verkümmern der Abtreibung zum Abbruch der Schwangerschaft) geht es freilich nicht um Subsidiarität des Strafrechts, sondern um das volle oder partielle Ableben von Normen durch die gesellschaftliche Entwicklung: Schon die Enttäuschung entfällt oder mindert sich.
- 27** B. Das Subsidiaritätsprinzip ist die strafrechtliche Variante des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, nach dem ein strafender Eingriff nicht erlaubt ist, wenn der Effekt auch durch eine weniger einschneidende Maßnahme erzielt werden kann<sup>49</sup>. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt aber nur, wenn die Kosten der alternativen Maßnahme eine Person treffen, die für den zu lösenden Konflikt zuständig ist (Kosten im Sinn jeglicher Einbuße verstanden, einschließlich des Verzichts auf sozialen Kontakt). Dem Grundsatz ist also nicht zu entnehmen, Strafe werde illegitim, wenn der Konflikt auf irgendwessen Kosten anders als durch Strafe verhütet oder erledigt werden könnte. Kraß: Jeder Konflikt läßt sich erledigen, wenn auf die enttäuschte Erwartung verzichtet wird; viele Konflikte lassen sich durch Verzicht auf sozialen Kontakt erledigen, weiterhin viele durch Selbstschutz des Opfers, — aber eine Verpflichtung zur Übernahme dieser Kosten läßt sich regelmäßig nicht damit begründen, daß sie weniger wiegen als die Strafe wiegt.
- 28** C. Bei dieser Lage darf das Subsidiaritätsprinzip nur angewendet werden, wenn der alternativ Belastete unabhängig vom Prinzip für den Konflikt zuständig ist. Beispiel: Der Delinquent ist sowieso ein Fürsorgefall, der Selbstschutz ist eine sowieso ange-

<sup>48</sup> Roxin JuS 1966 S. 377 ff, 382; Zipf Kriminalpolitik § 3, 2.5; Maurach-Zipf AT I § 2 III A; Arthur Kaufmann Tendenzen S. 33 ff; ders. Henkel-Festschrift S. 89 ff, 100 ff; SK-Rudolphi Rdn. 14

vor § 1; Roos Entkriminalisierungstendenzen S. 215 ff. — Siehe auch Amelung JZ 1982 S. 617 ff, 618 f.

<sup>49</sup> BVerfG 39 S. 1 ff, 44 ff, 46 ff.

brachte Maßnahme<sup>50</sup> etc. Die praktische Relevanz des Prinzips wird weiterhin dadurch eingeschränkt, daß die weniger eingreifende Maßnahme generell (bestimmt nach Deliktgruppen oder Tätergruppen) verfügbar sein muß, wenn Zufallsergebnisse vermieden werden sollen. Deshalb scheiden zum Beispiel Maßnahmen, die allein gegen reiche Täter verhängt werden können (Vermögenskonfiskation statt Freiheitsstrafe), als alternative Reaktion aus, auch wenn sie effektiv wären.

### 3. ABSCHNITT

## Die Abgrenzung der staatlichen Strafe von anderen Reaktionen öffentlichen Rechts

### I. Die Ordnungswidrigkeiten

#### Literatur

*J. Baumann* Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ 1972 S. 1 ff; *ders.* Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972 S. 273 ff; *ders.* Bekämpfung oder Verwaltung der Kleinkriminalität? Schröder-Gedächtnisschrift S. 523 ff; *P. Cramer* Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *F. Dencker* Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, JZ 1973 S. 144 ff; *E. Dreher* Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Welzel-Festschrift S. 917 ff; *R. Frank* Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 S. 733 ff; *E. Göhler* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 6. Auflage 1980; *J. Goldschmidt* Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *ders.* Begriff und Aufgabe des Verwaltungsstrafrechts, GA 49 (1902) S. 71 ff; *H. J. Hirsch* Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 S. 218 ff; *H.-H. Jescheck* Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959 S. 457 ff; *G. Kaiser* Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 90 S. 877 ff; *J. Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, 1966; *D. Lang-Hinrichsen* Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht), GA 1957 S. 225 ff; *ders.* „Verbandsunrecht“, H. Mayer-Festschrift S. 49 ff; *R. Lange* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956 S. 73 ff; *ders.* Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956 S. 519 ff; *ders.* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957 S. 233 ff; *C. Lindemann* Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht? 1932; *H. Mattes* Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 S. 25 ff; *ders.* Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten. Erster Halbband, Geschichte und Rechtsvergleichung, 1977. Zweiter Halbband, Geltendes Recht und Kritik, 1982; *H. Mayer* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *M. E. Mayer* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *H. G. Michels* Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; *K. Peters* Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW 77 S. 470 ff; *K. Rebmann, W. Roth, S. Herrmann* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), 1968; *Rotberg* Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Auflage 1975; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *Eb. Schmidt* Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1948 Sp. 225 ff; *ders.* Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung, SJZ 1948 Sp. 569 ff; *ders.* Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1949 Sp. 665 ff; *ders.* Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, DRZ 1950 Beiheft 11; *ders.* Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-Festschrift S. 415 ff; *K. Tiedemann* Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, AöR 89 (1964) S. 56 ff; *ders.* Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972 S. 285 ff; *F. Trops* Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926; *Th. Vogler* Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 S. 132 ff; *U. Weber* Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 92 S. 313 ff; *E. Wolf* Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-Festgabe Bd. II S. 516 ff.

<sup>50</sup> Zum Selbstschutz siehe insbesondere *R. Hassemer* Schutzbedürftigkeit S. 51; *Hillenkamp* Vorsatztat S. 195 f und passim.

## A. Die historische Entwicklung

- 1** 1. Es gibt Normen, durch welche die Identität einer Gesellschaft, eines Staats oder eines Menschen (mit-)definiert wird. Dazu gehören u. a. die zentralen Normen des StGB, insbesondere soweit sie die Existenzberechtigung jedes einzelnen Bürgers garantieren. Um diesen nur randunscharf bestimmbar Kernbereich von Strafrechtsnormen lagern Ringe abgeleiteter („dienender“) Normen von wirklich oder vermeintlich abnehmender Wichtigkeit, wobei die Abnahme das normierte Verhalten stufenlos dem Sozialadäquaten annähern kann. Es geht in den äußeren Ringen etwa nur noch um die Vermeidung abstrakter Gefahren (Beispiel: Trunkenheit im Verkehr, § 316 StGB) oder um die Garantie, daß staatliche Kontrolle gefährlichen Verhaltens organisierbar bleibt (Beispiel: Fahren ohne Fahrerlaubnis, § 21 Abs. 1 und 2 StVG, siehe unten zur behördlichen Erlaubnis 16/29). Je weniger evident die Beziehung zum Kernbereich ist und je mehr sich das normwidrige Verhalten dem Sozialadäquaten annähert, um so weniger ist es erforderlich und häufig auch um so weniger tolerierbar, auf einen Normbruch in der Art zu reagieren, wie dies beim Bruch von Kernnormen der Fall ist. Es geht bei dieser Herabstufung der Reaktion nicht um eine Abschwächung des Strafmaßes (Beispiel: Manche Verletzung der Hausordnung eines Gesetzgebungsorgans, § 112 OWiG, mag empfindlicher zu ahnden sein als mancher Hausfriedensbruch, § 123 StGB); vielmehr soll eine Reaktion, wie sie auf den Bruch der Kernnormen hin erfolgt, zugunsten einer Reaktion unterbleiben, die nicht mit dem Odium belastet ist, (auch) zur Erledigung der Kernkriminalität zu dienen. — Neben die Möglichkeit dieser materiellrechtlichen Sonderung tritt diejenige einer vereinfachten prozessualen Erledigung.
- 2** 2 a) Das StGB von 1871 hatte die Sonderung materiellrechtlich nur schwach durchgeführt, indem es die Kriminalität der Randbereiche zusammen mit einigen Bagatellfällen der Kriminalität des Kernbereichs (Beispiel: Mundraub, § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a. F. als Privilegierung von Diebstahl und Unterschlagung) innerhalb des *Strafrechts* erfaßte, aber durch eine unterhalb der Verbrechen und Vergehen angesiedelte Deliktsart, die Übertretungen. Eine Übertretung war ein mit Haft oder (geringer<sup>1</sup>) Geldstrafe bedrohtes Verhalten (§ 1 Abs. 2 StGB a. F., §§ 360 ff StGB a. F.). Für Übertretungen galten einige Sonderregelungen im AT (insbesondere nur beschränkte Strafbarkeit von Auslandstaten und keine Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, §§ 6, 43, 49 StGB a. F.). Die prozessuale Erledigung der Übertretungen erfolgte justizförmig mit allen wesentlichen Verfahrensgarantien<sup>2</sup>. Diese Regelung hat — freilich längst durch die noch zu nennenden Ordnungswidrigkeiten flankiert — bis 1975 gegolten<sup>3</sup>. Eine ausschließlich kriminalstrafrechtliche und ausschließlich justizförmige Lösung hatte weder Vergangenheit noch Zukunft:
- 3** b) Zuvor hatte es neben dem Kriminalstrafrecht jahrhundertlang ein Polizeistrafrecht<sup>4</sup> gegeben, wonach — neben mancher leichteren (nicht nur: bagatellhaften) Kriminalität — Taten geahndet wurden, die nicht in der Verletzung oder Gefährdung der subjektiven Rechte eines Individuums bestanden, sondern im Zuwiderhandeln gegen Anordnungen zur Gefahrenabwehr im Vorfeld (vor der konkreten Gefährdung). Der aufklärerische Gedanke, kriminell sei nur der Eingriff in subjektive Rechte, wirkt noch in *M. E. Mayers* Lehre von den „Verwaltungsdelikten“ als den „kulturell indifferenten“ Delikten nach: „Ein Mann, der alle Pflichten, die ihm von der kulturellen Tradition

