

Kaspar

Strafrecht – Allgemeiner Teil

Einführung

3. Auflage



Nomos

NOMOSEINFÜHRUNG

Prof. Dr. Johannes Kaspar,
Universität Augsburg

Strafrecht – Allgemeiner Teil

Einführung

3. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6005-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0115-0 (ePDF)

3. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort zur 3. Auflage

Es freut mich, bereits die 3. Auflage meines Lehrbuchs vorlegen zu können, das gut angenommen und in mehreren Rezensionen positiv gewürdigt wurde.

Für die Neuauflage habe ich das Buch erneut vollständig durchgesehen und auf den aktuellen Stand gebracht. Viele neue Gerichtsurteile wurden eingearbeitet, darunter die Entscheidung des BGH zum Berliner „Raser-Fall“, die Rechtsprechung zur Nothilfe bei Tierquälerei sowie die Entscheidung des Großen Senats zur Wahlfeststellung. Dazu kommen zahlreiche neuere (überwiegend didaktische) Aufsätze, die in die Fußnoten und Literaturhinweise eingearbeitet wurden.

Einzelne Themenbereiche wurden ganz neu in die Darstellung aufgenommen, darunter das Strafanwendungsrecht, Sonderfälle der Beteiligung gem. § 30 StGB, die vermeintliche Mittäterschaft, das unmittelbare Ansetzen bei Qualifikationen und Regelbeispielen, der antizipierte Rücktritt sowie die Frage der Garantenstellung von Amtsträgern.

Eine wichtige Weiterentwicklung ist schließlich, dass in den Fußnoten Querverweise auf das „Casebook Strafrecht Allgemeiner Teil“ eingefügt wurden. Dieses von meinem Würzburger Kollegen Tobias Reinbacher und mir verfasste, ganz neu konzipierte Werk enthält die wichtigsten Leitentscheidungen des BGH zum Allgemeinen Teil des Strafrechts in kompakter und kurz kommentierter Form. Es wird Ende 2019 erscheinen und stellt eine ideale Ergänzung zur Lektüre des Lehrbuchs dar.

Auch bei der Arbeit an der 3. Auflage bin ich wieder von meinem Augsburger Lehrstuhlteam hervorragend unterstützt worden, insbesondere von Herrn Wiss. Mitarbeiter Philipp Eierle, der die Koordination des Projekts übernommen hat, sowie von Frau Michaela Braun, Frau Wiss. Mitarbeiterin Julia Schneider, Frau Wiss. Hilfskraft Juliane Koburg und den studentischen Hilfskräften Frau Dorin Guba, Frau Johanna Kloster, Herrn Nicolas Merdes, Herrn Niklas Otparlik, Herrn Luca Schiliró und Frau Hiba Tfeili.

Nach wie vor freue ich mich über positive wie kritische Rückmeldungen der Leserschaft unter johannes.kaspar@jura.uni-augsburg.de.

Johannes Kaspar

Augsburg, September 2019

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 3. Auflage	5
Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Einführung in die Grundlagen des Strafrechts	23
I. Das Strafrecht in der Rechtsordnung	23
II. Der Begriff der Strafe	23
III. Aufgabe des Strafrechts und Zwecke der Strafe	24
§ 2 Prinzipien des materiellen Strafrechts und Strafanwendungsrecht	27
I. Prinzipien des materiellen Strafrechts	27
II. Strafanwendungsrecht	34
§ 3 Systematik und Inhalt des Allgemeinen Teils des StGB	38
I. Systematik des Strafgesetzbuchs	38
II. Überblick über den Inhalt des Allgemeinen Teils	38
§ 4 Der strafrechtliche Handlungsbegriff	40
I. Funktionen des Handlungsbegriffs	40
II. Inhalt des Handlungsbegriffs	40
III. Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	42
§ 5 Das vorsätzliche Begehungsdelikt	44
I. Grundlagen des Deliktsaufbaus	44
II. Die Ebene des Tatbestands	46
III. Die Ebene der Rechtswidrigkeit	80
IV. Die Ebene der Schuld	121
V. Sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit bzw. Strafverfolgung	139
§ 6 Täterschaft und Teilnahme	142
I. Grundlagen	142
II. Täterschaft	145
III. Teilnahme	155
§ 7 Irrtumslehre	171
I. Grundlagen	171
II. Irrtümer über Elemente des Tatbestands	172
III. Verbotsirrtum	179
IV. Erlaubnistatbestandsirrtum	181
V. Irrtum über Entschuldigungsgründe	185
VI. Irrtümer über persönliche Strafausschließungsgründe	185
VII. Irrtumskonstellationen bei Tatbeteiligung mehrerer	187

Inhaltsübersicht

VIII.	Irrtümer zugunsten des Irrenden im Überblick	190
IX.	Irrtümer zu Ungunsten des Irrenden im Überblick	191
§ 8	Versuch und Rücktritt	193
I.	Der strafbare Versuch (§§ 22, 23)	193
II.	Rücktritt vom Versuch (§ 24)	208
III.	Tätige Reue	227
§ 9	Fahrlässigkeitsdelikte	229
I.	Grundlagen	229
II.	Erscheinungsformen	230
III.	Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	231
IV.	Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts	232
V.	Weitere Voraussetzungen der Strafbarkeit	241
VI.	Besonderheiten bei Täterschaft und Teilnahme	243
VII.	Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen, insbesondere erfolgsqualifizierte Delikte	244
§ 10	Unterlassungsdelikte	248
I.	Grundlagen	248
II.	Der Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts	250
III.	Rechtswidrigkeit	265
IV.	Schuld	265
V.	Versuch und Rücktritt beim unechten Unterlassungsdelikt	266
VI.	Fahrlässigkeit und Unterlassen	268
§ 11	Einführung in die Konkurrenzlehre	270
I.	Konkurrenzen bei der Verwirklichung mehrerer Straftatbestände	270
II.	In dubio pro reo und Wahlfeststellung	275
	Literaturverzeichnis	279
	Stichwortverzeichnis	289

Inhalt

Vorwort zur 3. Auflage	5
Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Einführung in die Grundlagen des Strafrechts	23
I. Das Strafrecht in der Rechtsordnung	23
II. Der Begriff der Strafe	23
III. Aufgabe des Strafrechts und Zwecke der Strafe	24
1. Aufgabe des Strafrechts	24
2. Zwecke der Strafe	24
Wiederholungsfragen zu § 1 (Grundlagen des Strafrechts)	26
§ 2 Prinzipien des materiellen Strafrechts und Strafanwendungsrecht	27
I. Prinzipien des materiellen Strafrechts	27
1. Gesetzlichkeitsprinzip („nulla poena sine lege“)	27
a) Grundlagen	27
b) Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips	28
aa) Bestimmtheitsgebot („nulla poena sine lege certa“)	28
bb) Rückwirkungsverbot („nulla poena sine lege praevia“)	29
cc) Analogieverbot („nulla poena sine lege stricta“)	29
dd) Verbot von Gewohnheitsrecht („nulla poena sine lege scripta“)	30
2. Schuldprinzip („nulla poena sine culpa“)	30
a) Grundlagen	30
b) Schuldprinzip und Strafbegrenzung	31
c) Schuldprinzip und Legitimation der Strafe	31
3. Verhältnismäßigkeitsprinzip	32
4. Rechtsgüterschutzprinzip	33
II. Strafanwendungsrecht	34
1. Grundlagen	34
2. Völkerrechtliche Anknüpfungspunkte	35
a) Territorialitätsprinzip und Flaggenprinzip	35
b) Aktives Personalitätsprinzip	35
c) Schutzprinzip	36
aa) Passives Personalitätsprinzip	36
bb) Staatsschutzprinzip	36
d) Weltrechtsprinzip	36
Wiederholungsfragen zu § 2 (Prinzipien des materiellen Strafrechts und Strafanwendungsrecht)	36
§ 3 Systematik und Inhalt des Allgemeinen Teils des StGB	38
I. Systematik des Strafgesetzbuchs	38
II. Überblick über den Inhalt des Allgemeinen Teils	38
§ 4 Der strafrechtliche Handlungsbegriff	40
I. Funktionen des Handlungsbegriffs	40
II. Inhalt des Handlungsbegriffs	40
1. Handlungslehren	40

