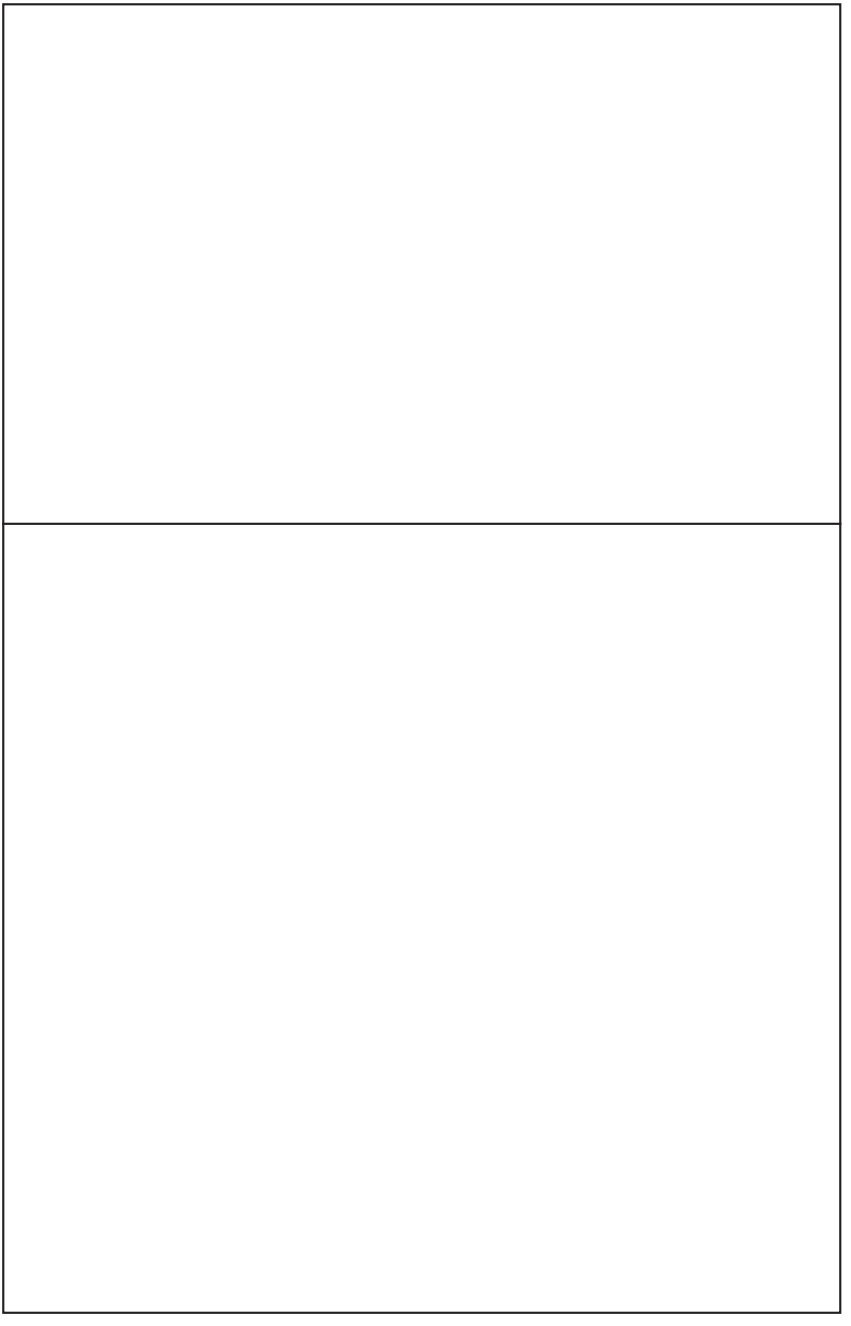
Urs Kindhäuser

Analytische Strafrechtswissenschaft

Nomos



Urs Kindhäuser

Analytische Strafrechtswissenschaft

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 978-3-8487-7039-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-1089-3 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

für
Alexander Hollerbach
in Dankbarkeit

Vorwort

Die in diesem Band enthaltenen Abhandlungen sind über einen Zeitraum von vier Jahrzehnten entstanden. Sie werden durch das ihnen gemeinsame Anliegen verbunden, zur Analyse der „Grammatik" der Allgemeinen Straftatlehre beizutragen, also zu den Regeln, die festlegen, was in der Sprache des Strafrechts sinnvoll gesagt werden kann.[1] Eine analytisch ausgerichtete Strafrechtsdogmatik dient der Klärung, nicht der inhaltlichen Ergänzung oder gar Abänderung des strafrechtlichen Regelsystems. Diese Regeln sind nicht technischer Natur, sie formulieren keine Zweck-Mittel-Relationen, sondern konstituieren die Institution Strafrecht, mag diese auch ihrerseits aus gesellschaftstheoretischer Perspektive funktional betrachtet und kriminalpolitisch instrumentalisiert werden. Die grammatischen Regeln schaffen mit anderen Worten erst die Sprache, durch deren Gebrauch sich Zwecke im institutionellen Rahmen des Strafrechts realisieren lassen.

So können, um ein einfaches Beispiel heranzuziehen, die Spielzüge beim Schach anhand technisch-strategischer Regeln danach beurteilt werden, ob sie z.B. geschickt oder anfängerhaft ausgeführt werden, ob jemand gut oder schlecht spielt. Doch die Regel, mit dem Turm dürfe nur gerade und nicht diagonal gezogen werden, ist konstitutiv für das Spiel und gilt unabhängig davon, zu welchem Zweck ihn der Spieler einsetzt. Wer mit dem Turm diagonal zieht, spielt nicht schlecht, sondern spielt, wenn er überhaupt etwas spielt, jedenfalls nicht Schach. In diesem Sinne gelten auch die Regeln der strafrechtlichen Grammatik unabhängig von den mit der Institution Strafrecht verfolgten Zwecksetzungen, sie lassen sich nicht durch Zweckverfehlung falsifizieren und sind immun gegen Empirie. Insoweit geht es einer analytischen Strafrechtswissenschaft auch und gerade um die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Problem der Rechtsanwendung auf der Nichteinhaltung grammatischer Regeln oder auf den

1 „Grammatik" im Sinne Wittgensteins ist das Gesamtsystem der Regeln einer Sprache, die festlegen, was in ihr sinnvoll gesagt werden kann; vgl. nur *Wittgenstein*, Philosophische Grammatik, Schriften Band 4, 1969, S. 184 ff. und passim; näher hierzu *Glock*, Wittgenstein Lexikon, 2000, Stichwort „Grammatik"; vgl. auch *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980, S. 36 ff.; *Mañalich Raffo*, The Grammar of Imputation, in: Joerden/Schuhr (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka), 27 (2019), S. 411 ff.

Schwierigkeiten bei der Anwendung und Aufstellung technischer Regeln beruht.

Neben dem gesellschaftstheoretischen wie auch kriminalpolitischen Diskurs über die Zwecke des Strafrechts sollte auch eine analytische Strukturtheorie im Rahmen einer „gesamten Strafrechtswissenschaft" ihren Platz haben. Die in diesem Band zusammengefassten Abhandlungen gehen von der Annahme aus, dass Analysen in diesem Sinn zur Klärung strafrechtsdogmatischer Probleme behilflich sein können – es geht nicht darum, ein neues Bild des Strafrechtssystems zu entwickeln. Das durchweg verfolgte Ziel ist vielmehr eine logische, semantische und pragmatische Analyse der Straftat mit dem Ziel, sie nach Maßgabe der Ergebnisse der neueren Handlungs-, Normen- und Kausalitätstheorie zu rekonstruieren. Dass sich hierbei erhebliche Abweichung zur vorherrschenden Doktrin, namentlich zu den Überresten des Finalismus, ergeben, ist allerdings unvermeidlich.

Die Abhandlungen sind jeweils bestimmten Themenbereichen zugeordnet, auch wenn sich vielfältige Verbindungslinien zwischen ihnen aufgrund des weitgehend gleichbleibenden methodischen Instrumentariums bei der Problemanalyse ergeben. Um die innere Geschlossenheit der Beiträge nicht zu beeinträchtigen, habe ich von Kürzungen in den Texten abgesehen; sie sind gegenüber der Erstveröffentlichung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, unverändert abgedruckt. Auch die Zitierweise und die sonstigen Formalia der ursprünglichen Publikation wurden jeweils beibehalten.

Zudem behandeln mehrere Beiträge in diesem Band gleiche oder ähnliche Fragestellungen. In einigen Fällen enthalten spätere Texte Korrekturen oder Modifikationen der früheren Ausführungen – so bei den beiden Untersuchungen zur Einwilligung[2] –, in anderen Fällen werden frühere Analysen in späteren Abhandlungen fortgeführt und präzisiert – so bei der Kausalität die Überlegungen zu einer „Erfolgsbedingung" durch das Konzept der Condicio per quam.[3] Durchweg habe ich nahezu unverändert an dem – nicht selten auf Ablehnung stoßenden – normtheoretischen Ansatz festgehalten, den ich bereits in meiner Schrift „Gefährdung als Straftat" von 1989 vertreten habe. Dies ist nicht dem Wunsch nach besonderer Originalität geschuldet, ich bin vielmehr von seiner wissenschaftstheoretischen Validität überzeugt. Er entspricht im Wesentlichen der von G. H. von Wright, dem Vater der deontischen und modalen Logik, entwickelten

2 Vgl. S. 1089 und S. 1107
3 Vgl. S. 540 f. und S. 624 ff.

Konzeption,[4] die sich m.E. gewinnbringend auf die strafrechtliche Zurechnungslehre mit ihrem charakteristischen Wechsel in der ex-ante- und ex-post-Beurteilung eines Verhaltens übertragen lässt.