<sup>1</sup> Zunächst bis zu einhundertfünfzig Mark, später bis zu fünfhundert Deutsche Mark.

<sup>2</sup> Gegen die Geltung des Legalitätsprinzips schon *Frank ZStW* 18 S. 733 ff, 745 ff.

<sup>3</sup> Aufgehoben durch Art. 300 EGSStGB vom 2. 3. 1974, BGBl. I S. 469.

<sup>4</sup> Eingehende Darstellung bei *Goldschmidt Verwaltungsstrafrecht* S. 70 ff; *Mattes Untersuchungen Halbbd. I S. 57 ff, 105 ff.*



aufgelegt sind, sorgsam erfüllt, kommt doch nicht all den Pflichten nach, die er gegen die Regierung hat . . . Das kriminelle Unrecht ist kraft Gesetzes und aufgrund seiner kulturellen Schädlichkeit Unrecht, das polizeiliche Unrecht ist Unrecht kraft Gesetzes<sup>5</sup>. Diese Unterscheidung zwischen einer vom Staat nur zu rezipierenden Grenze von Recht und Unrecht beim Kriminalstrafrecht und einer durch den Staat zu ziehenden Grenze beim nicht-kriminalstrafrechtlichen Unrecht findet sich — freilich ohne die Gleichsetzung von Verwaltung mit Gefahrenabwehr — bis in die Gegenwart, etwa in der Formulierung, die Rechtswidrigkeit der „Zuwerhandlungen gegen Verwaltungsanordnungen“ stehe und falle mit dem Umstand, daß diese Zuwerhandlungen „gegen positiv geschaffene Vorschriften verstoßen, die aus dem Raum grundsätzlich freien und erlaubten Verhaltens vorübergehend Exklaven rechtlicher Gebote oder Verbote ausgrenzen“<sup>6</sup>.

c) Die neuere Lehre vom Verwaltungsstrafrecht beginnt mit *Goldschmidt*<sup>7</sup>. Danach 4 dient das Verwaltungsstrafrecht nicht dem Gefahren abwehrenden, sondern dem „Wohlfahrt“ fördernden Staat. So wie die „Wohlfahrt . . . nie ein Zustand werden“ kann, sondern „notwendig stets ein Ziel, eine unerreichte Sehnsucht“ ist<sup>8</sup>, bringt das Verwaltungsdelikt keine Schädigung am Bestand (*damnum emergens*), sondern läßt Gewinn entgehen (*lucrum cessans*)<sup>9</sup>. Was aber Gewinn ist, kann nur die Verwaltung selbst definieren, ebenso wann eine Unterstützung der Wohlfahrt fördernden Tätigkeit des Staats durch den Bürger erforderlich ist<sup>10</sup>. Als Unrecht des Verwaltungsdelikts „bleibt also nur die eigentümliche Unterlassung der Unterstützung der auf Förderung des öffentlichen oder Staats-Wohls gerichteten bzw. fiktiv als solche Förderung erscheinenden Staatsverwaltung übrig. Dies ist die Verwaltungswidrigkeit . . .“<sup>11</sup>. Die Verwaltungsstrafe wird bei dieser Lösung zur „Selbsthülfe“ der Verwaltung<sup>12</sup>, deren Realisierung *Goldschmidt* freilich den Verwaltungsgerichten zuweist<sup>13</sup>.

d) Die Grundzüge dieser Lehre *Goldschmidts*<sup>14</sup> werden von *E. Wolf* nach nahezu 5 drei Jahrzehnten in wertphilosophischer Einkleidung (Trennung von Gerechtigkeitswert und Wohlfahrtswert) wieder aufgenommen<sup>15</sup> und beeinflussen noch ein halbes Jahrhundert später — vermittelt durch *Eb. Schmidt*<sup>16</sup>, freilich in einer zum Teil nur verbalen Anknüpfung — das WiStG von 1949<sup>17</sup>. Dieses Gesetz wird erlassen, um die Verwaltungsstrafgewalt zu binden, die dem Staat bei der Wirtschaftslenkung in den vorangegangenen Krisenzeiten zugefallen war (insbesondere zur Zeit des ersten Weltkriegs und seit dem Ende der zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts) und in nationalsozialistischer Zeit ein totalitäres Gepräge erhalten hatte. Nach § 6 dieses Gesetzes ist zwischen Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten zu unterscheiden. Erstere werden mit Kriminalstrafe geahndet und justizförmig abgeurteilt, letztere (die Nachfolger von *Goldschmidts* Verwaltungsdelikten) in einem Bußgeldverfahren durch die

<sup>5</sup> Rechtsnormen S. 115 f, siehe auch aaO S. 27.

<sup>6</sup> *Lange* JZ 1956 S. 73 ff, 79; *ders.* JZ 1956 S. 519 ff; *ders.* JZ 1957 S. 233 ff, 237; auch *Michels* Handlung S. 87 und passim.

<sup>7</sup> Verwaltungsstrafrecht S. 529 ff; *ders.* GA Bd. 49 (1902) S. 71 ff; weitere Nachweise der verwaltungsstrafrechtlichen Schriften *Goldschmidts* bei *E. Wolf* Frank-Festgabe Bd. II S. 516 ff, 518 Fn. 2.

<sup>8</sup> *Goldschmidt* Verwaltungsstrafrecht S. 533, siehe auch S. 545.

<sup>9</sup> AaO S. 545 f.

<sup>10</sup> AaO S. 545 f.

<sup>11</sup> AaO S. 548.

<sup>12</sup> AaO S. 566.

<sup>13</sup> AaO S. 582 f.

<sup>14</sup> Zur Wirkung *Goldschmidts* siehe *Mattes* Untersuchungen Halbbd. I S. 149 ff mit umfassenden Nachweisen.