2. Basiselemente des Handlungsbegriffs	41
a) Menschliches Verhalten	41
b) Willensgetragenes Verhalten	41
c) Sozial erhebliches Verhalten	42
III. Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	42
§ 5 Das vorsätzliche Begehungsdelikt	44
I. Grundlagen des Deliktsaufbaus	44
1. Der dreistufige Deliktsaufbau der herrschenden Meinung	44
2. Die Lehre vom zweistufigen Deliktsaufbau	44
II. Die Ebene des Tatbestands	46
1. Grundlagen	46
2. Objektiver Tatbestand	46
a) Elemente des objektiven Tatbestands	47
aa) Tathandlung	47
bb) Taterfolg	48
cc) Tatobjekt	48
dd) Handlungssubjekt	48
ee) Weitere Tatbestandsmerkmale	48
b) Auslegungsmethoden	49
aa) Grammatische Auslegung	50
bb) Systematische Auslegung	50
cc) Historische Auslegung	51
dd) Teleologische Auslegung	51
ee) Lösung des Beispielsfalls	52
c) Ergänzende methodische Aspekte	52
aa) Erst-recht-Schluss	52
bb) Umkehrschluss (argumentum e contrario)	53
d) Kausalität	53
aa) Ansätze zur Bestimmung von Kausalität	54
bb) Problematische Fallgruppen	56
e) Objektive Zurechnung	60
aa) Fehlende Gefahrschaffung	61
bb) Gefahrverwirklichung	62
Wiederholungsfragen zu § 5 II. 2. (Objektiver Tatbestand)	70
3. Subjektiver Tatbestand	70
a) Grundlagen	70
b) Vorsatzformen	71
aa) Absicht	72
bb) Direkter Vorsatz (dolus directus II)	72
cc) Bedingter Vorsatz (dolus eventualis)	72
c) Relevanter Zeitpunkt	75
d) Reichweite des Vorsatzes	77
e) Dolus cumulativus und dolus alternativus	78
Wiederholungsfragen zu § 5 II. 3. (Subjektiver Tatbestand)	79
4. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit	79

III. Die Ebene der Rechtswidrigkeit	80
1. Grundlagen	81
a) Funktion der Rechtswidrigkeitsprüfung	81
b) Überblick über die wichtigsten Rechtfertigungsgründe	81
c) Struktur der Rechtfertigungsgründe	82
2. Notwehr, § 32	82
a) Inhalt und Grundprinzipien des Notwehrrechts	82
b) Aufbau der Notwehrprüfung	84
c) Notwehrlage	84
aa) Angriff	84
bb) Gegenwärtigkeit des Angriffs	86
cc) Rechtswidrigkeit des Angriffs	87
d) Notwehrhandlung	87
aa) Zielrichtung gegen den Angreifer	87
bb) Geeignetheit	88
cc) Erforderlichkeit	88
dd) Gebotenheit	88
e) Subjektives Rechtfertigungselement	95
f) Besonderheiten der Nothilfe	96
3. Rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB; §§ 228, 904 BGB)	97
a) Grundlagen	97
b) Rechtfertigender Notstand gem. § 34	98
aa) Notstandslage	98
bb) Notstandshandlung	99
cc) Subjektives Rechtfertigungselement	103
c) Zivilrechtlicher Notstand	103
aa) Defensivnotstand, § 228 BGB	103
bb) Aggressivnotstand, § 904 BGB	104
4. Einwilligung und Einverständnis	105
a) Grundlagen	105
b) Einwilligung	106
aa) Disponibilität des Rechtsguts	106
bb) Dispositionsbefugnis	107
cc) Einwilligungsfähigkeit	107
dd) Einwilligungserklärung	108
ee) Freiheit von Willensmängeln	108
ff) Subjektives Rechtfertigungselement	110
c) Tatbestandsausschließendes Einverständnis	111
aa) Einverständniserklärung	111
bb) „Einverständnisfähigkeit“	111
cc) Willensmängel	112
d) Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten	112
e) Mutmaßliche Einwilligung	114
aa) Erscheinungsformen	115
bb) Ermittlung des mutmaßlichen Willens	115
cc) Subsidiarität	116
f) Hypothetische Einwilligung	117

5. Festnahmerecht, § 127 Abs. 1 StPO	119
a) Grundlagen	119
b) Voraussetzungen des Festnahmerechts	119
aa) Festnahmelage	119
bb) Festnahmehandlung	120
cc) Subjektives Rechtfertigungselement	121
Wiederholungsfragen zu § 5 III. (Rechtswidrigkeit)	121
IV. Die Ebene der Schuld	121
1. Grundlagen	122
a) Schuld als Vorwerfbarkeit der Tat	122
b) Ergänzung durch Präventionsbedürfnisse	123
c) Überblick über die Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe	123
2. Schuldfähigkeit	124
a) Strafunmündigkeit gem. § 19	124
b) Schuldunfähigkeit gem. § 20	124
aa) Struktur der Schuldfähigkeitsprüfung	124
bb) Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	125
c) Vorwerfbare Herbeiführung der Schuldunfähigkeit („actio libera in causa“)	125
aa) Begründungsansätze	126
bb) Die actio libera in causa in der Fallbearbeitung	128
cc) Besonderheiten der fahrlässigen actio libera in causa	129
3. Entschuldigender Notstand, § 35	129
a) Zur ratio des entschuldigenden Notstands	130
b) Voraussetzungen gem. § 35 Abs. 1 S. 1	130
aa) Notstandslage	131
bb) Notstandshandlung	132
cc) Subjektives Element: Rettungswille	132
c) Ausschlussgrund der Zumutbarkeit gem. § 35 Abs. 1 S. 2	132
aa) Verursachung der Gefahr	133
bb) Besonderes Rechtsverhältnis	134
cc) Sonstige Fälle	134
4. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand	135
5. Notwehrexzess	136
a) Intensiver Notwehrexzess	137
b) Extensiver Notwehrexzess	138
c) Putativnotwehrexzess	138
Wiederholungsfragen zu § 5 IV. (Schuld)	139
V. Sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit bzw. Strafverfolgung	139
1. Persönliche Strafausschließungsgründe	140
a) Innerstrafrechtliche Gründe	140
b) Außerstrafrechtliche Gründe	140
2. Strafverfolgungsvoraussetzungen	141