Vor nunmehr gut 55 Jahren besuchte ich als Student Alexander Hollerbachs rechtsphilosophisches Seminar und hielt ein Referat über „Norm und Normativität in der analytischen Metaethik". Hollerbach ermunterte mich, auf diesem thematischen Weg weiterzugehen, betreute meine Doktorarbeit und bot mir später die Möglichkeit, mich als Assistent an seinem Institut zu habilitieren. Seine menschliche Wärme, seine intellektuelle Redlichkeit und seine fachliche Kompetenz wurden für mich zum Leitbild eines Wissenschaftlers und Hochschullehrers. Ich widme ihm diesen Aufsatzband in tiefer Dankbarkeit und mit herzlichen Glückwünschen zu seinem 90. Geburtstag im Januar 2021.

4 Insoweit sei beispielhaft verwiesen auf „Regel und Regelbruch im (Straf-)Recht", S. 434.

Inhaltsverzeichnis

Band I: Grundlagen

I.	*Philosophische und kriminalpolitische Grundlagen*	15
	Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft	17
	Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip	44
	Sicherheitsstrafrecht	53
	Sicherheit als Normzweck	69
	Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts	75
	„Wie man Verbrechen vorbeugt“ Zu *Cesare Beccarias* Konzeption der Kriminalprävention	93
	Rechtsgüterschutz und Sicherung der Normgeltung: zu den Zwecken des Strafrechts	109
	Zu einem „kommunikativen“ Straftatmodell	127
	Günther Jakobs und Hans Welzel	144
II.	*Grundbegriffe*	189
	Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale	191
	Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe	216
	Der rechtliche Begriff der Geltung	242
	Sanktionen	247
	Sitte und Brauch – rechtliche Aspekte	262
	Zwang	265
	Rechtsgutsverletzung	270
	‚Gefahr‘ als praktischer Begriff	279

III. Schuld und Strafe 287

Personalität, Schuld und Vergeltung.
Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe 289

Rechtstreue als Schuldkategorie 308

Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“ 343

Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat 366

IV. Handlungs- und Normentheorie 385

Basis-Handlungen 387

Zum Handlungsbegriff 407

Regel und Regelbruch im (Straf-)Recht 434

Norm, Sanktion, Zurechnung 453

Zu Bierlings Theorie der Erlaubnisnormen 466

Zur „Drittwirkung“ strafrechtlicher Verhaltensnormen 481

Zur Funktion von Sorgfaltsnormen 499

V. Kausalität 515

Kausalanalyse und Handlungszuschreibung 517

Zurechnung bei kausaler Überdetermination 543

Zur Kausalität im Strafrecht 563

Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs 591

VI. Deliktstypen, insbesondere Gefährdungsdelikte 639

Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte 641

Besprechung: Niclas Börgers, Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht 660

Besprechung: Eva Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht 666

Besprechung: Wolfgang Beck, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung 669

Band II: Zurechnungslehre und Prozessrecht

VII. Logik der Straftatkonstitution 681

VIII. Objektive Zurechnung 775

IX. Subjektive Zurechnung 839

X. Irrtum und Versuch 965

XI. Rechtswidrigkeit 1053

XII. Beteiligung 1145

XIII. Konkurrenzen 1315

XIV. Prozessrecht 1351

I. Philosophische und kriminalpolitische Grundlagen

Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft

I. Theorie und Praxis

1. Die Strafrechtswissenschaft[1] ist eine praktische Wissenschaft. Ihr Gegenstand, das Strafrecht, wird formal durch seine spezifische Sanktion definiert ist: Strafrecht bezeichnet den Teil der Rechtsordnung, der die Voraussetzungen und Folgen der mit einer Strafe bedrohten Verhaltensweisen regelt. Als wissenschaftliche Disziplin formuliert die Strafrechtswissenschaft dementsprechend die Bedingungen, unter denen sich methodisch erarbeitetes, systematisch geordnetes, objektiv gesichertes, lehr- und lernbares rationales Wissen vom Strafrecht erlangen lässt. Zudem will sie das Strafrecht kritisch prüfen; sie hat dafür Sorge zu tragen, dass das Recht den Menschen und ihren Interessen dient.[2] Ihrem Selbstverständnis nach ist die Strafrechtswissenschaft damit eine zugleich dem geltenden Recht verpflichtete wie auch kritische wissenschaftliche Disziplin. Um diese gegenläufigen Tendenzen ausbalancieren zu können, bedarf sie eines hierzu geeigneten methodischen und begrifflichen Instrumentariums.

Die praktische Aufgabe der Strafrechtswissenschaft ergibt sich in zweierlei Hinsicht. Auf der einen Seite wird der zu erfassende Rechtsstoff im Wege eines institutionalisierten Verfahrens – insbesondere durch die Gesetzgebung – vorgegeben. Auf der anderen Seite soll der Rechtsstoff nach seiner wissenschaftlichen Aufbereitung der legislativen Zielsetzung entsprechend durch die Rechtsprechung rational anwendbar sein. Insoweit

---

1 Die Strafrechtswissenschaft, wie sie im Folgenden dargestellt wird, beruht auf einer Verbindung von Philosophie und Recht, die der Herkunft nach typisch für die kontinentaleuropäische Rechtsfamilie des Civil Law – in Abgrenzung zum Common Law – ist und eine besonders starke Ausprägung im deutschen Recht erfahren hat. *Fletcher*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 236 f., ordnet diesem Kernbereich auch die wissenschaftliche Befassung mit dem Strafrecht zu, wie sie in den romanischen Ländern Spanien, Portugal und Italien sowie in Lateinamerika betrieben wird. Um dieses Zentrum zieht *Fletcher* einen zweiten Kreis, in den er Japan, Korea, Griechenland, Finnland, Polen und die Türkei legt. Der zweite Kreis dürfte allerdings größer sein und jedenfalls auch Georgien, Taiwan und (der Tendenz nach auch) China umfassen.

2 *V. Liszt*, Aufsätze und kleinere Monographien, Bd. 1, hrsg. von Rüping, 1999, S. 214 f., 223.

befasst sich die Strafrechtswissenschaft nicht nur mit dem Inhalt der einschlägigen Normen und Institutionen, sondern auch mit dem sozialen Prozess ihrer Genese, Implementation und Anwendung. Sie vermittelt Verbindungen und Rückkoppelungen zwischen den staatlichen Gewalten der Legislative, Exekutive und Judikative und trägt zur Fortbildung des Rechts wie auch zu Verbesserungen und Korrekturen de lege ferenda bei.

Der vorgegeben enge Rahmen, in dem sich die Strafrechtswissenschaft zwischen parlamentarisch organisierter Kriminalpolitik einerseits und Rechtsprechung andererseits bewegt, besagt allerdings wenig über ihre Nützlichkeit, ihr Selbstverständnis und ihre Gestaltungskraft bei der Bewältigung ihrer Aufgaben. Die Strafrechtswissenschaft kann durchaus auch auf engem Raum ein erhebliches Leistungspotenzial aufweisen, und zwar durch Einlösung des von ihr zu erhebenden Anspruchs, ihre Ergebnisse unter Anwendung wissenschaftlicher Methoden zu erzielen. Wissenschaftlichkeit vermag zum einen institutionelle Schwäche zu kompensieren und zum anderen Existenzberechtigung und Eigenständigkeit zu begründen. Wissenschaftlichkeit ist positiv besetzt, hebt die eigene Stellungnahme von spontanen, singulären und beliebigen Äußerungen ab und erlaubt zugleich Kritik, namentlich die ablehnende Stellungnahme: konkurrierende Behauptungen seien nicht wissenschaftlich, und damit entweder nicht gesichert, inadäquat oder gar unlogisch. Insoweit bedarf es der Klärung, welches – in einem Kantischen Sinne – die Bedingungen der Möglichkeit sind, unter denen die Strafrechtswissenschaft gerade in ihrer Eigenschaft als wissenschaftliche Disziplin mit Rechtsprechung und Gesetzgebung wechselseitig vorteilhaft zusammenleben kann.

2. Wie die theologische und die medizinische Fakultät gehörte die juristische Fakultät zu den drei alten Fakultäten, die für die Praxis und deren Verbesserung auszubilden hatten. Daher versteht sich die Wissenschaft vom Strafrecht traditionell als eine praktische Disziplin, die nicht nur die Voraussetzungen der methodisch überprüfbaren Anwendung rechtlicher Regelungen zum Gegenstand hat, sondern auch zur Begrenzung und Kontrolle legislativer Entscheidungen befähigt und berufen ist. Die Strafrechtswissenschaft will nicht, wovor bereits *Feuerbach*[3] gewarnt hat, einsiedlerisch in einer von ihr selbstgeschaffenen Welt leben. Sie will dem Gesetzgeber als Kontrollinstanz gegenübertreten.[4] Als Maßstab können

---

3 *Feuerbach*, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft (1810), in: Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, 1988, S. 25 ff.