<sup>15</sup> Frank-Festgabe Bd. II S. 516 ff.

<sup>16</sup> SJZ 1948 Sp. 225 ff, 231 ff; *ders.* SJZ 1948 Sp. 569 ff; *ders.* SJZ 1949 Sp. 665 ff, 669 ff; *ders.* Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht (Beiheft DRZ 1950 Nr. 11); *ders.* Arndt-Festschrift S. 415 ff, 423 f.

<sup>17</sup> Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 26. 7. 1949, WiGBI. S. 193.

Verwaltungsbehörden mit Geldbuße belegt. Kriterium der Unterscheidung<sup>18</sup> soll zum einen sein, ob die Tatwirkungen verwaltungsintern bleiben (dann Ordnungswidrigkeit) oder aber geeignet sind, „die Leistungsfähigkeit der staatlich geschützten Wirtschaftsordnung zu beeinträchtigen“ (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 WiStG 1949). Schon dieses Kriterium scheidet (zumindest) teils nach Quantitäten, nicht aber nach Qualitäten. Zum anderen soll die Einstellung des Täters gegen die Wirtschaftsordnung entscheiden (bei Gewerbsmäßigkeit, Eigennutz etc.: Straftat; § 6 Abs. 2 Nr. 2 WiStG 1949); damit richtet sich die Grenze — anders als bei *Goldschmidt* — überhaupt nicht mehr nach Besonderheiten des wirtschaftsstrafrechtlichen Regelungsbereichs, sondern nach unspezifischen Bewertungen (die zudem, wie bei subjektiven Unrechtselementen häufig, diffus bleiben). Diese Trennung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit bedeutet zugleich eine Scheidung der Erledigungsarten: Ordnungswidrigkeiten werden nur auf Einspruch des Betroffenen justizförmig, ansonsten durch die Verwaltung mit Buße geahndet.

## B. Der gegenwärtige Stand

- 6 1. Für Ordnungswidrigkeiten wurde 1952 ein umfassendes Rahmengesetz geschaffen<sup>19</sup>. Das geltende OWiG<sup>20</sup> zieht die Grenze zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten formal: Ordnungswidrigkeiten sind durch die gesetzliche Drohung mit Geldbuße gekennzeichnet (§ 1 Abs. 1 OWiG). Die Geldbußen können nicht in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt, aber durch Erzwingungshaft beigetrieben werden (§ 96 OWiG). Das OWiG hat einen eigenen AT, dessen Regelungen zur Zurechnung denjenigen des StGB hauptsächlich entsprechen (§§ 8 bis 13, 15, 16, 29 OWiG; abweichend freilich die Einheitstäterschaft nach § 14 OWiG, dazu unten 21/5 ff, sowie die Möglichkeit, als Nebentolge juristische Personen und Personenvereinigungen mit einer Geldbuße zu belegen, § 30 OWiG, siehe unten 6/43). Der Grundsatz der Gesetzesbindung gilt (§ 3 OWiG). Die Regelung der räumlichen Geltung folgt strenger dem Territorialitätsprinzip als bei Straftaten (§ 5 OWiG). Das Verfahren zur Ahndung führt die Verwaltungsbehörde durch (§§ 53 ff OWiG), was im Blick auf Art. 92 GG nicht unproblematisch ist<sup>21</sup>. Anders als bei Strafverfahren (§ 152 Abs. 2 StPO) gilt nicht das Legalitätsprinzip (also kein Verfolgungszwang durch die Verwaltungsbehörde), sondern ein an pflichtgemäßes Ermessen gebundenes Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG). Trotz der Durchsetzung der Buße in einem Verwaltungsverfahren gilt das Ordnungswidrigkeitenrecht als Teil des Strafrechts im weiteren Sinn, nicht als Verwaltungsrecht<sup>22</sup>, so daß sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Nr. 1 GG richtet.
- 7 2 a) Ob die erheblichen materiellrechtlichen (Buße statt Strafe<sup>23</sup>) und prozessualen (Verwaltungsverfahren nach dem Opportunitätsprinzip statt Gerichtsverfahren nach dem Legalitätsprinzip) Besonderheiten der Ordnungswidrigkeiten auf einer nur quantitativen Differenz zu den Straftaten beruhen oder ob Ordnungswidrigkeiten auch ein

<sup>18</sup> Es gibt „Mischtatbestände“, bei denen die Tatbestandsverwirklichung über die Zugehörigkeit zum Kriminal- oder Ordnungswidrigkeitenrecht entscheidet; zur Dogmatik der Unterscheidungsmerkmale siehe *Lang-Hinrichsen GA 1957 S. 225 ff, 228 ff.*

<sup>19</sup> Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. 3. 1952; BGBl. I S. 177.

<sup>20</sup> Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. 5. 1968, BGBl. I S. 481 in der Fassung vom 2. 1. 1975, BGBl. I S. 80 mit Berichtigung S. 520.

<sup>21</sup> Siehe aber BVerfG 8 S. 197 ff, 207; 22 S. 49 ff, 81. — Kritisch *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz Art. 92 Rdn. 49.*

<sup>22</sup> BVerfG 27 S. 19 ff, 32 f; *Tiedemann AöR 89 (1964) S. 56 ff.*

<sup>23</sup> Für ein Verständnis der Buße als „eine echte Strafe“ *Mattes Untersuchungen Halbbd. II S. 251 ff, 299* mit umfassenden Nachweisen des Streitstands.

qualitativ eigenes Unrecht und eine qualitativ eigene Schuld aufweisen, ist streitig<sup>24</sup>, wobei die Differenzierung nach Qualitäten und Quantitäten geläufig, aber wenig aussagekräftig ist, da schon der Bereich der Straftaten in sich je nach Blickrichtung qualitativ nicht homogen ist. Im Verlauf der Auseinandersetzung sind zahlreiche Merkmale eines Normbruchs als möglicher Sitz einer qualitativen Differenz anvisiert worden: Nur bei Straftaten soll es um Rechtsgüterschutz gehen, bei Ordnungswidrigkeiten aber um „bloße Normwidrigkeit“; Ordnungswidrigkeiten sollen nicht auf einem „sozial-ethisch“ untermauerten Unrecht beruhen oder die Schuld bei Ordnungswidrigkeiten nicht auf einem „Gesinnungstadel“, vielmehr soll es sich um eine „sozial-ethisch farblose Lässigkeit“ handeln; die Wirkungen der Ordnungswidrigkeiten sollen verwaltungsin-tern bleiben oder es soll um allenfalls abstrakte Gefährdungen gehen u. a. m.

b) Das geltende positive Recht widersetzt sich einer durchgehenden qualitativen Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Qualitätsdifferenzen von praktisch feststellbarer Deutlichkeit lassen sich an der Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit beispielsweise im Straßenverkehrsrecht (etwa § 316 StGB als Straftat, § 24 a StVG als Ordnungswidrigkeit) oder im Steuerrecht (etwa § 370 AO als Straftat, § 378 AO als Ordnungswidrigkeit) nicht ausmachen. Auch lassen sich bei einigen homogen als Ordnungswidrigkeit geregelten Komplexen einzelne Fallgruppen herauslösen, die qualitativ mit Straftaten vergleichbar sind, etwa bei einigen Verstößen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 38 ff GWB). Die Zuordnung wird in den genannten Bereichen von Annahmen darüber bestimmt, wie die Handhabung der anfallenden Verfahren praktisch zu bewältigen ist (massenhafte Verkehrsstraftaten) und ob die Geldbuße ausreichend wirken wird.