§ 6 Täterschaft und Teilnahme	142
I. Grundlagen	142
1. Das System der gesetzlichen Regelungen	142
2. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	143
a) Formal-objektive Theorie	143
b) Extrem subjektive Theorie	143
c) Subjektive Theorie auf objektiv-tatbestandlicher Grundlage	144
d) Tatherrschaftslehre	144
II. Täterschaft	145
1. Besondere Deliktstypen und Täterschaft	145
2. Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2)	145
a) Grundlagen	145
b) Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	146
c) Voraussetzungen	147
aa) Gemeinsamer Tatplan	147
bb) Gemeinsame Tatausführung	148
d) Sonderproblem: Sukzessive Mittäterschaft	149
3. Mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2)	150
a) Grundlagen	150
b) Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	151
c) Voraussetzungen	151
aa) Herbeiführung des Erfolgs durch Handlung des Vordermanns	151
bb) Zurechnung bei Tatherrschaft	151
cc) Subjektiver Tatbestand	155
III. Teilnahme	155
1. Grundlagen	155
a) Grundsatz der limitierten Akzessorietät	155
b) Akzessorietätslockerungen	156
2. Anstiftung	156
a) Grundlagen	156
b) Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	157
c) Voraussetzungen	157
aa) Objektiver Tatbestand	157
bb) Subjektiver Tatbestand	159
3. Beihilfe	161
a) Grundlagen	161
b) Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	161
c) Voraussetzungen	162
aa) Objektiver Tatbestand	162
bb) Subjektiver Tatbestand	166
4. Sonderformen der Beteiligung	166
a) Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 S. 1)	166
b) Vorbereitungshandlungen nach § 30 Abs. 2	169
Wiederholungsfragen zu § 6 (Täterschaft und Teilnahme)	170
§ 7 Irrtumslehre	171
I. Grundlagen	171

II.	Irrtümer über Elemente des Tatbestands	172
1.	Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1	172
2.	Sonderfälle	174
a)	Irrtum über den Kausalverlauf	174
b)	Irrtum über das Tatobjekt (error in persona vel objecto)	175
c)	Fehlgehen der Tat (aberratio ictus)	175
aa)	Grundkonstellation	175
bb)	Abgrenzung zu anderen Konstellationen	177
d)	Grenzbereich zwischen aberratio ictus und error in persona	177
aa)	Gemeinsames Auftreten von error in persona und aberratio ictus	177
bb)	Mittelbare Konkretisierung in den Distanzfällen	178
III.	Verbotsirrtum	179
1.	Erscheinungsformen des Verbotsirrtums	180
a)	Direkter Verbotsirrtum	180
b)	Indirekter Verbotsirrtum (Erlaubnisirrtum)	180
2.	Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums	180
IV.	Erlaubnistatbestandsirrtum	181
1.	Grundlagen	181
2.	Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	181
3.	Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums	183
a)	Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	183
b)	Vorsatztheorie	183
c)	Strenge Schuldtheorie	183
d)	Eingeschränkte Schuldtheorien	183
aa)	Unrechtsverneinende eingeschränkte Schuldtheorie	184
bb)	Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie	184
4.	Abgrenzung zum sog. Doppelirrtum	184
V.	Irrtum über Entschuldigungsgründe	185
VI.	Irrtümer über persönliche Strafausschließungsgründe	185
1.	Rechtliche Fehlvorstellungen	186
2.	Tatsächliche Fehlvorstellungen	186
VII.	Irrtumskonstellationen bei Tatbeteiligung mehrerer	187
1.	Grundlagen	187
2.	Error in persona beim Vordermann	187
a)	Anstiftung	187
b)	Mittelbare Täterschaft	188
3.	Irrtümer beim Hintermann	189
VIII.	Irrtümer zugunsten des Irrenden im Überblick	190
IX.	Irrtümer zu Ungunsten des Irrenden im Überblick	191
	Wiederholungsfragen zu § 7 (Irrtumslehre)	191
§ 8	Versuch und Rücktritt	193
I.	Der strafbare Versuch (§§ 22, 23)	193
1.	Grundlagen	193
2.	Verwirklichungsstufen der vorsätzlichen Tat	194
3.	Strafgrund des Versuchs	195
4.	Voraussetzungen der Versuchsstrafbarkeit	195
a)	Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	195

b)	Vorprüfung	195
c)	Tatentschluss	196
aa)	Bewusst unsichere Tatsachengrundlage	196
bb)	Abgrenzung zur bloßen „Tatgeneigtheit“	197
cc)	Entschluss mit Rücktrittsvorbehalt	197
d)	Unmittelbares Ansetzen	197
aa)	Grundlagen	197
bb)	Problemfälle	198
5.	Besonderheiten bei mehreren Tatbeteiligten	203
a)	Mittelbare Täterschaft	203
b)	Mittäterschaft	205
6.	Der untaugliche Versuch	207
II.	Rücktritt vom Versuch (§ 24)	208
1.	Grundlagen	208
a)	Systematische Stellung des Rücktritts	208
b)	Begründung der Straffreiheit	209
aa)	Kriminalpolitische Theorie	209
bb)	Verdienstlichkeitstheorie	209
cc)	Strafzwecktheorie	210
2.	Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	210
3.	Rücktritt des Einzeltäters, § 24 Abs. 1 S. 1	211
a)	Kein Fehlschlag des Versuchs	211
aa)	Fallgruppen des Fehlschlags	212
bb)	Fehlschlag bei Fortsetzungsmöglichkeit	213
b)	Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch	215
aa)	Maßgeblicher Zeitpunkt	215
bb)	Sonderproblem: Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels	216
c)	Rücktrittshandlung	218
aa)	Unbeendeter Versuch: Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat	218
bb)	Beendeter Versuch: Vollendungsverhinderung	219
d)	Freiwilligkeit	223
4.	Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, § 24 Abs. 2	224
a)	Kein Fehlschlag	225
b)	Rücktrittshandlung	225
aa)	Ernsthaftes Bemühen bei Ausbleiben der Vollendung	225
bb)	Ernsthaftes Bemühen bei Eintritt der Vollendung	225
c)	Freiwilligkeit	226
5.	Teilrücktritt	226
III.	Tätige Reue	227
	Wiederholungsfragen zu § 8 (Versuch und Rücktritt)	228
§ 9	Fahrlässigkeitsdelikte	229
I.	Grundlagen	229
II.	Erscheinungsformen	230
III.	Hinweise zur gutachterlichen Prüfung	231

IV. Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts	232
1. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung	232
a) Bestimmung von Inhalt und Umfang der Sorgfaltspflicht	232
aa) Grundlagen	232
bb) Besonderheiten bei der Bestimmung der objektiven Sorgfaltspflicht	233
b) Objektive Vorhersehbarkeit	236
2. Objektive Zurechnung	237
a) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers	238
b) Pflichtwidrigkeitszusammenhang	239
c) Schutzzweckzusammenhang	241
V. Weitere Voraussetzungen der Strafbarkeit	241
1. Rechtswidrigkeit	241
2. Schuld	242
a) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung	242
b) Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens	243
VI. Besonderheiten bei Täterschaft und Teilnahme	243
VII. Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen, insbesondere erfolgsqualifizierte Delikte	244
1. Grundlagen	244
2. Erfolgsqualifizierte Delikte	244
a) Grundlagen	244
b) Der gefahrspezifische Zusammenhang als besondere Voraussetzung	245
c) Versuch und Rücktritt	245
aa) Erfolgsqualifizierter Versuch	246
bb) Versuch der Erfolgsqualifikation	246
Wiederholungsfragen zu § 9 (Fahrlässigkeitsdelikte)	247
§ 10 Unterlassungsdelikte	248
I. Grundlagen	248
II. Der Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts	250
1. Abgrenzung von Tun und Unterlassen	250
a) Theorie vom Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit	250
b) Theorie vom Energieeinsatz	251
c) Problematische Fallgruppen	251
aa) Ärztlicher Behandlungsabbruch	251
bb) Abbruch von Rettungsbemühungen	252
2. Unterlassen trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit	253
3. Quasi-Kausalität	254
4. Objektive Zurechnung	256
5. Garantenstellung	257
a) Grundlagen	257
aa) Formelle Rechtspflichtenlehre	257
bb) Materielle Theorien	258
b) Die Garantenstellungen im Einzelnen	258
aa) Beschützergaranten	258
bb) Überwachungsgaranten	260
c) Fazit und Kritik	263