4 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 2. Aufl., S. 331 f.; *Bloy*, in: Loos/Jehle (Hrsg.), Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegen-

der Strafrechtswissenschaft hierzu zum einen verfassungsrechtliche Grundsätze dienen, zum anderen sozialethische Prinzipien, auf denen als Fundament die Institution des staatlichen Strafrechts beruht. Die Strafrechtswissenschaft tritt dann als Verwalterin des Rechts auf, welche die Rechtsidee vor einer Deformation durch den Gesetzgeber bewahrt und so die rechtsunterworfenen Bürger vor Willkür und inadäquatem Strafen schützt.[5]

Ferner kann die Strafrechtswissenschaft kritisch überprüfen, ob legislative Entscheidungen mit den empirischen Gegebenheiten soziologischer, psychologischer und biologischer Natur zu vereinbaren sind.[6] Allerdings fehlen der Strafrechtswissenschaft die wissenschaftlichen Instrumentarien, um empirische Befunde feststellen und bewerten zu können. Sie hat insoweit nur die Möglichkeit, die Ergebnisse der empirischen Nachbarwissenschaften aufzugreifen und auf diese zu verweisen. Dies gilt im Übrigen auch für empirische Behauptungen, die sie auf ihrem eigenen Gebiet aufstellt, etwa hinsichtlich der biologischen und psychologischen Voraussetzungen strafrechtlicher Schuldunfähigkeit. Wenn diese nicht wissenschaftlich ungesichert erfolgen sollen, müssen sie durch die empirischen Wissenschaften hinreichend bestätigt sein.

3. Die gesamte Praxis des Strafrechts ist rechtsethischen Grundwerten verpflichtet und steht unter dem Postulat der Gerechtigkeit, die zur Anschauung und Geltung zu bringen ist. Insoweit muss die Strafrechtswissenschaft auch zur Legitimation der staatlichen Institution einer Übelszufügung in Form von Kriminalstrafe beitragen. Wie die Rechtswissenschaft insgesamt, so lässt sich auch die Strafrechtswissenschaft als ihr Teilgebiet nicht auf eine Sozialtechnologie reduzieren, sondern erhebt den Anspruch, als „Gerechtigkeitswissenschaft" dem Menschen zu dienen. Sie muss eine Antwort darauf geben, welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht, und damit prüfen, ob das jeweils geltende Strafrecht mit der normativen Struktur der Gesellschaft übereinstimmt. Um

---

wart, 2007, S. 33 ff.; *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 19, 40 ff.; *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004, S. 48 ff.; *Pöcker*, Rechtstheorie 37 (2006) S. 155 f.

5 *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 2007, S. 353; *Engisch*, in: Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, 1988, S. 271; *Frisch*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 167, 174.

6 So die grundlegende Forderung von *v. Liszt* (Fn 2), S. 294 f.; ferner *Hassemer*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 37 ff.; *Hilgendorf*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11, 2003, 98; *Kuhlen*, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 83 f.

dies leisten zu können, muss die Strafrechtswissenschaft das normative Selbstverständnis der Zeit analysieren und die leitenden Prinzipien der strafrechtlichen Normen und Zurechnungsregeln auf den sie legitimierenden Grund zurückführen.

4. Die Strafrechtswissenschaft muss sich – auch wegen ihres Praxisbezugs – der Frage stellen, worin der genuin wissenschaftliche Gehalt ihrer Beiträge zur Kriminalpolitik und zur Rechtsanwendung bestehe. Denn die bloße Aufbereitung der rechtlichen Grundlagen für praktische Entscheidungen ist als solche ebenso wenig eine wissenschaftliche Tätigkeit wie die Anwendung technischer Regeln durch einen Handwerker.[7] Auch die Formulierung kriminalpolitischer Forderungen und kritischer Stellungnahmen gegenüber dem Gesetzgeber haben zunächst noch keinen wissenschaftlichen Charakter.[8] Auslegung und Kritik des geltenden Rechts sowie die Kontrolle seiner Anwendung müssen somit in einer spezifischen Art und Weise erfolgen, die dem Anspruch der Wissenschaftlichkeit genügt. Eine Mindestvoraussetzung hierfür ist, dass die Strafrechtswissenschaft verallgemeinerungsfähige Aussagen zu erarbeiten vermag, und zwar nicht nur wegen ihres Anspruchs auf Wissenschaftlichkeit, sondern auch mit Blick auf die praktische Verwertbarkeit ihrer Ergebnisse.[9]

Von ihrer Aufgabenstellung und ihrem Selbstverständnis her ist die Strafrechtswissenschaft jedoch keine homogene wissenschaftliche Disziplin. Sie umfasst vielmehr methodisch und erkenntnistheoretisch höchst unterschiedliche Teilbereiche, die jeweils spezifischen wissenschaftlichen Kriterien gerecht werden müssen, auch wenn sie in der Sache häufig ineinander übergehen und in die Bildung komplexer Theorien münden. Aus wissenschaftstheoretischer Sicht sind zumindest vier solcher Teilbereiche für die Strafrechtswissenschaft konstitutiv:

(1) Dogmatik: An erster Stelle steht die Strafrechtswissenschaft im engeren Sinne, die sog. Strafrechtsdogmatik. Sie formuliert und begründet die Bedingungen, unter denen das jeweils geltende Strafrecht den anerkannten Paradigmen entsprechend anzuwenden ist (hierzu unten III.).

(2) Rechtstheorie: Um widerspruchsfrei, logisch korrekt und begrifflich exakt arbeiten zu können, muss die strafrechtliche Dogmatik die Ergebnisse der allgemeinen Wissenschaftstheorie und der spezifischen Rechtstheorie beherrschen und beachten. Insoweit gehört zur Strafrechtswissenschaft

---

7 *v. Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, 1964, S. 14 f.; *Hruschka*, JZ 1985, 9.

8 *Merkel*, Grünhuts Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart 1874, 405 f.

9 *Erb*, ZStW 113 (2001), 1 ff.

auch eine rechtstheoretische Metadogmatik des Strafrechts im Sinne einer logisch-analytischen Grundlagenforschung. Ihr Ziel ist insbesondere eine Strukturtheorie des Strafrechts, die das Zusammenspiel der das Strafrecht konstituierenden Regeltypen analysiert (hierzu unten IV.).

(3) Empirie: Die Anwendung rechtlicher Regeln erfordert das zutreffende Erfassen der natürlichen und gesellschaftlichen Tatsachen, an die das Recht als Sollensordnung anknüpft und die es für bewahrens- oder veränderungswürdig hält. Dieser Bereich kann als empirische Rechtstatsachenforschung bezeichnet werden (hierzu unten V.).

(4) Philosophie: Schließlich gehört zur Strafrechtswissenschaft die materielle Grundlagenforschung, die sich mit den Paradigmen und Grundbegriffen auseinandersetzt, an denen die Theorien der Rechtsanwendung auszurichten sind. Zur materiellen Grundlagenforschung zählt insbesondere die inhaltliche Bestimmung der Konzepte von Schuld und Strafe (hierzu unten VI.).

Jeder dieser vier genannten Bereiche besitzt eine ihm eigene Stringenz. Und folglich bindet jeder dieser Bereiche kraft seiner genuinen Wissenschaftlichkeit in unterschiedlichem Maße den Gesetzgeber einerseits und die Rechtsprechung andererseits.

II. Historischer Abriss

1. Zur Wissenschaft vom Strafrecht gehört die Analyse des normativen Selbstverständnisses einer Zeit, die Rückführung des Zusammenhangs der Rechtsinstitutionen auf den sie legitimierenden Grund. Denn dieser Grund steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sofern die Gesetze auch in ihrer Zeit wirkungsmächtig werden sollen. Die Wissenschaft verbindet das Recht mit dem Geist ihrer Zeit und ordnet und deutet es aus diesem Geist. Dementsprechend kann das Recht je nach Zeit höchst unterschiedliche Legitimations- und Ordnungsgründe haben. Die Strafrechtswissenschaft ist in einen spezifischen Überlieferungszusammenhang eingebunden, in dem sich ihre Aufgaben und Methoden herausgebildet haben. Nach ihrem heutigen Selbstverständnis sieht sich die Strafrechtswissenschaft als eine rationale Wissenschaft, die einer säkularen und liberalen Staatstheorie verpflichtet ist. Die Wurzeln dieses Denkens gehen auf eine Zeit zurück, in der sich das auf Gott bezogene Weltbild der mittelalterlichen Ordnung auflöste und das Recht sein theologisch begründetes

Fundament verlor.[10] In Anpassung an die kulturelle Entwicklung der Gesellschaft mussten die wissenschaftlichen Plausibilitätsstandards der Zeit in das Recht integriert werden. Das Recht im Allgemeinen und das Strafrecht im Besonderen fanden als Boden, auf dem sich ihre Prinzipien und Regeln hinreichend rational legitimieren ließen, die zunehmend weltlich orientierte und durch Vernunft geprägte Natur des Menschen.[11]

Wie freilich die Natur des Menschen zu verstehen ist und welche Konsequenzen aus diesem Verständnis für die Begründung des Staates und der staatlichen Strafe zu ziehen sind, beantworteten die Vertreter der Naturrechtslehre durchaus unterschiedlich.[12] *John Locke* geht noch von einem Schöpfergott aus und kann damit den Naturzustand als normativ durchwirkte Schöpfung deuten.[13] In diesem so verstandenen Naturzustand existieren zur Durchsetzung der Rechte erster Ordnung auch Rechte zweiter Ordnung, zu denen ein natürliches Strafrecht zählt, mit dessen Hilfe sich Menschen davon abhalten, sich gegenseitig in ihren Rechten zu beeinträchtigen und einander Schaden zuzufügen.[14] Da die Menschen die Rechte erster Ordnung behalten, die Rechte zweiter Ordnung aber an den Staat abtreten sollen, kommt dem staatlichen Strafrecht die Aufgabe zu, die Rechte und Sicherheit der Menschen zu gewährleisten. Insoweit lässt sich der Staat interpretieren als künstliche Veranstaltung zur Sicherung der natürlichen Gesetze.[15]

Bei *Thomas Hobbes* unterwerfen sich die als rationale Egoisten interpretierten Menschen dem staatlichen Souverän, um den Gefahren, die sich aus ihrem wesensmäßig friedlosen Naturzustand ergeben, zu entkommen.[16] Bei dieser Sicht ist die Strafe ein Übel, das der Souverän zur

---

10 Hierzu *Neiman*, Evil in Modern Thought, 2002, S. 3 ff., 36 ff.; *Oehler*, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, 1950, S. 44 ff., S. 81 ff.; *Winkler*, Geschichte des Westens, 2009, S. 226 ff.