Die in der Theorie genannten Kriterien der Differenzierung sind teils überholt und teils von Haus aus überhaupt nicht notwendig qualitativ. Überholt ist die Argumentation mit einer Sonderstellung der Verwaltung: Deren Funktionieren läßt sich als Rechtsgut definieren wie bei jeder anderen Funktionseinheit<sup>25</sup>; es geht einzig um die Frage, wann und in welchem Maß die Verwaltung schützenswert ist. Alle anderen Kriterien lassen sich als Grenzpunkte quantitativer Differenzen deuten: Von dem sozial-ethisch untermauerten Verletzungsunrecht, dessen schuldhaftige Verwirklichung einen Gesinnungstadel verdient, bis zum bloßen Ungehorsam gegen eine Norm, die abstrakte Gefährdungen verbietet, reicht eine stufenlose Skala von Zwischengrößen. Es dürfte überhaupt verfehlt sein, die Differenz nur von der Seite der Normübertretung her beschreiben zu wollen; denn die Möglichkeit der Erledigung eines Konflikts durch eine Buße anstelle einer Strafe hängt auch von Faktoren ab, die mit Unrecht und Schuld nicht notwendig verbunden sind (normativer Zusammenhang; Empfindlichkeit der Tä-

<sup>24</sup> Eine eigene Qualität der Ordnungswidrigkeiten (oder der Verwaltungsdelikte) behaupten außer den oben schon Genannten (*M. E. Mayer, Goldschmidt, E. Wolf, Eb. Schmidt*): RG 64 S. 193 ff, 195 f; 75 S. 234 ff, 235; BGH GS 11 S. 263 ff, 264; *Lange* wie oben Fn. 6; *Michels* Handlung S. 78 ff (mit Vorbehalten S. 82 f); *Maurach* AT<sup>3</sup> § 1 III B 2; *LK<sup>8</sup>-Jagusch* Anm. A.IV 1 vor § 13; hauptsächlich auch OLG Hamm GA 1969 S. 156 f; *Cramer* Grundbegriffe S. 17 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 35 vor § 38; *Stratenwerth* AT Rdn. 43 („Geldbuße nicht mit einem persönlichen Vorwurf verbunden“). — Für eine quantitativ bestimmte Abgrenzung *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 166 ff; *Mattes* ZStW 82 S. 25 ff; *ders.* Un-

tersuchungen Halbbd. II passim; *Weber* ZStW 92 S. 313 ff, 316 f; *Göhler* OWiG Rdn. 5 vor § 1; *Baumann* AT § 4 I 2 a; *Jescheck* JZ 1959 S. 457 ff, 461; *ders.* AT § 7 V 3 b; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 11; *Schmidhäuser* AT 8/107; hauptsächlich auch *Maurach-Zipf* AT I § 1 III B 1; *Sax* Handbuch Bd. III (2) S. 909 ff, 919 ff; *Rebmann-Roth-Herrmann* OWiG Rdn. 8 vor § 1; *Lang-Hinrichsen* H. Mayer-Festschrift S. 49 ff, 61; *LK-Tröndle* Rdn. 64 vor § 38; jetzt auch *Rotberg* OWiG, Einführung B.

<sup>25</sup> Siehe schon *Lindemann* Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht? 1932; jetzt statt vieler *Tiedemann* ÖJZ 1972 S. 285 ff, 290.

tergruppe gegen Ahndung; Möglichkeit, auch sehr hohe Geldbußen bezutreiben u. a. m.); diese komplexe Betrachtung von Normverstoß und Reaktion ist bislang freilich kaum entwickelt worden. Schließlich ist die Suche nach einer qualitativen Differenz generell zweifelhaft, solange nicht ausgemacht ist, in welchem Umfang die Geldbuße von den Adressaten als Reaktion eigener Art (und nicht nur als abgeschwächte Strafe) verstanden wird.

- 9 c) Freilich lassen sich Zuordnungsregeln nennen, nur knüpfen sie sämtlich an quantifizierbare Kriterien an: (aa) Normen, deren Bruch hauptsächlich durch ein Verhalten geschieht, das sich vom Sozialadäquaten nur wenig unterscheidet (etwa §§ 117 bis 119 OWiG), passen besser in den Bereich der Ordnungswidrigkeiten. (bb) Dasselbe gilt für Normen, deren Zweck darin besteht, Fälle mit bagatellhaften Konsequenzen zu erledigen (etwa § 111 OWiG und weite Bereiche der abstrakte Gefährdungen erfassenden Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr<sup>26</sup>). (cc) Eher zu den Ordnungswidrigkeiten gehören ferner bei nicht sonderpflichtigen Tätern diejenigen Verhaltensweisen, die den Staat bei der Verwirklichung der praktisch *auswechselbaren* Ziele stören. Der Erfolg der Tat wird hier durch „Willkür der Verwaltung“ bestimmt; das dürfte der Grundgedanke der Lehre vom besonderen „Verwaltungsunrecht“ sein. Bei *fixen* Zielen liegen Straftaten vor (etwa §§ 138, 153 ff StGB), wenn die Norm nicht nur Bagatellfällen gilt. Normen, die im Wege des Verwaltungszwangs oder durch Versagung von Vergünstigungen durchgesetzt werden können, bedürfen nicht einmal einer Absicherung durch Bußgeldandrohung<sup>27</sup>.
- 10 d) Eine positive qualitative Auszeichnung der Ordnungswidrigkeiten gibt es nicht. Wohl aber kann bezeichnet werden, was nie Ordnungswidrigkeit sein kann, sondern entweder nur Straftat oder von jeder Ahndung frei: der Bruch der Normen des Kernbereichs, so randunscharf dessen Grenze auch sein mag. Der Kernbereich der gesellschaftlichen und staatlichen Verfassung ist nicht stets durch Strafrechtsnormen abgesichert (etwa Sozialstaatlichkeit wird nicht durch Strafrecht und auch nicht durch Ordnungswidrigkeitenrecht garantiert). Wenn aber eine Garantie erfolgt, muß sie der Art nach so streng sein, wie der Kernbereich fundamental ist. Auch Bagatellfälle der Verstöße gegen diejenigen Normen, die zum Kernbereich gehören, sollten nicht als Ordnungswidrigkeiten erledigt werden, sondern als Straftaten nach einem strafprozessualen Verfahren: Jede Reaktion muß den normativen Zusammenhang berücksichtigen, in dem der Einzelfall steht; dieser normative Zusammenhang reicht bei den Kernnormen stets über den Bagatellbereich des Einzelfalls hinaus; denn auch der im Einzelfall bagatellhafte Bruch einer Kernnorm verletzt ein elementares Prinzip, das zur Definition der Gesellschaft, nicht nur für ihren faktischen Bestand, erheblich ist. Es geht bei diesen Normen um mehr als Sein oder Nicht-Sein von Gütern, nämlich um unverzichtbare Teile der Identität der Gesellschaft. Beispiel: Ein Totschlagsversuch in einem minder schweren Fall (§§ 22, 212, 213 StGB), zudem an den Grenzen zum Notwehrzeß (§ 33 StGB) etc., mag mit einer geringen Strafe oder sogar nicht mehr zu ahnden sein; aber seine Ahndung mit Geldbuße wie bei falschem Parken oder ruhestörendem Lärm würde die sichere Verankerung des Tötungsverbots im Kernbereich lösen. Daran dürfte eine verfahrensmäßige Zuweisung solcher Ordnungswidrigkeiten zur StPO wenig ändern. Deshalb verbietet sich insbesondere eine Verlagerung der kleinen Eigen-

<sup>26</sup> Kritisch zur Umwandlung des Verkehrsstrafrechts in Ordnungswidrigkeitenrecht *Mattes* ZStW 82 S. 25 ff, 35 ff.