6. Entsprechungsklausel	264
7. Subjektiver Tatbestand und Irrtumsfragen	264
III. Rechtswidrigkeit	265
IV. Schuld	265
V. Versuch und Rücktritt beim unechten Unterlassungsdelikt	266
1. Versuch	266
2. Rücktritt	267
VI. Fahrlässigkeit und Unterlassen	268
1. Besonderheiten beim Aufbau	268
2. Abgrenzung von Tun und Unterlassen beim Fahrlässigkeitsdelikt	268
Wiederholungsfragen zu § 10 (Unterlassungsdelikte)	269
§ 11 Einführung in die Konkurrenzlehre	270
I. Konkurrenzen bei der Verwirklichung mehrerer Straftatbestände	270
1. Grundlagen	270
2. Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit	271
a) Handlungseinheit	271
aa) Handlung im natürlichen Sinn	271
bb) Handlung im rechtlichen Sinn	271
b) Handlungsmehrheit	272
3. Aussonderung der Fälle unechter Konkurrenz	272
a) Anwendungsbereich von § 52 (Fälle scheinbarer Idealkonkurrenz)	272
b) Anwendungsbereich von § 53 (Fälle scheinbarer Realkonkurrenz)	274
4. Ergebnis: Tateinheit oder Tatmehrheit	274
II. In dubio pro reo und Wahlfeststellung	275
1. In dubio pro reo	275
2. Wahlfeststellung	276
Wiederholungsfragen zu § 11 (Einführung in die Konkurrenzlehre)	278
Literaturverzeichnis	279
Stichwortverzeichnis	289

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AT	Allgemeiner Teil
A/W	Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
B/W/M	Baumann/Weber/Mitsch
BayStVollzG	Bayerisches Strafvollzugsgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar zum StGB
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
d.h.	das heißt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
f.	folgende Seite/Randnummer
ff.	folgende Seiten/Randnummern
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GewaltächtG	Gewaltächtigungsgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Grundkurs
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.L.	herrschende Lehre
h.Lit.	herrschende Literaturansicht
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen (abrufbar unter www.hrr-strafrecht.de)
Hrsg.	Herausgeber/-in
insb.	insbesondere

Abkürzungsverzeichnis

i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
Kp.	Kapitel
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LPK	Lehr- und Praxiskommentar zum StGB
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M/G/Z	Maurach/Gössel/Zipf
MüKo-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo-StPO	Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NK-WSS	Nomos Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RW	Rechtswissenschaft
sog.	sogenannte
S/S	Schönke/Schröder
S/S/W	Satzger/Schmitt/Widmaier
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
StrÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
S.	Satz
s.	siehe
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger
StVO	Straßenverkehrsordnung
u.a.	unter anderem
UrhG	Urhebergesetz
usw.	und so weiter

Abkürzungsverzeichnis

v.a.	vor allem
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
W/B/S	Wessels/Beulke/Satzger
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (abrufbar unter www.zis-online.de)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (abrufbar unter www.zjs-online.com)
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

§ 1 Einführung in die Grundlagen des Strafrechts

I. Das Strafrecht in der Rechtsordnung

Das Strafrecht ist der Teil der Rechtsordnung, in dem sowohl die Reichweite und die Konsequenzen strafbaren Verhaltens als auch dessen Feststellung im Rahmen eines Strafprozesses geregelt sind. Man unterscheidet zwischen dem **materiellen Strafrecht**, dem sich die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Straftat entnehmen lassen, und dem **formellen Strafrecht**, das die Regeln des Strafverfahrens enthält. Es geht hier ganz offensichtlich um die Ausübung von hoheitlichem Zwang gegenüber dem Bürger, so dass das Strafrecht systematisch dem öffentlichen Recht zugeordnet werden kann.¹ Es wird aber aufgrund seiner historisch begründeten Sonderstellung in Forschung und Lehre traditionell zu Recht als **eigenständige Materie** neben dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht behandelt.

II. Der Begriff der Strafe

Was genau macht das Besondere der staatlichen Strafe aus? Zunächst ist zu klären, was der **Begriff der Strafe** beinhaltet. Das ist weniger leicht, als es auf den ersten Blick scheint. Die Strafe ist ein Phänomen mit vielen Gesichtern. Man kennt sie nicht nur als staatliche Maßnahme im Zusammenhang mit kriminellm Verhalten. Im pädagogischen Bereich sprechen wir bei erzieherisch motivierten Reaktionen der Eltern auf unerwünschtes Verhalten ihrer Kinder von „Strafen“; und auch wenn der Schiedsrichter einen Fußballspieler mit „Rot“ vom Platz schickt, wird dieser Begriff verwendet. Generell handelt es sich bei einer Strafe also um ein **Übel**, das einem anderen als **Reaktion auf dessen Fehlverhalten** zugefügt wird und das zugleich eine **Missbilligung** dieses Verhaltens zum Ausdruck bringt.

Eine **staatliche Strafe** ist dementsprechend eine Übelzufügung, die (auf gesetzlicher Grundlage)² als missbilligende Reaktion auf eine festgestellte schuldhafte Tatbegehung von einem Gericht verhängt wird. Dazu zählen als **Hauptstrafen** die Geld- und Freiheitsstrafe sowie die in § 44 StGB³ geregelte **Nebenstrafe**. Dabei ist nicht die Belastung das wesentliche Element der Strafe. Denn eine staatlich auferlegte Geldzahlungspflicht gibt es auch in Form von Steuern, ohne dass man dabei ernstlich von einer „Geldstrafe“ sprechen könnte. Entscheidend ist vielmehr, dass die Belastung angeordnet wird, um dem Betroffenen die Begehung einer Straftat als besonders missbilligenswerte Handlung vorzuhalten.

Nicht zu den echten Kriminalstrafen, sondern lediglich zu den strafrechtlichen Sanktionen im weiten Sinn werden die in §§ 61 ff. normierten **Maßregeln der Besserung und Sicherung** gezählt. Sie dienen, so wird überwiegend argumentiert, ausschließlich der Prävention von Straftaten und seien daher von einer an der „Schuld“ des Täters orientierten Strafe abzugrenzen. Man spricht insofern vom **zweispurigen System** strafrechtlicher Sanktionen.⁴

1 S. Rengier, AT § 2 Rn. 1.

2 Zum Gesetzlichkeitsprinzip s. unten § 2 Rn. 2 ff.

3 Alle nicht näher bezeichneten Paragraphen sind im Folgenden solche des StGB.

4 Dazu näher Streng, Strafrechtliche Sanktionen Rn. 334 ff.; die klare Unterscheidbarkeit von Strafen und Maßregeln wird in jüngerer Zeit im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung in Zweifel gezogen, s. dazu nur Höffler/Kaspar, ZStW 124 (2012), 87 (123) sowie Kaspar, ZStW 127 (2015), 654 ff.