11 *Nagler*, Die Strafe, Bd. 1, 1918, S. 291; *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 144; *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 25 f.

12 Zum Zusammenhang der Begründung von Staat und Strafe in dieser Zeit *Hüning*, in: Kesper-Biermann/Klippel (Hrsg.), Verbrechen und Strafen. Soziale, rechtliche, philosophische und literarische Aspekte von Kriminalität im Mittelalter und der frühen Neuzeit, 2007, S. 77 ff.

13 *Locke*, Über die Regierung, hrsg. von Mayer-Tasch, 1974, Kapitel II, Abschnitte 4 und 5, S. 6 f., Kapitel IX, Abschnitte 123 ff., S. 95 ff.

14 *Locke* (Fn 13), Kapitel II, Abschnitt 7, S. 7.

15 *Locke* (Fn 13), Kapitel VII, Abschnitte 88 f., S. 66 ff.; hierzu *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006, S. 206.

16 *Hobbes*, Leviathan, hrsg. von Fetscher, 1984, 17. Kapitel, S. 131 ff.

Abschreckung und Herstellung von Gehorsam einsetzt, um den gesellschaftlichen Frieden zu sichern.[17] Die Staatsgewalt umfasst alles, was der Friedenssicherung dient und kennt damit keine innere Begrenzung: Jeder Anlass zum Unfrieden – sei es durch anstößiges Verhalten, sei es durch politische oder religiöse Meinungsäußerungen oder sei es durch Verletzung der Rechte anderer – kann Gegenstand eines strafbaren Delikt sein.

Für *Pufendorf* ist der Mensch ein auf Selbsterhaltung angelegtes Lebewesen, das die Gemeinschaft mit anderen sucht, um überall drohenden Gefahren zu begegnen.[18] Aus der Notwendigkeit, in Gemeinschaft zu leben, folgt das Grundprinzip des Naturrechts, demzufolge jeder verpflichtet ist, die Gemeinschaft nach Kräften zu schützen und zu fördern.[19] Nach diesem naturrechtlichen Verständnis ist die Förderung des Gemeinwohls der maßgebliche Grund für den staatlichen Zusammenschluss und die Unterstellung des Einzelnen unter einen Souverän. Von diesem Strafzweck wird auch die Aufgabe des Strafrechts abgeleitet: Die Strafe ist primär ein Instrument der Prävention zur Sicherung und Förderung des Allgemeinwohls.[20] Zu dieser Aufgabe gehört auch die sittliche Erziehung der Bürger.[21] Die Ausrichtung am gemeinen Wohl führt damit zu einer umfassenden Strafgewalt, die – wie bei *Hobbes* – keine innere Begrenzung kennt.

*Pufendorf*s Betonung der socialitas lieferte die gesellschaftstheoretische Grundlage für ein in den absolutistischen Wohlfahrtsstaat eingepasstes Verständnis der Aufgabe des Strafrechts. Die Wissenschaft vom Strafrecht hatte sich um die Interpretation und Systematisierung des Rechtsstoffs zu kümmern. Die dem Recht zugrundeliegende Vernunft war mit Hilfe wissenschaftlicher Methoden aufzudecken und in eine systematische Ordnung zu bringen.[22] In diese Richtung geht auch das Postulat Christian Wolffs, dass jeder Bürger im Staat verpflichtet sei, das Wohl und die

---

17 *Hobbes* (Fn 16), 28. Kapitel, S. 237 ff.

18 *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, S. 47 f.; hierzu auch *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 24 f.

19 *Pufendorf* (Fn 18), S. 47 f.

20 *Frisch*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 179; *Klippel*, in: Lück (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum, 1998, S. 80 f.; *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S. 94.

21 *Pufendorf* (Fn 18), S. 187 f.; hierzu auch *Reulecke*, Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, 2007, S. 119.

22 *Braun* (Fn 15), S. 278 f.; *Hofmann*, in: FS Roellecke, 1997, S. 119 f.; *Schuhr*, Rechtsdogmatik und Wissenschaft, 2006, S. 38 f.; *Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1963, S. 309 f.

Sicherheit des Gemeinwesens nach Maßgabe seines Standes und seines Vermögens zu unterstützen.[23] Entscheidend und folgenreich war für die Strafrechtswissenschaft in dieser Epoche des Naturrechts die Anbindung des Strafrechts an die rechtsphilosophische Staats- und Gesellschaftstheorie. Das Strafrecht wurde hinsichtlich seines Inhalts wie auch seiner Legitimation zum Bestandteil einer rational zu entfaltenden Staatsphilosophie. Diese Einbindung des Strafrechts in die moderne Staats- und Rechtsphilosophie gab der Wissenschaft vom Strafrecht wegweisende Rationalitätsimpulse.

2. Die Einbindung der Strafrechtswissenschaft in die allgemeine Staats- und Rechtsphilosophie hatte ein Jahrhundert später zur Konsequenz, dass auch das Staatsverständnis der idealistischen Philosophie unmittelbar auf die Strafrechtswissenschaft durchschlug. Für *Tittmann* ist die Strafrechtswissenschaft eine „rein philosophische Wissenschaft"; sie hat nur das „Vernunftgesetz zur Quelle", das positive Recht ist allein Gegenstand der „Strafgesetzkunde".[24] Dies führte von der Autorität des Althergebrachten und der tradierten Gerichtspraxis zu der von *Kant* inspirierten Frage *Feuerbachs* nach den Bedingungen der Möglichkeit und Grenzen des natürlichen Rechts in seiner Kritik des natürlichen Rechts (1796). Für das herkömmliche Strafrecht steht der Name Benedikt Carpzov (1595 -1666), der in seinem von 1635 bis 1758 immer wieder neu aufgelegten Hauptwerk Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium (1635) die Rechtsprechung in Sachsen, das römische Recht, die italienische Jurisprudenz und die Constitutio Criminalis Carolina zusammenführte; auch Kirchenväter, die Bibel und kanonisches Recht findet sich bei ihm kompilatorisch aufgelistet. Die einzelnen Rechtsmeinungen wurden ausführlich dargestellt und nach den für und gegen sie sprechenden Argumenten gewichtet.

In den staatlichen und gesellschaftlichen Umbruchphasen des ausgehenden 18. Jahrhunderts gilt dieses tradierte Verständnis des Strafrechts und seiner Darstellung nunmehr als veraltet und in hohem Maße reformbe-

---

23 *Wolff*, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen, 4. Aufl.1736, Nachdruck Frankfurt/Main 1975, §§ 1, 213, 217 und passim. Sinngleich Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794, Einleitung § 73. Zur Verknüpfung von Rechtswissenschaft und System bei Wolff *Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, S. 82 ff.

24 *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der Strafgesetzkunde, 1. Theil, 1806, S. 5.

dürftig. Mit großem Einfluss kämpfen *Beccaria*[25] und *Hommel*[26] für eine humane Kriminalpolitik. Auch für *Feuerbach* sind die Carolina und die Gesetzbücher des Absolutismus von einer unangemessenen Strenge geprägt, welche sich nicht selten bis zur Grausamkeit steigert. Die Deliktskataloge waren unsystematisch angelegt, vermengten leichte und schwere Kriminalität und wiesen nicht unerheblichen Lücken auf. Deshalb milderte die Rechtsprechung als zu hart empfundene Rechtsfolgen und schärfte als zu milde angesehene Strafen; ferner konstruierte sie sog. „delicta extraordinaria", die als ungeschriebene Delikte strafwürdige, aber gesetzlich nicht erfasste Taten erfassen sollten.[27]

Dem setzten die Vertreter der idealistischen Philosophie ein von Grund auf anderes Konzept des Rechts und des Staates entgegen. Maßgebliche Autorität ist nicht mehr das Althergebrachte, sondern die alles in Frage stellende Vernunft. Ein Staat, wie er *Kant* vorschwebt, ist verpflichtet, die individuellen Handlungssphären seiner Bürger zu schützen und Rechtszwang nur zur Überwindung von Hindernissen der Freiheit einzusetzen.[28] Die Beförderung von allgemeiner Wohlfahrt und sittlicher Vervollkommnung des Einzelnen sind keine rechtlichen Kategorien mehr.[29] Sittliches Handeln ist vielmehr Gegenstand der Vernunftpflicht des Einzelnen, für deren Erfüllung der Staat nur die äußeren Bedingungen zu gewährleisten hat.