<sup>27</sup> Zutreffend *Weber* ZStW 92 S. 313 ff, 320 ff, 332 f mit Beispielen für die Mißachtung dieser Regel; *Hirsch* ZStW 92 S. 218 ff, 243; *Vogler* ZStW 90 S. 132 ff, 156.

tums- und Vermögenskriminalität in den Bereich der Ordnungswidrigkeiten, solange das Prinzip des Eigentums- und Vermögensschutzes zum Kernbereich gehören soll<sup>28</sup>.

## II. Die Disziplinarmaßnahmen

### Literatur

*H. Arndt* Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV 1966 S. 809 ff; *ders.* Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 1968 S. 39 ff; *E. Barth* Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht, Honig-Festschrift S. 1 ff; *J. Baumann* Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ 1964 S. 612 ff; *ders.* Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ 1967 S. 657 ff; *K. Behnke* Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR 1963 S. 257 ff; *ders.* Bundesdisziplinarordnung, 2. Auflage 1969; *H. R. Claussen* und *W. Janzen* Bundesdisziplinarordnung, 4. Auflage 1981; *K. Dau* Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, DVBl. 1968 S. 62 ff; *ders.* Wehrdisziplinarordnung, 1979; *M. Hagedorn* Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-)Strafrecht? NJW 1965 S. 902 ff; *A. Kreuzer* Anmerkung zu BVerfG 27 S. 180 ff, NJW 1970 S. 507 f; *R. Kugler* Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig? ZBR 1960 S. 33 ff; *F. Ostler* Neues im Disziplinarrecht, NJW 1967 S. 2033 ff; *H. H. Rupp* Anmerkung zu BVerfG 21 S. 379 ff, NJW 1967 S. 1651 f; *Eb. Schmidt* Strafrecht und Disziplinarrecht, in: Deutsche Landesreferate zum 3. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, S. 859 ff; *U. Stock* Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, 1932; *W. Thieme* Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl. 1957 S. 769 ff; *W. Wiese* Der Verfassungssatz ne bis in idem — Art. 103 Abs. 3 GG — und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 354 ff.

### A. Die Notwendigkeit von Disziplinarmaßnahmen

1. Organisationen (hier verstanden als Systeme unterhalb von Gesellschaft und Staat), die nicht ersetzt oder ersatzlos aufgelöst werden können, bedürfen einer Garantie der Normen, die zur Erfüllung ihrer Organisationsaufgaben nötig sind. Gegenüber Außenstehenden<sup>29</sup> erfolgt die Garantie durch das Strafrecht oder — insbesondere bei Mitwirkungspflichten gegenüber der Verwaltung — durch das Ordnungswidrigkeitenrecht; dabei können die Normen allgemeinen Inhalt haben oder organisationspezifisch gestaltet sein (wie etwa die Normen der Straftaten des 4. bis 6. Abschnitts des BT des StGB). Auch gegenüber Organisationsangehörigen finden sich — neben den allgemeinen strafrechtlichen Normen — strafrechtlich garantierte organisationspezifische Normen (etwa die §§ 121, 258 a, 331 ff StGB, §§ 15 ff, 19 ff, 30 ff, 42 ff WStG), freilich ohne daß vom Strafrecht die erforderlichen Garantien auch nur annähernd erschöpfend geleistet würden.

2 a) Für die praktisch bedeutsamste Klasse von Angehörigen unverzichtbarer Organisationen, für *Staatsdiener*, sah das preußische ALR von 1794 einen detaillierten Katalog von Strafrechtsnormen vor (§§ 323 ff II 20 ALR), wobei es ein zweckvoll differenziertes Sanktionensystem zuließ, daß die jeweils verhängte Sanktion auch den Bedürfnissen der Verwaltung angemessen ausfiel<sup>30</sup>. Gemeinsames Merkmal dieser „Ver-

<sup>28</sup> *Dreher* Welzel-Festschrift S. 917 ff, 929 f; wohl auch *Jeschek* AT § 7 V 2. — *A. A. H. Mayer* Strafrechtsreform S. 65 f; *Peters* ZStW 77 S. 470 ff, 501; *Baumann* JZ 1972 S. 1 ff, 3; *ders.* ZRP 1972 S. 273 ff; *ders.* Schröder-Gedächtnisschrift S. 523 ff, 525 f; *Dencker* JZ 1973 S. 144 ff, 150 f; eher anderer Ansicht auch *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 240 f; *Hirsch* ZStW 92 S. 218 ff, 242 ff; siehe auch *Kaiser* ZStW 90 S. 877 ff.

<sup>29</sup> Die Grenze zwischen einem Außenstehenden und einem Organisationsangehörigen, insbesondere

einem solchen zwangsverpflichteter Art, verläuft unscharf; so kann etwa der Zeuge im Gerichtsbetrieb als zwangsweise bestimmter Ad-hoc-Funktionär angesehen werden; siehe §§ 51, 70 StPO, §§ 380, 390 ZPO, §§ 153 ff StGB.

<sup>30</sup> *Stock* Entwicklung S. 145 ff; *Eb. Schmidt* in: Landesreferate S. 859 ff, 865; *Wiese* VwArch. Bd. 56 (1965) S. 203 ff, 213 f; teils abweichend *Behnke* ZBR 1963 S. 257 ff, der — bei Unterschieden im Verfahren ansetzend — schon nach dem ALR Strafrecht und Disziplinarrecht scheidet.

brechen der Diener des Staates“ war nicht das Angriffsobjekt (die Organisation), sondern der Stand des Täters als Staatsdiener. Diese kriminalrechtliche Lösung des Disziplinierungsproblems wurde schon in der Mitte des 19. Jahrhunderts aus mehreren Gründen nicht mehr beschritten<sup>31</sup>: Den wachsenden Ansprüchen an die Bestimmtheit der Kriminalgesetze konnten die Staatsdienerverbrechen schon bald nicht mehr genügen. Ferner fehlte auf Grund eines gewandelten Verständnisses des Strafrechts (Vergeltung oder Generalprävention durch Vergeltung) ein den Bedürfnissen bei der Verwaltung des Beamtenapparats angepaßtes strafrechtliches Maßregelsystem. Hauptsächlich aber wandte sich der Blick der Kriminalisten bei den hier in Rede stehenden Delikten vom Täter zum Erfolg: Die „Verbrechen der *Diener* des Staates“ wurden zu „Verbrechen und Vergehen im *Amt*“ gewandelt (28. Abschnitt des BT des preußischen StGB 1851) und konnten hinfort auch von Amtsverwaltern begangen werden, die nicht dem Stand der Staatsdiener angehörten (siehe jetzt § 11 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 StGB).

- 13 b aa) Das Vakuum nach diesem weitgehenden Rückzug des Strafrechts aus dem Personalverhältnis des Beamten füllen seitdem *disziplinarrechtliche Regelungen* aus. Das Verhältnis dieses Disziplinarrechts zum Strafrecht ist bislang nicht sonderlich überzeugend präzisiert worden. Die Unklarheiten resultieren zum einen aus schon unklaren Zieldefinitionen des Strafrechts und des Disziplinarrechts, die teils auf die völlig falsche Formel gebracht werden: Vergeltung kontra Zweckmäßigkeit. Zudem ist innerhalb des Disziplinarrechts die Bedeutung einer Treueverletzung für die Bestimmung des Organisationsschadens umstritten; dabei handelt es sich um das Problem, inwieweit das Disziplinarvergehen vom alten Standesverbrechen herzuleiten ist. Die Lösung wird dadurch erschwert, daß ausformulierte Disziplinarverfehlungstatbestände fehlen.