III. Aufgabe des Strafrechts und Zwecke der Strafe

- 5 Die oben vorgenommene begriffliche Umschreibung der Strafe sagt noch nichts darüber aus, welche **Ziele** man mit ihrer Zufügung verfolgt. Dabei wird oft zwischen der **Aufgabe des Strafrechts** im Ganzen und dem **Zweck der Strafe**, die im konkreten Einzelfall verhängt wird, unterschieden.⁵

1. Aufgabe des Strafrechts

- 6 Als **Aufgabe des Strafrechts** gilt üblicherweise die Verhinderung von Verhaltensweisen, welche die von der jeweiligen Strafnorm geschützten Güter und Interessen beeinträchtigen. Man spricht in diesem Zusammenhang von den jeweils geschützten Rechtsgütern.⁶ Beim Totschlag gem. § 212 ist dies bspw. das Rechtsgut Leben, beim Diebstahl gem. § 242 das Eigentum. Die in den Straftatbeständen zwar nicht ausdrücklich, aber doch sinngemäß enthaltene Verhaltensregel („Du sollst nicht töten“; „Du sollst nicht stehlen“) sowie die Androhung von Strafe für den Fall der Missachtung dieser Regel sollen die jeweiligen Rechtsgüter schützen. Es ist daher überzeugend, die Aufgabe des Strafrechts im **präventiven Rechtsgüterschutz** zu sehen.
- 7 Gerade die Verbindung von Verhaltensregel und Sanktionsandrohung soll diese Wirkung erzielen. Dass sich der **Zweck der Strafe**, die nach einem Verstoß im Einzelfall verhängt wird, von der eben beschriebenen **Aufgabe des Strafrechts** grundlegend unterscheidet, ist vor diesem Hintergrund nicht selbstverständlich. Das wird im Folgenden näher beleuchtet.

2. Zwecke der Strafe

- 8 Über die Frage der **Strafzwecke** wird buchstäblich seit Jahrtausenden gestritten. Kein kluger Mensch straft, so formuliert *Seneca*, weil eine Tat begangen wurde, sondern damit keine mehr begangen wird.⁷ Es geht nach ihm also nicht um die Vergeltung zurückliegender, sondern um die Verhinderung zukünftiger Taten. Ansätze, die in dieser Weise auf Prävention setzen, nennt man wegen ihrer Bezugnahme auf reale gesellschaftliche Auswirkungen der Strafe **relative Theorien**.
- 9 Man unterscheidet innerhalb der relativen Ansätze zwischen **General- und Spezialprävention**.⁸ Die erstgenannte nimmt die Einwirkung der Strafe auf die Allgemeinheit in den Blick, sei es durch Abschreckung (**negative Generalprävention**) oder durch Wiederherstellung des durch die Straftat erschütterten Rechtsfriedens (**positive Generalprävention**). Bei der Spezialprävention geht es um die Wirkungen der Strafe auf den Bestraften selbst, die als Abschreckung und Sicherung (**negative Spezialprävention**) sowie Besserung bzw. Resozialisierung (**positive Spezialprävention**) beschrieben werden.
- 10 Die klassische, u.a. auf *Kant* und *Hegel* zurückgehende Straftheorie sieht die Legitimation der Strafe dagegen in der **Vergeltung** der Tatschuld, was heute oft als **Schuldausgleich** bezeichnet wird.⁹ Die Strafe trägt ihre Rechtfertigung nach dieser Sichtweise quasi in sich selbst, ohne dass man darüber hinausgehende gesellschaftlich sinnvolle

5 Vgl. *Roxin*, AT I § 3 Rn. 1.

6 Umfassend *Roxin*, AT I § 2 Rn. 7 ff. Zum Prinzip des Rechtsgüterschutzes s. auch unten § 2 Rn. 30 ff.

7 *Seneca*, De ira, liber I, XIX-7, zitiert nach *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 11.

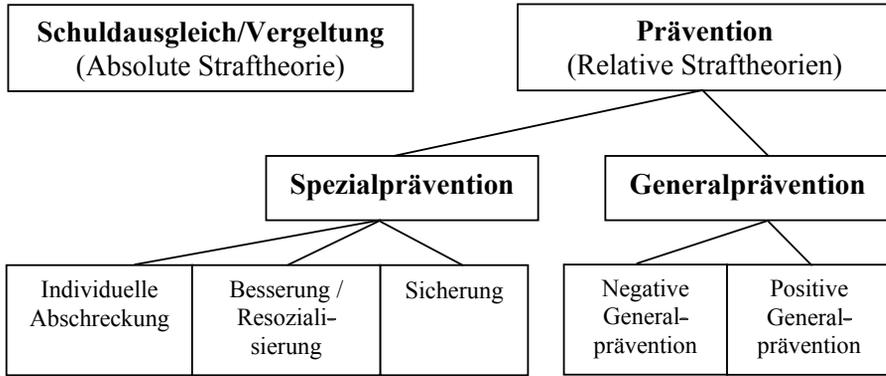
8 S. näher *Roxin*, AT I § 3 Rn. 11 ff.

9 Dazu ausführlich *Roxin*, AT I § 3 Rn. 2 ff.

Ziele wie Prävention verfolgen müsste. Das ist gemeint, wenn von einer **absoluten Theorie** gesprochen wird.

Somit ergibt sich im Überblick folgendes Bild der Straftheorien:

11



Der **Gesetzgeber** hat die Frage der Strafzwecke nicht eindeutig geregelt. Zwar wird in § 46 Abs. 1 S. 1 die **Schuld** als „Grundlage“ der **Strafzumessung** bezeichnet. Das weist aber nur auf eine allgemeine Relevanz von Schuldaspekten hin und beinhaltet keine explizite Regelung des Zwecks der Strafe. In § 46 Abs. 1 S. 2 wird die Wirkung der Strafe auf den Täter und damit ein **spezialpräventiver** Aspekt erwähnt; die in den §§ 44 Abs. 1 S. 2, 47 Abs. 1, 56 Abs. 3 und 59 Abs. 1 erwähnte „Verteidigung der Rechtsordnung“ wiederum ist der **Generalprävention** zuzuordnen.

12

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass heute oft sog. **Vereinigungstheorien** vertreten werden, bei denen absolute und relative Zielsetzungen kombiniert werden. Die Rechtsprechung etwa vertritt in der Sache eine **vergeltende Vereinigungstheorie**,¹⁰ bei der die Schuldvergeltung den Vorrang vor den nur ergänzend zu berücksichtigenden präventiven Zwecken genießt. Dabei stellt sich allerdings stets die Frage, ob durch eine schlichte Kumulation von Zielsetzungen die gleich zu besprechenden Schwächen der einzelnen Ansätze überwunden werden können.