In der Strafrechtswissenschaft führt diese Absage an den Sittlichkeitsstaat zu der Forderung *Feuerbach*s, dass der Staat mit dem Instrument des Strafrechts ausschließlich die wechselseitige Freiheit aller Bürger sichern dürfe.[30] Die Strafe muss damit nicht nur als soziale Institution, sondern

---

25 *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen. Nach der Ausgabe von 1766, übersetzt und hrsg. von Alff, 1998.

26 *Hommel*, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht (1784), zitiert nach Rüping, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht aus den Hommelischen Handschriften, 1998.

27 Näher hierzu *Hruschka*, in: FS Puppe, 2011, S. 18 f.; *Schmidt* (Fn 11), S. 166 ff.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft, 1930, S. 39 ff.

28 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, Einleitung in die Rechtslehre §§ C ff., S. 229 ff., Rechtslehre §§ 43 ff., S. 311 ff.; näher *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 181 ff.

29 Beispielhaft *Fichte*, J. G., in: Fichte, I.H. (Hrsg.), Sämtliche Werke Bd. 6, 1845 – 1846, S. 9; *Humboldt*, in: Leitzmann/Gebhardt (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1903, S. 177; hierzu auch *Klippel* (Fn 20), S. 93 ff.

30 *v. Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799 (Nachdruck Aalen 1996), Bd. 1, S. 39.

auch gegenüber dem Straftäter, in dessen Freiheit durch Bestrafung eingegriffen wird, als vernünftig legitimiert werden. Wie *Pufendorf* bestimmt auch *Feuerbach* Inhalt und Legitimation des Strafrechts mit Blick auf den Zweck der staatlichen Ordnung. Jedoch reduziert *Feuerbach* den Staatszweck unter Berufung auf *Kant* auf den Schutz der äußeren Freiheit des Einzelnen und negiert die Berechtigung des Strafrechts, die sittliche Ordnung zu garantieren.[31] Die sittliche Ordnung verwirklicht sich vielmehr von allein, wenn der Staat die erforderliche Freiheitssicherung durchsetzt. Mit Strafe geahndet werden darf grundsätzlich nur die Verletzung negativer Pflichten, also der verbotene Eingriff in die rechtlich garantierte Freiheit anderer. Die Strafbarkeit der Verletzung positiver Pflichten, die den Schutz oder die Verbesserung der Lage eines anderen zum Gegenstand haben, setzt dagegen zusätzlich voraus, dass die betreffende Pflicht auf einem besonderen Rechtsgrund beruht; moralische Verbindlichkeiten als solche genügen zur Begründung nicht.[32]

Beherrschend für die Strafrechtswissenschaft wurde jedoch für gut ein halbes Jahrhundert die Rechts- und Staatsphilosophie *Hegel*s, allerdings bisweilen in durchaus eigenwilliger Interpretation. Für *Hegel* ist das Verbrechen als Negation des Rechts „in sich nichtig" und wird durch die Strafe wiederum negiert. Durch eine solche Negation der Negation des Rechts wird das Recht wiederhergestellt, wobei die Strafe in ihrer Höhe dem Unwert des Verbrechens entsprechen muss.[33] *Hegel* lässt präventive Gesichtspunkte zu, die in das Strafmaß nach Maßgabe der Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft einfließen können.[34] Dieser präventive Gedanke wird insbesondere von *Köstlin* aufgegriffen, der die Strafe nicht nur als Vergeltung der Schuld des Täters, sondern auch als Mittel der Abwehr von Gefahren begreift, die vom konkreten Verbrecher, aber auch von Dritten, denen die Straftat Beispiel ist, drohen.[35] Solche spezial- und generalpräventive Aspekte dürfen jedoch den von der Schuld des Täters gesteckten Rahmen nicht überschreiten.[36]

---

31 *v. Feuerbach*, (Fn 30), Bd. 1, S. 24, 31 f.; Bd. 2, S. 215; *ders*, Anti-Hobbes, 1798 (Nachdruck 1967), S. 46 f.

32 *v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, § 23.

33 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1820/21, in: Glockner (Hrsg.), Hegel, Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe in 20 Bänden, Bd. 7, 1988, §§ 95, 97, 99, 101.

34 *Hegel* (Fn 33), § 218.

35 *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845, S. 676 f.

36 *Köstlin* (Fn 35), S. 414.

3. Die Strafrechtswissenschaft ist seit der Zeit des Naturrechts bis tief in das 19. Jahrhundert hinein durch die Rezeption der allgemeinen Rechts- und Staatsphilosophie geprägt. Von dort erhielt sie die Anstöße, die sie zu einer säkularen, rationalen und – seit *Feuerbach* – auch kritischen Wissenschaft machten. *Binding* charakterisierte deshalb zu Recht die Strafrechtswissenschaft als „Spross der Philosophie".[37] Die Philosophie galt als eine der Quellen des Strafrechts, und dessen allgemeinen Regeln wurden gewöhnlich als „Philosophischer Teil" bezeichnet.[38] Die Zurechnungslehre der praktischen Philosophie und philosophische Bestimmungen strafrechtlicher Grundbegriffe gehörten ebenso zur Strafrechtswissenschaft wie Reflexionen über das Wesen und die Strafwürdigkeit von Verbrechen.

An der Wende zum 20. Jahrhundert traten dagegen die empirischen Wissenschaften ihren Siegeszug auch auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft an und wollten diese von der „Knechtung des Rechts unter die Philosophie" befreien.[39] Der mit ihnen verbundene Positivismus wurde – jedenfalls in Deutschland – durch umfassende Kodifikationen, die teils bislang ungeschriebene allgemeine Grundsätze in Gesetzesform brachten, noch erheblich begünstigt. Der Rückgriff auf die Philosophie sollte allenfalls noch zur Erarbeitung einer Auslegungslehre erlaubt sein.[40] Jede Ausweitung des geltenden Rechts mit Hilfe philosophischer Theorien wurde dagegen scharf abgelehnt. Programmatisch (und vor allem gegen die Hegelianer gerichtet) forderte *Loening*, dass die Strafrechtswissenschaft allein der „Erkenntnis des bestehenden, positiven gültigen Rechts in seinem ganzen Umfang und in seiner ganzen Tiefe" dienen soll.[41]

Ende des 19. Jahrhunderts trennt *Binding* streng die Dogmatik des geltenden Rechts von der kritischen Aufgabe des Strafrechts durch kriminalpolitische Stellungnahmen und lässt für Letzteres auch philosophische Betrachtungen über die Vernünftigkeit rechtlicher Regelungen zu. Die Strafrechtswissenschaft bleibt also hier noch auf der Suche nach dem legitimierbaren Recht.[42] Aber auch die Interpretation des geltenden Strafrechts soll aus geschichtlichen Zusammenhängen und dem gesamten

---

37 *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, Bd. 1, S. 7.

38 Vgl. nur *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Strafrechts, 14. Aufl., 1847, § 5; *Tittmann* (Fn 24), § 5; hierzu auch *Kesper-Biermann*, Einheit und Recht, 2009, S. 102 ff.; *Vormbaum* (Fn 11), S. 72 ff.

39 *Nagler*, Die Strafe, Bd. 1, 1918, S. 292 f.

40 *Binding* (Fn 37), Bd. 1, S. 35.

41 *Loening* ZStW 3 (1883), 219 ff., 223, 256.

42 *Binding* (Fn 37), Bd. 1, S. 13 ff.

Rechtssystem, nicht aus der Alltagssprache und dem Rechtsleben einer bestimmten Zeit erschlossen werden.[43]

Während *Binding* noch in bürgerlich-liberalen Modellvorstellungen denkt, dass unter gerechten Verhältnissen die Gesellschaft im stabilen Gleichgewicht bleibe, negiert sein wissenschaftlicher Antipode *v. Liszt* jegliche Berechtigung „metaphysischer Spekulation".[44] Die vom Strafrecht geschützten und zu schützenden Rechtsgüter sollten durch abstrahierende Logik aus dem positiven Recht gewonnen und lediglich zur Systematisierung des Rechtsstoffs verwendet werden.[45] Externe, philosophisch begründete Maßstäbe zur Kritik des geltenden Rechts waren damit der Rechtswissenschaft aus der Hand genommen. Vielmehr richtete sich der wissenschaftliche Blick auch auf die Praxis des Strafrechts. *v. Liszt* will die sozialen Auswirkungen des Strafrechts unter den Bedingungen fortschreitender Industrialisierung empirisch berechnen und kontrollieren können. Er propagiert eine Strafrechtswissenschaft, die auch die kriminologische Ursachenforschung des Verbrechens betreibt. Strafe kann sich nach *v. Liszt* allein durch ihren (positiven) Effekt legitimieren. Gerecht ist nur eine notwendige Strafe. Sie muss den besserungsfähigen Täter bessern, den nicht besserungsbedürftigen Täter abschrecken und den nicht besserungsfähigen Täter unschädlich machen können.[46] Die Straftat selbst wird nicht mehr – wie bei den Hegelianern – als Sinnausdruck einer zurechnungsfähigen Person, sondern nur noch als kausales Phänomen, als Veränderung in der Außenwelt, die auf menschlichem Wollen beruht, verstanden.[47]

Im Zuge allgemeiner kriminalpolitischer Reformbestrebungen fordert *v. Liszt* in seinem sog. Marburger Programm die Möglichkeit einer stärkeren Individualisierung der Strafzumessung, um so das veraltete Straffolgensystem des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 zu korrigieren. Er tritt für eine deutliche Trennung des Erwachsenen- vom Jugendstrafrecht ein und wendet sich scharf gegen kurzfristige Freiheitsstrafen, die den Verbrecher eher weiter verderben als verbessern.[48] In der Konsequenz der Gedanken *v. Liszt*s liegt eine Ersetzung des Tatstrafrechts durch ein Täterstrafrecht und die Abkehr von der Schuldvergeltung zur reinen Gefahrenprävention. Da das Täterstrafrecht jedoch in der Zeit des Nationalsozialismus Dominanz

43 *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 1902, S. 3.
44 *v. Liszt* (Fn 2), Bd. 1, S. 133.
45 *v. Liszt* (Fn 2), Bd. 1, S. 221 ff.
46 *v. Liszt*, ZStW 3 (1883), 34.
47 *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl., 1891, S. 119.
48 Grundlegend *v. Liszt* (Fn 46), S. 1 ff.

gewinnt – Verbrechen als Gesinnungsverfall, Feindschaft und Verrat –, wird es nach dessen Ende als ideologische Verirrung angesehen und völlig abgelehnt.