Die Frage nach dem Zusammenhang von Treueverletzung und Organisationsschaden stellte sich freilich bei denjenigen Organisationen nicht, die ihre Angehörigen zwangsrekrutieren (Schüler, Strafgefangene — siehe §§ 102 ff StVollzG), wenn nicht das Gesetz Gegenteiliges festlegt (Wehrpflichtige, § 1 Abs. 1 Satz 2 und §§ 7, 17 Abs. 2 u. a. m. SoldatenG<sup>32</sup>); sie stellt sich weiterhin bei rahmenmäßig geregelten freien Berufen nicht mit dem Nachdruck wie bei Staatsdienern (Beispiele: Rechtsanwälte, §§ 113 ff. BRAO; disziplinarrechtliche, „ehrengerichtliche“ Maßnahmen gibt es ferner für Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Apotheker u. a. m.).

- 14 bb) Das System möglicher Reaktionen hängt von der — je nach Organisationsbereich unterschiedlichen — Beziehung zwischen den Organisationsangehörigen und der Organisation ab. Bei Zwangsrekrutierung ist Entlassung unvereinbar mit der Organisationsaufgabe (wiederum eine Ausnahme: § 54 Abs. 1 Nr. 4 WDO). Ansonsten wirkt sie spezialpräventiv sicher, so daß die kognitive Untermuerung, die bei jeder Strafe notwendig ist, im Disziplinarrecht leicht geleistet werden kann. Freiheitsentziehung kommt nur noch in Organisationen in Betracht, bei denen drastische Grundrechtseinschränkungen geläufig sind (§ 22 WDO; § 103 Abs. 1 Nr. 9 StVollzG), so daß das Bild der Organisation durch Gewalt gegen Personen nicht gestört wird (früher auch etwa: studentischer Karzer, Schularrest). — Die folgende Darstellung gilt hauptsächlich dem Disziplinarrecht der Beamten<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> *Stöck* Entwicklung S. 190 ff, 194 mit Nachweisen; *Wiese* VwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 214 ff.

<sup>32</sup> Siehe dazu aber *Hagedorn* NJW 1965 S. 902 ff, 903.

<sup>33</sup> Detailliert gesetzlich geregelt sind in der Regel nur die Disziplinarmaßnahmen und das Verfahren; für Bundesbeamte gilt die BDO in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 7. 1967,

BGBl. I S. 751, 984; für Richter siehe §§ 63 ff, 71 DRiG; für Staatsanwälte siehe § 122 Abs. 4 Satz 1 DRiG; siehe für Landesbeamte die entsprechenden Landesgesetze. — Die Pflichten, deren Verletzung ein Dienstvergehen ist, also den BT des materiellen Disziplinarrechts, nennen die Beamten-gesetze: §§ 52 ff BfG, §§ 35 ff BRRG, und die für Landesbeamte geltenden Landesgesetze; für

## B. Die Abgrenzung und die Behandlung von Überschneidungen

1 a) Es ist die Aufgabe von Disziplinarmaßnahmen, *das Funktionieren der jeweiligen Organisationen als Subsysteme des Staats* gegen Störungen durch Organisationsangehörige sicherzustellen. Disziplinarmaßnahmen sind entweder Übelzufügungen, die zur Pflichtbefolgung anhalten sollen (Pflichtenmahnung), oder aber Entfernung aus dem Dienst (Reinigungsmaßnahme, Epurierung). Wegen dieser Orientierung der Disziplinarmaßnahmen an den Bestandsbedingungen der Organisation, also wegen ihres offenen Zweckbezugs, wird verbreitet angenommen, Disziplinarmaßnahmen seien ein „Aliud“ zu den Strafen<sup>34</sup>, woraus folgen soll, daß sie im Gegensatz zur Strafe niemals zur Vergeltung oder Sühne verhängt werden dürften und daß ihre Verhängung *neben* einer Kriminalstrafe nicht gegen Art. 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem) verstoße.

b) Diese Argumentation gründet auf einem verfehlten Verständnis der Strafe. Ungeachtet aller Kontroversen ist ausgemacht, daß Strafe der Erhaltung von Ordnung dient (oben 1/17). Es besteht kein Hindernis, das Strafrecht (jedenfalls soweit es Pflichtdelikte regelt) als das vom Staat verwaltete *allgemeine* Disziplinarrecht der Gesellschaft anzusehen (wobei die Epurierung nur über Sicherungsverwahrung erfolgt, seit Landesverweisung unzulässig ist). Zudem gründet die Argumentation auf einem nicht hinreichend entwickelten Begriff der Disziplinarmaßnahme. Daß diese einem einzigen Zweck dient, heißt nicht, sie sei ein homogenes Mittel, wie ja auch im Strafrecht Strafen und Maßregeln dem einzigen Zweck dienen, die Ordnung zu erhalten, aber inhaltlich und in der Wirkungsweise unterschieden sind.

2 a) Daß Disziplinarmaßnahmen *neben maßregelähnlichen Reaktionen auch Strafen* enthalten müssen, ergibt sich aus ihrer Aufgabe, das Funktionieren der Organisation sicherzustellen. Die Organisierbarkeit des Beamtenapparats ist ohne normative Garantie nicht zu leisten, und die Garantie beschränkt sich nicht auf eine förmliche Mißbilligung des Normbruchs (Verweis, § 6 BDO), sondern erstreckt sich auf Übelzufügungen (Geldbuße, Gehaltskürzung etc., §§ 7 ff BDO). Diese angedrohten Übel werden nicht nur wegen ihrer spezialpräventiven Wirkung zugefügt, sondern zur Bestätigung der Norm. Beispiel: Ein Beamter, der den letzten Monat vor seiner Pensionierung grundlos nicht mehr zum Dienst erscheint, wird nicht von einer Disziplinierung mangels eines Bedürfnisses nach Spezialprävention verschont; denn eine solche Nachsicht würde die Normgeltung tangieren. Daß aber mit der Übelzufügung keine vergeltende, sondern eine generalpräventive Aufgabe verfolgt wird, gibt keine qualitative Differenz zur Strafe ab (siehe oben 1/15). Eine Straffunktion findet sich selbst bei der Epurierung: Diese wird — insbesondere bei Eigentumsdelikten von Kassenverwaltern und ähnlichen Fällen — nicht erst eingesetzt, wenn die Gefahr weiterer Taten desselben Beamten die Organisation stört, sondern wenn es der Normgeltungsschaden erfordert<sup>35</sup>. Die Eigenschaft als Strafe geht auch nicht deshalb verloren, weil die disziplinarische Reak-

Richter die §§ 38 ff DRiG. — Die Zurechnungslehre, also neben den Rechtsfolgen das Hauptstück des AT des materiellen Disziplinarrechts, ist nicht gesetzlich ausformuliert.

<sup>34</sup> H. Arndt DÖV 1966 S. 809 ff, 811; Thieme DVBl. 1957 S. 769 ff, 773 (irrationale Sühne und Vergeltung bei der Strafe kontra rationale Mittel im Disziplinarrecht!); Wiese VwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 354 ff, 368 ff; Behnke-Arndt BDO Einleitung A Rdn. 24 ff; Clausen-Janzen BDO Einleitung A Rdn. 4 ff; Maurach-Zipf AT I § 1 II B 2. — Stock Entwicklung S. 266 ff sieht im Strafrecht Generalprävention, im Disziplinarrecht Spezial-

prävention. — Nach Eb. Schmidt (in: Landesreferate S. 859 ff, 863) soll auch im Disziplinarrecht Vergeltung zulässig sein und stattfinden, trotzdem aber „eine qualitative juristische Verschiedenheit der Erscheinungen“ vorliegen, da es im Disziplinarrecht nur um die Verletzung des Treueanspruchs gehen soll (aaO S. 866 f, 873). — Zutreffend kritisch zur Tauglichkeit dieser Abgrenzungen Baumann AT § 4 I 4; ders. JZ 1964 S. 612 ff, 614 f; ders. JZ 1967 S. 657 ff.