13

Richtigerweise lässt sich die Bestrafung eines Menschen nur auf **präventive Zwecke** stützen.¹¹ Vergeltung, Schuldausgleich oder auch „Tadel“ als Selbstzweck kommen dafür nicht in Betracht. Denn damit wird nur das Wesen der Strafe umschrieben. Die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs setzt aber einen externen, d.h. vom Inhalt der Maßnahme unterscheidbaren Zweck voraus. Darüber hinaus muss der Staat rational diskutierbare und prinzipiell empirisch überprüfbare Zwecke verfolgen. Dies resultiert aus dem verfassungsrechtlichen **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, der auch hier in vollem Umfang Geltung beanspruchen kann.¹² Diesen Anforderungen genügen Vergeltung und Schuldausgleich in keiner Weise.

14

Aber auch die **Spezialprävention** als tragender Strafzweck ist – selbst in Form ihrer oft hervorgehobenen „positiven“ Variante der Resozialisierung – mit **vielfältigen Probleme-**

15

10 Vgl. *Roxin*, AT I § 3 Rn. 33 ff.

11 S. zum Folgenden ausführlich *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit, S. 134 ff. sowie 631 ff.

12 S. dazu sogleich § 2 Rn. 26 ff.

- men verbunden.¹³ Dazu zählen die Bestimmbarkeit der spezialpräventiv sinnvollsten Reaktion sowie die unstrittene Eignung einer Strafe zur „Besserung“ des Bestraften. Nicht zuletzt wäre es mit dem Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung unvereinbar, wenn selbst auf schwerste Straftaten nicht resozialisierungsbedürftiger oder -williger Täter gar nicht reagiert würde. Resozialisierung ist daher unbestritten ein wichtiger **Grundsatz der Vollzugsgestaltung**,¹⁴ kann aber nach hier vertretener Auffassung weder die Strafandrohung noch ihre Verhängung legitimieren.
- 16 Das geltende Strafrecht lässt sich daher am besten mit einer **Kombination aus negativer und positiver Generalprävention** erklären und rechtfertigen. Entgegen der oft geäußerten Kritik beinhaltet das weder einen Verstoß gegen die Menschenwürde noch eine Tendenz zu besonders harter Bestrafung. Gerade weil die empirischen Forschungsergebnisse zur Abschreckungswirkung der Strafe sehr ambivalent sind und offenbar ein breiter Spielraum von Sanktionen existiert, die von der Bevölkerung als Wiederherstellung des Rechtsfriedens akzeptiert werden, zwingt eine an **verhältnismäßiger Generalprävention** orientierte Theorie zur Zurückhaltung bei der Verhängung und Bemessung von staatlicher Strafe.¹⁵
- 17 Folgt man dieser Ansicht, ist eine strikte Trennung zwischen der oben erwähnten **Aufgabe des Strafrechts** und dem **Zweck der konkret verhängten Strafe** nicht mehr sinnvoll durchführbar. Es geht jeweils um **präventiven Rechtsgüterschutz**. Der einzige Unterschied liegt in der zeitlichen Perspektive: Die Strafandrohung steht naturgemäß vor der Tatbegehung und soll zu diesem Zeitpunkt ihre (generalpräventive) Wirkung entfalten. Die Strafe dagegen folgt der Tatbegehung zeitlich nach und realisiert die ursprünglich nur „auf dem Papier“ stehende Strafandrohung. Auf diese Weise soll neben der Abschreckungswirkung gegenüber dem Bestraften wie der Allgemeinheit auch der durch die Tat erschütterte Rechtsfriede wiederhergestellt werden. Dabei ist auf die Art und Schwere des Delikts einzugehen, die das Ausmaß der Rechtsfriedensstörung beeinflussen. Auch hier geht es aber letztlich um die Stabilisierung der Rechtsordnung und damit um Prävention. Zweckfreie Schuldvergeltung kommt aus den eben erwähnten Gründen nicht in Betracht.

Wiederholungsfragen zu § 1 (Grundlagen des Strafrechts)

1. Erläutern Sie den Begriff der Strafe. (Rn. 2 f.)
2. Welche staatlichen Strafen können von den Gerichten verhängt werden und wo sind diese geregelt? (Rn. 3)
3. Was ist mit der „Zweispurigkeit“ des Systems strafrechtlicher Sanktionen gemeint? (Rn. 4)
4. Welche Theorien über die mit staatlicher Strafe verfolgten Zwecke sind Ihnen bekannt? (Rn. 8 ff.)

13 S. die Kritikpunkte bei *Roxin*, AT I § 3 Rn. 16 ff.; *Kaspar*, StV 2014, 250 ff.

14 Vgl. etwa BVerfGE 35, 202. Das ist auch in den Strafvollzugsgesetzen der Länder festgeschrieben, vgl. etwa Art. 2 S. 2 BayStVollzG, wonach der Vollzug „die Gefangenen befähigen [soll], künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Behandlungsauftrag)“.

15 S. näher *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit, S. 636 ff. sowie *ders.*, Gutachten, S. C 23 ff.

§ 2 Prinzipien des materiellen Strafrechts und Strafanwendungsrecht

Nicht nur das Strafverfahrensrecht, sondern auch das materielle Strafrecht wird von (teilweise nicht ausdrücklich gesetzlich geregelten) Prinzipien beherrscht. Die Wichtigsten werden im Folgenden kurz dargestellt. Anschließend wird auf die jeder Prüfung der Strafbarkeit nach dem StGB vorgelagerte Frage eingegangen, ob im konkreten Fall deutsches Strafrecht überhaupt anwendbar ist. 1

I. Prinzipien des materiellen Strafrechts

1. Gesetzlichkeitsprinzip („nulla poena sine lege“)

Das Gesetzlichkeitsprinzip ist in Art. 103 Abs. 2 GG sowie auf einfachgesetzlicher Ebene in § 1 des StGB geregelt.¹ Der identische Wortlaut beider Vorschriften lautet: 2

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

a) Grundlagen

Beim Gesetzlichkeitsprinzip handelt es sich um einen wichtigen rechtsstaatlichen Grundsatz, der durch seine Verankerung in Art. 103 Abs. 2 GG als **grundrechtsgleiches Recht** ausgestaltet ist. Es geht, verkürzt gesagt, um das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“, lateinisch: „nulla poena sine lege“. 3

Zwei **Zielrichtungen** lassen sich unterscheiden. Zum einen soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber (und nicht erst der Rechtsanwender im Einzelfall) über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheidet. Damit sind das **Demokratieprinzip** und der Aspekt der **Gewaltenteilung** angesprochen.² Zugleich soll sich der Bürger durch die Lektüre des Gesetzes darüber informieren können, ob er sich mit seinem Verhalten strafbar macht oder nicht. Hier geht es um **Vertrauensschutz** und **Rechtssicherheit**.³ 4

Der Strafrechtler und Kriminologe *Franz v. Liszt* hat in diesem Zusammenhang das Strafgesetzbuch als „**Magna Charta des Verbrechers**“ bezeichnet.⁴ Dabei kommt zwar die vertrauensschützende Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips gut zum Ausdruck; zweifelhaft ist dagegen die Prämisse, dass dieser Schutz gerade „dem Verbrecher“ zugutekommt. Denn wer sich in einer Weise verhält, die im Strafgesetzbuch oder in sonstigen Gesetzen nicht hinreichend klar als Straftat definiert ist, und sich bei einer gerichtlichen Überprüfung auf das Gesetzlichkeitsprinzip beruft, hat definitionsgemäß gerade kein „Verbrechen“ begangen! Es geht schlicht um die Grenze zwischen legalem und strafbarem Verhalten, auf die sich jeder gegenüber dem Staat berufen kann. Trefender ist es daher, die Strafgesetze vor diesem Hintergrund als „**Magna Charta des Bürgers**“⁵ zu bezeichnen. 5

1 Vgl. auch Art. 7 EMRK.

2 Roxin, AT I § 5 Rn. 20 f.

3 Roxin, AT I § 5 Rn. 19.

4 v. Liszt, Aufsätze und Vorträge II, S. 80.