4. Der positivistischen, naturwissenschaftlichen Orientierung *v. Liszt*s stellt *Welzel* in der Mitte des 20. Jahrhunderts mit großem Einfluss auf Theorie und Praxis ein wertphilosophisch und anthropologisch geprägtes Verständnis der Straftat entgegen.[49] Wie die Hegelianer betont *Welzel* wieder den sozialen Sinn der Straftat,[50] reduziert diesen aber auf individuelle menschliche Zwecktätigkeit. Das Verbrechen wird begriffen als finales Verhalten, das bei der vom Täter verlangten Wertentscheidung vermeidbar gewesen wäre.[51] Die soziale Bedeutung gewinnt bei *Welzel* noch an anderer Stelle Bedeutung. Er bewertet Verhaltensweisen, die formal unter die Beschreibung eines Delikts fallen, nicht als Unrecht, wenn sie sozial adäquat sind, also im gesellschaftlichen Leben üblich und unauffällig sind. Dieser Ansatz hat in der Folgezeit unter dem Stichwort der objektiven Zurechnung erhebliche Bedeutung erlangt.[52] Objektive Zurechnung bedeutet, nach der Verantwortlichkeit für schädigende Verhaltensweisen zu fragen. Bloße Verursachung eines Schadens reicht zur Begründung strafbaren Unrechts nicht aus, schon deshalb nicht, weil strafbare Unterlassungen nicht auf einem aktiven Eingriff in einen Geschehensverlauf beruhen, sondern die Zuständigkeit für das unterlassene Verhindern des Verlaufs zum Gegenstand haben. Aber auch aktive Verursachung begründet noch keine strafbare Verantwortlichkeit für einen Schadensverlauf, wenn dieser – etwa bei Einwilligung oder einem Handeln auf eigene Gefahr – vom Geschädigten selbst zu vertreten ist.

5. In kriminalpolitischer Hinsicht blieben die Bemühungen der Strafrechtswissenschaft in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg nicht ohne Wirkung.[53] So wurde etwa das moralisierende Sexualstrafrecht durch ein an bestimmten Rechtsgütern – etwa Jugendschutz, sexuelle Selbstbestimmung – ausgerichtetes Strafrecht ersetzt. Es wurde ein spezifisches Wirtschafts- und Umweltstrafrecht geschaffen. Im Allgemeinen Teil wurden die Notrechte systematisch erfasst und die Irrtumsregelungen überarbeitet. Zurückhaltend kritisch bis scharf ablehnend steht die Strafrechts-

---

49 Grundlegend *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 ff.

50 Näher hierzu *Loos*, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 486 ff., 504 f.

51 *Welzel* (Fn 49), S. 561 f.

52 Näher hierzu *Cancio Meliá*, GA 1995, 179 ff.

53 Vgl. *Maihofer*, in: Baumann (Hrsg.), Das Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 116 ff.

wissenschaft insbesondere der permanenten Expansion strafrechtlicher Tatbestände und der damit verbundenen Schaffung von Gefährdungsdelikten gegenüber. Hinter dieser Kritik steht die grundsätzliche Auffassung, dass das Strafrecht als schärfstes staatliches Mittel nur als „ultima ratio" der Sozialkontrolle eingesetzt werden dürfe.

Die heutige Strafrechtswissenschaft ist überwiegend positivistisch ausgerichtet, soweit es um die Erkenntnis, Auslegung und systematische Ordnung des Rechtsstoffs geht, auch wenn die Naturrechtslehre und die idealistische Philosophie noch deutliche Spuren im Rechtsverständnis und in den Prinzipien und Grundbegriffen der strafrechtlichen Zurechnung hinterlassen hat. Ein Rückgriff auf vorpositive Grundlagen insbesondere philosophischer Natur wird mit Blick auf die in der Verfassung kodifizierten Grundprinzipien zumindest für überflüssig gehalten.[54]

Gleichwohl spielen hinsichtlich der Begründung von Schuld und Strafe, der wissenschaftstheoretischen Erarbeitung der Auslegungsmethoden und der kriminalpolitischen Diskussion neben soziologischen und psychologischen Ansätzen nach wie vor philosophische Positionen eine gewichtige Rolle. Insoweit ist für die Strafwissenschaft der vergangenen Jahrzehnte eine intensive Auseinandersetzung mit dem Begriff der Schuld kennzeichnend, der heute normativ verstanden wird: Schuld ist ein Defizit an rechtstreuer Motivation, das in der konkreten Tat seinen Ausdruck gefunden hat. Der Täter verfehlt durch die Tat das von ihm erwartete Maß an hinreichender Rechtstreue. Nicht schuldhaft handelt, wer diese Rechtstreue bedingt durch (kindliches) Alter oder seelische Krankheit nicht zu erbringen in der Lage ist, wem unvermeidbar die Anforderungen des Rechts im konkreten Fall nicht bekannt sind (unverschuldeter Verbotsirrtum) oder wer sich in einem existentiellen Konflikt befindet (entschuldigender Notstand).

Man kann den normativen Schuldbegriff auch als Teilstück einer umfassenden kommunikativen Interpretation der sozialen Institution des Strafrechts verstehen, die auch den Strafprozess und den Strafvollzug umfasst. Straftat und Strafe stehen dann in einer kommunikativen Relation zueinander, wie Rede und Gegenrede. Der Täter widerspricht durch sein Verhalten der Norm, er negiert – in Anlehnung an *Hegel*s Diktum – die Geltung der Norm, während mit der Strafe ausgedrückt wird, dass die Norm doch gilt und das von Rechts wegen verbindliche Motiv sozialen Handelns sein soll. Zur Verdeutlichung werden dem Täter die Kosten des Konflikts auferlegt, er muss gewissermaßen Schadensersatz leisten, wobei

54 Vgl. nur *Stuckenberg*, GA 2011, 657.

der Wert der Geltung der verletzten Norm für die freiheitliche Entfaltung des Einzelnen in Staat und Gesellschaft als Kriterium für das Maß der Strafe dient. Der schuldig gesprochene Täter muss mit anderen Worten eine solche Menge an Gütern – Freiheit, Geld – opfern, dass sein Entschluss zur Tat im Nachhinein als schlechthin unverständlich erscheint.[55] Im Strafprozess wird der Konflikt unter Wahrung der rechtlich geschützten Interessen der Beteiligten zur Sprache gebracht und mit den vorgesehenen rechtlichen Möglichkeiten erledigt. Die Formalisierung des Verfahrens hat zugleich eine erzieherische Seite: Es soll gezeigt werden, dass die rechtliche Bewältigung eines Konflikts nicht um jeden Preis, sondern nur auf eine gerechte, prinzipienorientierte und die Würde des Menschen achtende Weise erfolgen darf und soll.

III. Dogmatik

1. Die Erarbeitung der inhaltlichen Bedingungen einer gleichmäßigen und überprüfbaren Anwendung der lex lata ist das Betätigungsfeld der Strafrechtswissenschaft im engeren Sinne, der sog. Strafrechtsdogmatik. Sie hat die Klärung der rechtlichen Voraussetzungen des Ob und Wie der Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen zum Gegenstand. Die Dogmatik soll durch Interpretation Sinn und Begründungszusammenhang der einzelnen Rechtssätze aufweisen, diese auf tragende Rechtsgedanken zurückführen und in ein stimmiges System bringen.[56] Der wissenschaftliche Charakter der Strafrechtsdogmatik liegt zum einen in der Rationalität ihrer Methode und zum anderen in der systematischen Zusammenführung ihrer Erkenntnisse.[57]

In ihrer dogmatischen Funktion ist die Strafrechtswissenschaft die Wissenschaft von der praktischen Anwendung des Strafrechts. Ihre Aufgabe besteht darin, die Entscheidungen der Gerichte und Ermittlungsbehörden vorzubereiten. Diese Funktionen erfüllt sie zunächst, indem sie den Entscheidungsträgern einen Vorrat an Informationen zur Verfügung stellt, die

---

55 *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 132.