<sup>35</sup> Siehe die bei Clausen-Janzen BDO Einleitung D Rdn. 30 aufgelisteten Entscheidungen.

tion zum Ziel hat, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Beamten zu sichern; denn dieses Vertrauen hat auf Dauer nur als Spiegelung der Normgeltung innerhalb der Beamtenschaft Bestand.

- 18 b) Wenn auch Disziplinarmaßnahmen neben ihrer Maßregelfunktion die Funktion von Strafen (nicht: Kriminalstrafen) haben können<sup>36</sup>, so ist doch das System der Disziplinarmaßnahmen nicht etwa ein „verkleinertes“ System der Strafen und Maßregeln des StGB. Vielmehr hat es aus folgendem Grund andere Schwerpunkte: Die Entfernung aus dem Dienst steht im Disziplinarrecht als absolut sicheres Mittel spezialpräventiver Einwirkung zur Verfügung. Die strafrechtlichen Äquivalente, lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung, greifen ungleich tiefer in die Interessen, insbesondere die Rechte, des Belasteten ein; ihre Voraussetzungen sind deshalb strenger. Beispiel: Wenn die Entfernung aus dem Dienst nur stattfände, wenn den förmlichen und prognostischen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) entsprechende Bedingungen gegeben sind, wäre sie praktisch bedeutungslos. *Das Disziplinarrecht ist also spezialpräventiv überlegen.* Dem entspricht es, daß im Disziplinarrecht der taterorientierte Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens gilt, d. h. mehrere Einzelverfehlungen werden stets in der Person des Täters zu einem insgesamt zu beurteilenden Dienstvergehen gebündelt<sup>37</sup>. Ebenso wird taterorientiert nicht zwischen Versuch und Vollendung differenziert<sup>38</sup>.

- 19 3. Abgesehen von der spezialpräventiven Überlegenheit des Disziplinarrechts unterscheiden sich die kriminalrechtlichen Reaktionen von den disziplinarrechtlichen dadurch, daß letztere stets nur die Aufgabe haben, eine bestimmte Organisation funktionsfähig zu erhalten, während das Strafrecht gesellschaftliches Leben insgesamt ermöglichen soll. Da Disziplinarmaßnahmen aber innerhalb ihres beschränkten Aufgabenbereichs sowohl Straf- wie Maßregeleigenschaft haben können, müssen zur *Vermeidung einer Doppelbestrafung*<sup>39</sup> folgende Grundsätze gelten:

a) Zu einer Kriminalstrafe kann eine Disziplinarmaßnahme als besondere beamtenrechtliche (nicht nach allgemeinem Strafrecht mögliche) Maßregel ohne Straffunktion hinzukommen, was teils schon kraft Gesetzes erfolgt (§ 48 BBG; § 48 SoldatenG; § 30 WehrpflichtG).

b) Soweit ein Disziplinarvergehen nicht als Straftat abzuurteilen ist, kann die Disziplinarmaßnahme auch Straffunktion haben, wenn das zur Erhaltung der Ordnung der Organisation erforderlich ist.

<sup>36</sup> Es ist die Forderung erhoben worden, deshalb Art. 103 Abs. 2 GG anzuwenden (*Kugler ZBR* 1960 S. 33 ff, 34; *a. A. Dau DVBl.* 1968 S. 62 ff, 70; *Eb. Schmidt* in: Landesreferate S. 859 ff, 867). Voll gesetzlich bestimmte Tatbestände würden den Handlungsspielraum des Dienstherrn bei Einzelweisungen beträchtlich einschränken; Blankette wären wohl möglich. — Eine Beschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG auf Strafen, die der Staat kraft seiner allgemeinen Gewalt (nicht: als Dienstherr) verhängt, entspricht der historischen Entwicklung.

<sup>37</sup> *Behnke-Arndt BDO* Einführung B Rdn. 1 ff; für Soldaten siehe *Dau WDO* Rdn. 10 f vor § 7; siehe auch den Grundsatz der Einheitlichkeit der Verfolgung einer Jugendstrafat, § 31 JGG, siehe ferner unten zur Einheitsstrafe 31/10.

<sup>38</sup> *Behnke-Arndt BDO* Einführung B Rdn. 10; der Ausschluß der Rücktrittsregeln ist freilich weder

bei taterorientierter Begründung der Gleichbehandlung zwingend noch beim Abstellen auf die (schon im Versuchsfall gegebene) Pflichtverletzung.

<sup>39</sup> Nach § 14 BDO (entsprechend § 8 Satz 1 WDO) dürfen neben einer Strafe oder einer Ordnungsmaßnahme die leichteste Disziplinarmaßnahme nicht und eine mittlere nur bei besonderem Bedürfnis verhängt werden. Diese Regelung soll nicht Doppelbestrafungen vermeiden, sondern faktisch überflüssige Disziplinarmaßnahmen. — Die Rechtsprechung argumentiert zu Art. 103 Abs. 3 GG halberzig: Nach BVerfG 21 S. 379 ff, 384 (mit ablehnender Anmerkung *Rupp NJW* 1967 S. 1651 f); 21 S. 391 ff, 403 f sollen Bestrafung und Disziplinierung nach der WDO nebeneinander bestehen können, aber bei einer der Disziplinierung nachfolgenden Bestrafung mit Freiheitsstrafe soll ein Disziplinararrest anzu-



c) Problematisch ist einzig, ob eine Kriminalstrafe und eine strafend gemeinte Disziplinarmaßnahme wegen einer Tat zusammentreffen können. Zur Lösung ist darauf abzustellen, ob bei der Zumessung der Kriminalstrafe die besondere Bedeutung des Normbruchs durch den Täter für die betreffende Organisation zu berücksichtigen ist — dann würde eine strafende Disziplinarmaßnahme zur Doppelbestrafung führen —, oder ob die Strafzumessung den Organisationsschaden nicht erfassen kann — dann bleibt ein disziplinarer Überhang. Art. 103 Abs. 3 GG gilt also auch beim Zusammentreffen von Kriminalstrafe und strafender Disziplinarmaßnahme, wenn der gesamte Komplex kriminalstrafrechtlich erledigt werden kann. Beispiel: Führt ein Beamter im Dienst ein Dienstfahrzeug betrunken im Verkehr (§ 316 StGB), so gilt das Strafurteil die Gefährdung des Verkehrs allgemein ab, berücksichtigt aber nicht eine mögliche besondere Wichtigkeit des Gefährdungsverbots für die Organisation, die vielleicht auf Kraftfahrzeugverkehr unersetzbar angewiesen ist (Postzustellung) o. ä. Beispiele für die Möglichkeit, den Organisationsschaden schon bei der Zumessung der Kriminalstrafe zu berücksichtigen, bilden neben allen Amtsdelikten insbesondere die bei dienstlicher Gelegenheit begangenen Eigentums- und Vermögensdelikte; als Strafe zu verstehende Disziplinarmaßnahmen sind dann unzulässig.