5 Vgl. Schünemann, Nulla poena sine lege?, S. 1 Fn. 2.

- 6 Das Gesetzlichkeitsprinzip gilt nach herrschender Ansicht nur für die **materiellen Voraussetzungen** der Strafbarkeit⁶ sowie deren Rechtsfolgen,⁷ nicht dagegen für die Frage der **prozessualen Verfolgbarkeit**. Daher wurde die (sehr umstrittene) rückwirkende Aufhebung der Verjährung des Mordtatbestands⁸ vom BVerfG nicht beanstandet.⁹

b) Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips

- 7 Das Gesetzlichkeitsprinzip enthält vier wichtige **Ausprägungen**, die teilweise vom Gesetzgeber, teilweise vom Richter als Rechtsanwender zu beachten sind. Sie lassen sich Art. 103 Abs. 2 GG sowie dem wortgleichen § 1 StGB entnehmen.

aa) Bestimmtheitsgebot („nulla poena sine lege certa“)

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich **bestimmt** war, bevor die Tat begangen wurde“.

- 8 Der Gesetzgeber ist gehalten, im Sinne der oben erwähnten Orientierungsfunktion für den Bürger hinreichend klar zu beschreiben, welches Verhalten strafbar sein soll. Das schließt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und generalklauselartiger Elemente nicht unbedingt aus.¹⁰ Denn ein abstrakt-generelles Gesetz kann naturgemäß nie alle Umstände des Einzelfalls enthalten. Ex ante bestehende Unklarheiten über die Reichweite der Norm lassen sich daher nicht vollständig vermeiden. Auch wird es für ausreichend gehalten, wenn eher unbestimmte Normen (vgl. etwa die Untreue, § 266) im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung präzisiert und konkretisiert werden.¹¹ Das ist eine pragmatische Sichtweise, die aber nicht als Relativierung des verfassungsrechtlichen Auftrags an den Gesetzgeber verstanden werden sollte, von vornherein in hinreichender Weise für Klarheit zu sorgen.
- 9 Unzulässig sind völlig allgemein gehaltene und damit letztlich keinerlei Rechtssicherheit schaffende Generalklauseln wie die früher existierende Strafbarkeit von „grobem Unfug“. Auch der in der Zeit des Nationalsozialismus eingeführte § 2 Abs. 1 RStGB fällt hierunter:

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“.

- 10 Es liegt auf der Hand, dass diese Vorschrift einen eindeutigen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot enthielt.

6 Unumstritten ist die volle Geltung im Bereich der Normen des Besonderen Teils, die die Voraussetzungen der einzelnen Delikte enthalten. Im Bereich des Allgemeinen Teils wird teilweise von einer weniger strengen Geltung ausgegangen, vgl. dazu nur *Roxin*, AT I § 5 Rn. 41 f.

7 S. nur BVerfGE 25, 269 ff. sowie *Kaspar*, Gutachten, S. C 86 ff.

8 Die Unverjährbarkeit des Mordtatbestands wurde eingeführt durch das 16. StrÄG vom 16.7.1979; BGBl. I, 1046.

9 BVerfGE 25, 269 (286 ff.).

10 MüKo-StGB-Schmitz, § 1 Rn. 46.

11 BVerfGE 126, 170 (196 f.).

bb) Rückwirkungsverbot („nulla poena sine lege praevia“)

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“.

Das Gesetzlichkeitsprinzip garantiert weiterhin, dass eine Strafe nur verhängt werden darf, wenn die Strafbarkeit schon vor der Tatbegehung gesetzlich geregelt war. Das lässt sich auch der Regelung zur zeitlichen Geltung in § 2 Abs. 1 entnehmen. Im Bereich des Strafrechts wird besonders darauf geachtet, dass niemand nachträglich für ein ursprünglich legales Verhalten bestraft wird oder eine härtere Strafe als die zum Tatzeitpunkt gesetzlich vorgesehene erhält. Das liegt nicht nur an der gravierenden Freiheitsbeeinträchtigung, die dem Bürger durch Strafe droht, sondern auch an der in historischer Hinsicht durchaus begründeten Angst, dass das Strafrecht für aktuelle politische Zwecke missbraucht wird. Der Rechtsstaat schützt den Bürger also in seinem Vertrauen, nicht von einer ad hoc und willkürlich getroffenen strafrechtlichen Entscheidung überrascht zu werden. 11

Eine Rückwirkung **zugunsten** des Betroffenen ist ohne Weiteres möglich, was auch in § 2 Abs. 3 zum Ausdruck kommt. Wird ein Strafraum bspw. während einer noch andauernden Straftat durch eine Reform gesenkt, ist bei der Aburteilung dieser neue, mildere Rahmen (rückwirkend) anzuwenden. 12

Das Rückwirkungsverbot gilt gem. § 2 Abs. 6 nur für Strafen, aber **nicht** für die **Maßregeln der Besserung und Sicherung**. Hier zeigt sich eine praktisch relevante Konsequenz der Trennung des Sanktionensystems in zwei Spuren. Die rückwirkende Einführung von nachträglicher Sicherungsverwahrung sowie die Aufhebung der 10-Jahres-Höchstgrenze der Sicherungsverwahrung auch für Altfälle wurden nur deshalb nicht als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG angesehen, weil das BVerfG (im Gegensatz zum EGMR)¹² mehrfach entschieden hat, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung nicht um eine „Strafe“ handelt.¹³ Im Hinblick auf die eben erwähnten Grundgedanken des Rückwirkungsverbots wäre eine Einbeziehung der Sicherungsverwahrung in den Schutzbereich von Art. 103 Abs. 2 GG überzeugender gewesen.¹⁴ 13

cc) Analogieverbot („nulla poena sine lege stricta“)

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“.

Rechtsstaatlicher Vertrauensschutz wird auch dadurch gewährleistet, dass die analoge Anwendung einer strafrechtlichen Norm zulasten des Betroffenen nicht in Frage kommt. Das Verhalten muss also noch unter den **möglichen Wortsinn** einer Strafnorm fallen, um eine Strafbarkeit zu begründen. Wird diese **Wortlautgrenze** überschritten, ist der Bereich der verbotenen Analogie erreicht. Als historisches Beispiel kann auf das Abzweigen von elektrischer Energie aus einer fremden Stromleitung verwiesen werden. Das erschien zwar strafwürdig, konnte aber nicht unter § 242 subsumiert werden, da Strom kein körperlicher Gegenstand und damit keine „Sache“ im Sinne der Verbotsnorm ist. Da zum damaligen Zeitpunkt § 248c noch nicht existierte, blieb der Han- 14

12 EGMR, Urteil vom 17.12.2009, 19359/04 (= NJW 2010, 2495); mittlerweile aber differenzierend EGMR, Urteil vom 7.1.2016, 23279/14, insb. Rn. 181 f. (= NJW 2017, 1007 (1013)).