56 Vgl. zu einer entsprechenden Definition der Rechtsdogmatik *Hollerbach*, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, 7. Aufl., 1988, S. 751 f.; allgemein zum Systembegriff des Rechts *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 23 ff.; *Peine*, Das Recht als System, 1983; *Pawlik,* in: FS Jakobs, 2007, S. 469 ff.

57 *Erb* (Fn 9), S. 1; *Hoerster*, Was ist Recht?, 2006, S. 7; *v. Liszt* (Fn 2), S. 212 ff.; *Radtke*, ZStW 119 (2007), 73.

für die Rechtsanwendung erforderlich und nützlich sind. Sie vereinfacht so die Rechtsanwendung und trägt zu einer denkökonomischen Entscheidungsfindung bei. Der für die Entscheidungsfindung maßgebliche Rechtsstoff wird nach didaktischen Kriterien systematisch aufbereitet und kann von der Rechtspraxis wie auch in der akademischen Ausbildung in der Form von schulmäßigen Lehrsätzen übernommen werden.[58]

Die Dogmatik versucht, den Inhalt des für Entscheidungen maßgeblichen Rechts zu ermitteln, indem sie die relevanten Rechtstexte – seien dies nun gesetzliche Regelungen oder richterliche Präjudizien – auf mögliche Interpretationen befragt und der Rechtspraxis einen mehr oder weniger großen Fundus an Auslegungsmöglichkeiten anbietet.[59] Auf der Grundlage der vorgeschlagenen Interpretationsmöglichkeiten soll die Rechtspraxis eine Verbindung zwischen den Rechtssätzen und dem konkreten Fall herstellen.[60] Solche begründeten Vorschläge der Gesetzesanwendung werden gewöhnlich „Theorien", „Lehrsätze" oder „Meinungen" genannt. Bisweilen wird die Auffassung vertreten, dass sich anhand solcher Theorien sowie unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsprinzipien auch stets eine objektiv richtige Antwort auf Rechtsfragen geben lasse.[61] Der Rechtsanwender muss dann mögliche Interpretationsvarianten simulieren und die einzelnen Theorien auf ihre Vernünftigkeit und Angemessenheit hin überprüfen.[62] Aber auch wenn man eine solche Entscheidungsfindung, bei welcher der Rechtsanwender durch sorgsames Abwägen der Argumente im Wege eines inneren Dialogs zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt, für realitätsfern hält, sind dogmatische Modelle nicht überflüssig. Sie geben der Entscheidung eine Grundlage und lassen diese nicht als willkürlich getroffene Ansicht des Rechtsanwenders erscheinen, sondern sind Ausdruck einer geordneten und festen Regeln folgenden und damit auch intersubjektiv überprüfbaren Entscheidungsfindung. Insoweit lässt sich sagen, dass die Strafrechtsdogmatik der Rechtspraxis die „legal needs" liefert.[63]

Auch wenn dogmatische Theorien mit der Zielsetzung entwickelt werden, die Anwendung richtigen Rechts vorzubereiten und zu ermöglichen,

---

58 *Lagodny*, in: FS Amelung, 2009, S. 51 ff.; *Schulz*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 144 ff.

59 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 7. Aufl., 2013, S. 196 f.

60 *Burkhardt*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Fn 1), S. 112 f.

61 Grundlegend für diese Auffassung *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 144 ff., 182 ff.

62 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 200.

63 *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 3; ferner *Erb* (Fn 9), S. 1; *Hassemer* (Fn 6), S. 31; *Schulz* (Fn 58), S. 144.

können sie ihrerseits nur eine relative Gültigkeit beanspruchen. Sie stützen sich mit unterschiedlichem Gewicht auf Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck der jeweiligen Regelungen und orientieren sich an grundlegenden Paradigmen wie etwa dem principle of harm, dem Rechtsgüterschutz, dem Schuldgrundsatz oder dem strafrechtlichen Garantieprinzip. Nur relativ zur Gültigkeit solcher Paradigmen können sie selbst Gültigkeit beanspruchen. Meist begnügen sich die Theorien mit kurzen Ableitungsketten, die mehr oder weniger konkludent in Evidenzbehauptungen münden oder sich auf passende Autoritäten – herrschende Meinung, Gesetzgeber oder ständige Rechtsprechung – berufen.

2. Ein (jedenfalls gedanklich) erster Schritt zur Entwicklung einer dogmatischen Theorie, die der Anwendbarkeit von Recht dient, ist die Auslegung der Begriffe in den relevanten Rechtstexten, insbesondere den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Maßgebliche Methode der Auslegung ist ein spezifisches hermeneutisches Vorgehen[64] mit dem Ziel, Sinn und Zweck der sprachlichen Formulierung möglichst adäquat zu erfassen, um so festzulegen, ob der Rechtstext für bestimmte Fallkonstellationen zutrifft oder nicht. Wesentliche Aufgabe der Auslegung ist also die Konkretisierung des Rechtstextes.[65] Für das Strafrecht, das dem Garantieprinzip der Gesetzesbestimmtheit unterliegt, bedeutet dies, dass der Text in den Grenzen seiner möglichen Wortbedeutung, seiner historischen Genese und seines systematischen Zusammenhangs so zu interpretieren ist, dass er zweckentsprechend anwendbar ist. In diesem Sinne erfolgt die Auslegung nach grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten.[66]

Die grammatikalische Auslegung der Begriffe dient der Aufdeckung ihrer alltagssprachlichen Bedeutung. Der Idee nach soll jeder Bürger die ihn betreffenden gesetzlichen Regelungen verstehen können. Diese müssen also – im Prinzip – allgemeinverständlich sein. Zum anderen legt der umgangssprachliche Sinn eines strafrechtlichen Begriffs die äußerste Grenze seiner möglichen Anwendung fest. Über diese Grenze hinaus darf eine strafrechtliche rechtliche Regelung nicht zu Lasten (!) eines betroffenen Bürgers angewendet werden. Insoweit gilt für das kodifizierte

---

64 Vgl. *Betti*, Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften, 1972; *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1960, zur juristischen Hermeneutik insbesondere S. 307 ff.; *Hruschka*, Das Verstehen von Rechtstexten, 1972, S. 10 ff.

65 Vgl. hierzu nur *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953.

66 Näher *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 312 ff.; ferner *Kubiciel* (Fn 18), S. 30 ff.

Strafrecht neben dem Grundsatz der Schriftlichkeit (nullum crimen sine lege scripta), des Verbots des Gewohnheitsrechts (nullum crimen sine lege stricta) und des Rückwirkungsverbots (nullum crimen sine lege praevia) das Garantieprinzip der gesetzlichen Bestimmtheit (nullum crimen sine lege certa).

Auf der Basis der umgangssprachlichen Bedeutung lassen sich mehr oder minder vollständige Definitionen formulieren, die allerdings noch erheblicher – einschränkender – Modifikationen bedürfen, um für die Rechtsanwendung tauglich zu sein. Solche Modifikationen können sich etwa aus historischer Perspektive ergeben, wenn den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber mit den fraglichen Begriffen nur bestimmte Sachverhalte regeln wollte.

Eine weitere (eingrenzende) Präzisierung eines Rechtsbegriffs kann sich aus seiner Einordnung in den systematischen Gesetzeskontext ergeben. So sind etwa die Tathandlungen des Bankrotts[67] der Terminologie des Insolvenzrechts anzugleichen, um Widersprüche mit den Anforderungen des Zivilrechts zu vermeiden und Gleichklang in der Schutzrichtung zu erzielen. Im Zentrum der Begriffsklärung steht jedoch die sog. teleologische Auslegung, die sich mit der Ausrichtung der Begriffsbedeutung am Zweck der den Begriff enthaltenden Norm befasst. In diesem Sinne kommen z. B. nur solche Zuwendungen an Amtsträger als „Vorteile“ im Sinne der Bestechungsdelikte in Betracht, die das Vertrauen in die unparteiische und ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu erschüttern geeignet sind. Wer einem Polizisten sein Auto zur Verfolgung eines Flüchtigen zur Verfügung stellt, gewährt diesem keinen korruptionsrelevanten Vorteil.

3. Der wissenschaftliche Charakter der Strafrechtsdogmatik beruht neben der Rationalität des Vorgehens auf der Erarbeitung übergreifender systematischer Zusammenhänge. Die Begriffe und Normen eines strafrechtlichen Regelungsbereichs müssen gewissermaßen einen Ort in einem kohärenten Netz haben. Beispielhaft hierfür mag der Begriff des Vermögensschadens sein, der auf die Bedeutung der Begriffe des Schadens und des Vermögens verweist, wobei letzterer wieder mit den zivilrechtlichen Begriffen der Vermögensrechte, des Eigentums und der ungerechtfertigten Bereicherung korreliert. Das hier einschlägige Netz überspannt weite Teile der rechtlichen Ordnung des Wirtschaftssystems. Solche dogmatischen Netze erlauben es auch, neue Gesetze in die allgemeine Rechtslage einzupassen und mit den anerkannten Standards und Wertungen in Ein-

67 § 283 StGB.

klang zu bringen. Für alle Netze gilt, dass sie die Forderungen nach Widerspruchsfreiheit in ihrem Rahmen erfüllen müssen. Insbesondere darf nicht eine Norm etwas verbieten, was eine andere erlaubt oder sogar gebietet. Kollisionen können nach unterschiedlichen Grundsätzen behoben werden, z.B. nach dem Grundsatz, dass das spätere Gesetz das frühere derogiert. Bei der Kollision von Pflichten gilt die Regel, dass die Erfüllung der wichtigeren der weniger wichtigen vorgeht oder dass – bei gleichwertigen Pflichten – die Erfüllung der einen Pflicht die Nichterfüllung der anderen rechtfertigt (sog. rechtfertigende Pflichtenkollision).