4. Auch Straftaten — wie sonstiges Verhalten — *außerhalb des Dienstes* können disziplinarrechtliche Konsequenzen haben (§ 77 Abs. 1 Satz 1 BBG), sofern der Beamte durch die Tat die für seine Brauchbarkeit in der Organisation erforderliche „potestas und auctoritas“ verscherzt hat<sup>40</sup>. Die Maßnahme kann auch als Strafe zu verstehen sein, etwa wenn ein Verweis nicht ausreicht und eine Entfernung aus dem Dienst nicht erforderlich ist; denn die Auswirkung auf das Amt berücksichtigt das Gericht bei der Strafzumessung für außerdienstliche Straftaten nicht. Schwierig ist freilich die Frage zu beantworten, wann eine unabhängig vom Dienst begangene Straftat (oder gar nur Ordnungswidrigkeit) zugleich ein Disziplinarvergehen ist. Nach früherem Verständnis soll der Beamte überhaupt eine erhöhte Pflicht zur Normbefolgung haben<sup>41</sup>, die aus dem besonderen Treueverhältnis resultieren soll. Das sind Nachwirkungen der alten Behandlung der Beamten als besonderer Stand. Bei einem funktionsbezogenen Verständnis der Treuepflicht muß eine Beschränkung dahin erfolgen, daß die Straftat den Schluß auf eine Beeinträchtigung der Organisation zuläßt<sup>42</sup>. Das darf wiederum nicht durch die diffuse Annahme präsumiert werden, die Allgemeinheit erwarte von Beamten ein in jeder Hinsicht tadelfreies Privatleben. Einzelheiten sind Gegenstand des materiellen Disziplinarrechts.

rechnen sein (BVerfG 21 S. 379 ff, 390 f). § 8 Satz 2 WDO legt nunmehr die zwingende Anrechnung „anderer Freiheitsentziehung“ auf Disziplinarrest fest. — Eine gegenseitige Anrechnung von Geldstrafe und Geldbuße soll jedoch nicht stattfinden (BVerfG 27 S. 180 ff mit ablehnender Anmerkung *Kreuzer* NJW 1970 S. 507 f; BVerwG NJW 1970 S. 1860 f). Richtigerweise ist bei nachfolgenden Disziplinarverfahren die Anrechnung davon abhängig zu machen, ob ein disziplinarer Überhang geblieben ist; bei vorweg erfolgreichem Disziplinarverfahren ist dessen strafend gemeinte Reaktion im Strafverfahren anzurechnen, wenn die Disziplinierungsgründe zugleich Strafzumessungsgründe sind (so im Ergebnis zutreffend OLG Hamm NJW 1978 S. 1063 f). Ungleiche Sanktionen sind nach ihrem Wert zu verrechnen. — Größere „Anrechnungsfreundlichkeit“ ist

nicht rechtsstaatlich vorzugswürdig, da sie die Grenzen der Sanktionen verwischt und zu Übergriffen in den jeweils anderen Aufgabenbereich ermuntert.

<sup>40</sup> *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Abs. 3 Rdn. 128.

<sup>41</sup> Noch BDH 1 S. 55 ff, 59 ff; BDH ZBR 1962 S. 194 f.

<sup>42</sup> BDH NJW 1966 S. 688 f; BVerwG NJW 1968 S. 858 f (beide Entscheidungen betreffen nur fahrlässige Taten); *Behnke-Arndt* BDO Einführung B Rdn. 150; *Claussen-Janzen* BDO Einleitung C Rdn. 58 c; *H. Arndt* DÖV 1966 S. 809 ff; *ders.* DÖV 1968 S. 39 ff; *Wiese* VwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 354 ff, 358 ff; *Dau* DVBl. 1968 S. 62 ff, 68; *Barth* Honig-Festschrift S. 1 ff mit weiteren Nachweisen.

- 21 5. Eine disziplinäre Pflichtwidrigkeit wird wie ein Pflichtdelikt behandelt; insbesondere entfällt dadurch die Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme<sup>43</sup> (siehe unten 21/115).

### III. Die Ordnungs- und Zwangsmittel nach den Prozeßordnungen

- 22 A. *Ordnungsmittel* sind Reaktionen auf eine Zuwiderhandlung und sollen die Bedeutung der übertretenen Norm auf Kosten des Täters (durch Ordnungsgeld oder Ordnungshaft) demonstrieren; es handelt sich also sachlich um Strafen, die freilich — um die Kautelen, denen das Kriminalstrafrecht unterliegt, nicht eingreifen zu lassen, insbesondere auch um das Erfordernis eines Strafverfahrens zur Realisierung des Ordnungsmittels zu vermeiden — nicht Strafen genannt werden sollen (Art. 5 EGStGB). Zweck der Ordnungsmittel ist die Garantie von Normgeltung. Der Zweck der *Zwangsmittel* ist es hingegen, ein bestimmtes äußerliches Verhalten abzunötigen. Sachlich handelt es sich bei den Zwangsmitteln also — in strafrechtlicher Terminologie — um „bessernde“ Maßregeln. Ordnungsmittel sind zur Zweckerreichung stets restlos zu vollstrecken, Zwangsmittel haben schon ihren Zweck erreicht, wenn das abgöttige Verhalten vollzogen wird; ist letzteres der Fall, bevor das verhängte Zwangsmittel „aufgebraucht“ ist, wird der Zwang trotzdem beendet. Beispiel<sup>44</sup>: Verweigert ein Zeuge grundlos das Zeugnis, so wird gegen ihn nach dem Maß seiner Pflichtwidrigkeit Ordnungsgeld festgesetzt (für den Strafprozeß siehe § 70 Abs. 1 Satz 2 StPO); sprechen Gründe dafür, daß der Zeuge bei seiner Weigerung beharrt, ordnet das Gericht Erzwingungshaft an (für den Strafprozeß siehe § 70 Abs. 2 StPO), die (spätestens) endet, wenn der Zeuge aussagewillig wird oder wenn es auf die Aussage nicht mehr ankommt, während das Ordnungsgeld dadurch nicht berührt wird.
- 23 B. *Ordnungsmittel* nach den Prozeßordnungen sind das Gegenstück zu den Reaktionen der Verwaltung auf „Verwaltungsdelikte“ (oben 3/1 ff). Sie setzen Verschulden voraus<sup>45</sup>. Ergehen sie wegen eines Verhaltens, das zugleich eine Straftat ist, so ist im Strafverfahren die Sanktionierung durch ein Ordnungsmittel anzurechnen<sup>46</sup>. Beispiele für Ordnungsmittel: sitzungspolizeiliche Ordnungsmittel nach § 178 GVG; Ordnungsmittel wegen einer Zuwiderhandlung gegen Unterlassungs- und Duldungspflichten nach § 890 ZPO (zu Unrecht verbreitet als Erzwingungsmaßnahmen bezeichnet); Ordnungsmittel gegen Beweispersonen, §§ 51, 70 Abs. 1, 77, 95 Abs. 2 StPO, §§ 380, 390 Abs. 1, 409 ZPO.
- 24 C. Der Grundfall für die Anwendung von *Zwangsmitteln* ist die Erzwingung unvertretbarer Handlungen nach § 888 ZPO. Ob das den Zwang veranlassende Unterlassen voll zurechenbar sein muß, hängt davon ab, ob der Anspruch nur auf eine zurechenbare Leistung geht oder nicht. Die Vermeidbarkeit (Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit) des veranlassenden Unterlassens ist Mindestvoraussetzung. Weitere Beispiele: Erzwingung von Beweisleistungen, § 70 Abs. 2 StPO, § 390 ZPO; Erzwingung der Herausgabe von Gegenständen, die zu beschlagnahmen sind, § 95 Abs. 2 StPO; Erzwingung einer eidesstattlichen Versicherung im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren, § 901 ZPO; Erzwingung der Zahlung von Geldbußen wegen einer Ordnungswidrigkeit, § 96 OWiG.

<sup>43</sup> Behnke-Arndt BDO Einführung B Rdn. 11.

<sup>44</sup> Nach RG 57 S. 29 ff.

<sup>45</sup> BVerfG 58 S. 159 ff, 162 f (zu § 890 ZPO); schon BVerfG 20 S. 323 ff, 332 (§ 890 ZPO a. F.). — Verschulden ist streitig für § 177 GVG; KK-Mayr

§ 177 Rdn. 5 mit Nachweisen; — die Vorschrift kann — entgegen dem Wortlaut — als Regelung unmittelbaren Zwangs verstanden werden.

<sup>46</sup> OLG Saarbrücken NJW 1968 S. 1687 f; LK-Tröndle Rdn. 70 vor § 38.