13 S. BVerfG NJW 2004, 739 (744) sowie BVerfG NJW 2011, 1931 (1937).

14 S. dazu *Kaspar*, ZStW 127 (2015), 654 ff. m.w.N.

delnde straffrei. Weder eine rückwirkende Anwendung von § 248c noch eine analoge Anwendung von § 242 kamen vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips in Betracht. In der Zeit zwischen 1935 und 1945 wäre eine Bestrafung dagegen ohne weiteres möglich gewesen aufgrund des damals geltenden § 2 Abs. 2 RStGB, der einen klaren Verstoß gegen das Analogieverbot enthielt:

„Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft“.

- 15 Eindeutiger kann man gesetzliches Unrecht, das willkürliche Bestrafung ermöglicht, kaum formulieren – ganz zu schweigen von dem logischen Fehler, dass hier ein Verhalten als „Tat“ bezeichnet wird, ohne dass klar wäre, anhand welchen Maßstabs dieses Vor-Urteil getroffen werden sollte.
- 16 Auch das Analogieverbot entfaltet seine Wirkung nur in eine Richtung. Normen, die zur Straflosigkeit oder zur Strafmilderung führen, können daher, da sich dies allein **zugunsten des Betroffenen** auswirkt, analog angewendet werden. Voraussetzung für einen derartigen Analogieschluss ist neben der **Vergleichbarkeit beider Sachverhalte** das Vorliegen einer **planwidrigen Gesetzeslücke**; nur dann kann die betreffende Regelung durch einen Analogieschluss auf den zweiten Bereich erstreckt werden. Hierunter fällt z.B. die von manchen vorgeschlagene analoge Anwendung des Selbstbegünstigungsprivilegs bei der Strafvereitelung (§ 258 Abs. 5) auf andere typische Handlungen, mit denen eine eigene Strafbarkeit vermieden werden soll.¹⁵

dd) Verbot von Gewohnheitsrecht („nulla poena sine lege scripta“)

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit **gesetzlich** bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“.

- 17 Schließlich kommt eine Strafbarkeit nur in Betracht, wenn sich dies aus einem **förmlichen Gesetz** ergibt, das vom Gesetzgeber verabschiedet wurde. Strafbegründendes Gewohnheitsrecht ist damit ausgeschlossen. Auch das lässt sich auf den erwähnten Gedanken des Vertrauensschutzes zurückführen, den gerade der „Blick ins Gesetz“ garantieren soll. Das seiner Natur nach nicht ausdrücklich kodifizierte Gewohnheitsrecht gewährleistet keine vergleichbare Rechtssicherheit.
- 18 Auch hier gilt, dass eine Wirkung **zugunsten** des Betroffenen möglich ist, etwa eine auf Gewohnheitsrecht gestützte Rechtfertigung.¹⁶ Das betraf etwa das vor der Einführung von § 1631 Abs. 2 BGB weitgehend anerkannte, aber ungeschriebene Recht von Erziehungspersonen, Kinder aus pädagogischen Gründen maßvoll zu „züchtigen“.

2. Schuldprinzip („nulla poena sine culpa“)

a) Grundlagen

- 19 Das materielle Strafrecht wird weiterhin vom **Schuldprinzip** beherrscht: Keine Strafe ohne Schuld, „nulla poena sine culpa“. Es gilt nach h.M. nur für die Strafe, nicht dagegen für die Maßregeln der Besserung und Sicherung, die durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 62) begrenzt werden und gerade keine Schuld voraussetzen. Das

¹⁵ Vgl. dazu die Nachweise bei *Fischer*, § 258 Rn. 36.

¹⁶ S. dazu *W/B/S, AT* Rn. 404.

Schuldprinzip als solches ist nicht ausdrücklich geregelt. Es wird vom BVerfG unter anderem aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet,¹⁷ was aber nur teilweise überzeugen kann. Das wird dann deutlich, wenn man zwischen den verschiedenen **Funktionen des Schuldprinzips** unterscheidet.

b) Schuldprinzip und Strafbegrenzung

Nachvollziehbar ist es, wenn die **strafbegrenzende Funktion** des Schuldprinzips auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder andere Freiheitsgrundrechte wie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gestützt wird. Denn dies entspricht der klassischen, gegen den Staat gerichteten Abwehrfunktion der Grundrechte. Die Strafe als ein Übel, das zugleich einen Vorwurf enthält, darf danach weder gegen einen Unschuldigen verhängt werden, noch gegen Personen, die für ihr Handeln nicht verantwortlich sind (wie z.B. Volltrunkene oder Kinder). Das ergibt sich auf einfachgesetzlicher Ebene aus den §§ 19 und 20 sowie § 3 JGG.¹⁸ Eine schuldhaft Begehung der Straftat ist eine unverzichtbare Voraussetzung der Strafe, man bezeichnet dies auch als **Strafbegründungsschuld**. Die Schwierigkeit besteht darin, ob und wie die Fähigkeit zu schuldhaftem Handeln präzise definiert und vor allem vor Gericht festgestellt werden kann.¹⁹

Bei der Frage der **Strafzumessungsschuld** geht es nicht um das „Ob“, sondern um das „Wie“ der Strafe. Hier ist die (auch vom BVerfG erhobene) Forderung zu beachten, dass eine Strafe das Maß der durch die Tat verwirklichten Schuld nicht übersteigen darf.²⁰ Es wäre danach bspw. ausgeschlossen, für einen Bagatelldiebstahl eine lange Haftstrafe zu verhängen, sog. **Schuldüberschreitungsverbot**. Auch in dieser Konstellation wirkt sich das Schuldprinzip also strafbarkeitsbegrenzend, damit freiheitsweiternd aus und kann auf die Menschenwürde und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützt werden.

c) Schuldprinzip und Legitimation der Strafe

Das Schuldprinzip hat aber auch eine (aus Sicht des Betroffenen) **negative Kehrseite**. Denn das Postulat einer schuldangemessenen Strafe beinhaltet nach der in der Rechtsprechung vorherrschenden vergeltenden Vereinigungstheorie auch, dass das vom Täter verwirklichte Schuldmaß nicht unterschritten werden darf. Das bedeutet in letzter Konsequenz, dass allein um Vergeltung oder Schuldausgleich willen gestraft werden darf und sogar gestraft werden muss, auch wenn im Einzelfall keinerlei präventive Bedürfnisse bestehen.

Ein solches **Schuldunterschreitungsverbot** im Sinne eines „nulla culpa sine poena“ ist nicht überzeugend. Es kann weder auf die Menschenwürde noch auf andere Freiheitsgrundrechte gestützt werden und lässt sich daher auch nicht als unproblematischer Teilaspekt des Schuldprinzips ausweisen. Denn der Verzicht auf Strafe bzw. die Strafmilderung sind eben gerade keine Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten. Warum sollte eine (vermeintlich) zu milde Freiheitsstrafe die Menschenwürde verletzen? Die Würde des Täters selbst kann dabei nicht ernsthaft gemeint sein, und auch

17 BVerfGE 20, 323 (331).

18 S. unten § 5 Rn. 346 ff.

19 S. unten § 5 Rn. 339 ff.

20 BVerfGE 45, 187 (260).