Dogmatische Netze haben eine unterschiedliche Spannweite, je nachdem, ob sie sich auf Verhaltensnormen oder auf das Zurechnungssystem beziehen. Verhaltensnormen sind präskriptive Regeln und sagen, welche Verhaltensweisen verboten, erlaubt, geboten oder freigestellt sind. Zurechnungsregeln sind dagegen askriptiver Natur und sagen, unter welchen Voraussetzungen jemand für ein (schädigendes) Ereignis oder ein einer Verhaltensnorm widersprechendes Verhalten verantwortlich ist.

Die theoretischen Netze, in die Normen eingebunden sind, stehen in der Regel klassifikatorisch nebeneinander, wobei die Einteilung nach Maßgabe des jeweiligen Schutzzwecks erfolgt. In diesem Sinne werden die Normen am Schutz der Rechtsgüter Leben, körperliche Integrität, Ehre, sexuelle Selbstbestimmung, Vermögen usw. ausgerichtet. Aufgrund ihrer klassifikatorischen Ordnung stehen solche dogmatischen Netze in keinem allumfassenden systematischen Gesamtzusammenhang. Lehrbuchmäßige Systematisierungen von Verhaltensnormen haben gewöhnlich den Charakter von Kochbüchern, bei der sich die Qualität des Rezepts an der präsumtiven Kochkunst des Lesers orientiert. Insoweit kann man Methode und Ergebnisse der Strafrechtsdogmatik in diesem Bereich als topisch bezeichnen.[68]

Demgegenüber können dogmatische Netze, die sich auf Zurechnungsregeln beziehen, nahezu den gesamten Bereich der Voraussetzungen strafbarer Verantwortlichkeit umfassen. Sie beruhen in der von der deutschen Strafrechtswissenschaft beeinflussten Dogmatik in der Regel auf einem philosophischen – erkenntnistheoretischen oder ethischen – Fundament (unten VI). Durch die Wahl dieses Fundaments, auf dessen Basis das dogmatische Netz entwickelt wird, können einzelne Regelungen einen durchaus unterschiedlichen Inhalt bekommen. Beispielhaft hierfür sei der Paradigmenwechsel zwischen der an äußeren Veränderungen orientierten kausalistischen Lehre *v. Liszt*s zu der am Täterwillen ausgerichteten finalis-

68 Zur Topik *Viehweg,* Topik und Jurisprudenz, 4. Aufl. 1969.

tischen Konzeption *Welzel*s angeführt. Während für *v. Liszt* die Ziele und Vorstellungen des Täters für das verwirklichte Unrecht ohne Belang sind, werden sie bei *Welzel* zum Kern des Unrechts.

4. Dogmatische Theorien lassen sich relativ einfach als unhaltbar ausweisen, wenn sie mehr oder minder offen in Wertungswidersprüche hineinlaufen, klar gegen den Wortlaut verstoßen, systematische Zusammenhänge ignorieren oder zu Ergebnissen führen, die den Normzweck glatt verfehlen. Umgekehrt gilt dies nicht: Ob eine Theorie richtig ist, lässt sich nicht verifizieren.[69] Es gibt keinen archimedischen Punkt außerhalb des dogmatischen Diskurses. Folglich schließen sich zwei miteinander konkurrierende Theorien nicht im Sinne von wahr und falsch wechselseitig aus. Es sollte vielmehr, negativ formuliert, die Theorie gewinnen, die möglichst wenig mit den gängigen Paradigmen konfligiert. Oder positiv ausgedrückt: Die größere Erklärungskraft hat die Theorie, die den Kriterien des Auslegungskanons und den grundlegenden Paradigmen am ehesten entspricht. Auch äußerliche Kriterien wie eine gewisse Entscheidungssicherheit durch Weiterführung tradierter Problemlösungen spielen in diesem Zusammenhang eine keineswegs unberechtigte Rolle.

Da es nicht selten der Fall ist, dass konkurrierende Theorien jeweils Pluspunkte für sich verbuchen können und auch die Gewichtung dieser Punkte fallweise variieren kann, ist im Bereich der topischen Rechtsdogmatik ein gewisses Maß an Dezision, sofern sich diese plausibel machen lässt, unumgänglich. Daraus folgt allerdings, dass die Möglichkeiten der wissenschaftlichen Strafrechtsdogmatik, auf Rechtsprechung und Gesetzgeber einzuwirken, begrenzt sind. Selbst wenn die Rechtsprechung Kritik beachtet oder einen wissenschaftlichen Vorschlag aufgreift, muss die neue Richtung der alten keineswegs überlegen sein. Mag die Rechtsprechung das Gesetz auch im Gewand institutioneller Macht anwenden, so sind die von ihr – obendrein auch nur fallweise – explizierten Theorien von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus gesehen so kritikwürdig wie jede andere Rechtsauffassung auch.

IV. Analytische Grundlagenforschung

1. Die Strafrechtswissenschaft muss, um ihrem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit zu genügen, die für sie relevanten Ergebnisse der analytischen

---

69 Zum Verhältnis der Dogmatik zu verschiedenen Wahrheitstheorien *Schulz* (Fn 58), S. 138 ff.

Philosophie und Wissenschaftstheorie berücksichtigen. Auf entsprechende Einsichten und Methoden hat die Strafrechtswissenschaft insbesondere dann zurückzugreifen, wenn es um die Analyse und Rekonstruktion der semantischen, pragmatischen und deontischen Bedingungen dogmatischer Theorien geht.

Im Bereich der Semantik kann die Strafrechtswissenschaft mit Gewinn auf die Ergebnisse der Begriffsanalyse zurückgreifen. Dies gilt nicht nur für die Grundlagen wissenschaftlicher Definitionen und Explikationen, sondern auch für die adäquate Erfassung qualitativer, komparativer und evaluativer Begriffe. Bedeutsam ist die Beachtung dispositionaler Prädikate, die in Gesetzesformulierungen insbesondere für psychische Tatcharakterisierungen verwendet werden, etwa bei einer Lebensgefährdung im Straßenverkehr durch „rücksichtsloses" Fahrverhalten.[70] Solche Prädikate lassen sich nicht abschließend definieren, sondern nur durch die Angabe typischer Verhaltensweisen explizieren.[71] Eine wissenschaftlichen Anforderungen genügende Dogmatik sollte ferner unter dem Postulat arbeiten, dass ihre Schlussfolgerungen in die Kalküle der Aussagen- und Prädikatenlogik übertragbar sind. Auch die Ergebnisse der Normenlogik sollten beachtet werden.

2. Als Forschungsgebiet ist eine allgemeine analytische Strukturtheorie des Strafrechts bislang nur in Ansätzen entwickelt.[72] Eingang in die Dogmatik hat die analytische Philosophie zunächst auf dem Gebiet der Handlungstheorie gefunden. Insoweit sind die Fragen der Interpretation eines Verhaltens als Handlung und der Identität von Handlungen bedeutsam. Zu klären sind insoweit auch das Verhältnis von Kausalität und Handlung und damit zugleich die Voraussetzungen der kausalen und der intentionalen Erklärung von Handlungen. Hiermit hängt wiederum die für die Erfassung der Straftat grundlegende Klärung des Verhältnisses von Geist und Körper und die Erfahrbarkeit des Fremdseelischen zusammen. Schließlich ist der zwar bereits auf Aristoteles zurückgehende, in der neueren analytischen Philosophie aber eingehend entwickelte praktische Syllogismus ein geeignetes Instrumentarium, um Vorsatz und Fahrlässigkeit handlungstheoretisch präzise zu erfassen.

3. Der Schwerpunkt der strafrechtlichen Strukturtheorie liegt heute im Bereich der Normentheorie, wobei mehrere Fragenkreise in der Diskussi-

---

70 § 316 c deutsches Strafgesetzbuch.

71 Hierzu *Ryle,* The Concept of Mind, 1949, S. 112 ff.

72 Hierzu programmatisch *Hruschka* (Fn 7), 1 ff.; ferner *Hilgendorf*, Argumentation in der Jurisprudenz, 1991.

on stehen. So geht es etwa um das Verhältnis von Sein und Sollen, konkret um das Verhältnis der faktischen Fähigkeiten einer Person zur Erfüllung der Anforderungen strafrechtlicher Verhaltensnormen. Vor allem im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung ist die Reichweite des Grundsatzes *ultra posse nemo obligatur* zu bestimmen.

Ferner sind die Besonderheiten bestimmter Regeltypen zu analysieren.[73] So sind primäre Normen von sekundären Normen (Metanormen), die das Verhältnis primärer Normen zueinander regeln, abzugrenzen. Sätze einer Objektsprache haben einen anderen Status als Sätze einer Metasprache mit der Konsequenz, dass Konkurrenz- und Kollisionsregeln einer anderen logischen Ebene angehören als deliktskonstitutive Regeln. Außerdem folgen Regeln, mit denen Verantwortung zugeschrieben wird, anderen logischen Gesetzen als Regeln, mit denen Wertungen oder Sollensanforderungen formuliert werden.[74] Dementsprechend unterscheiden sich bereits auf einer logischen Ebene die Regeln des rechtfertigenden von denen des entschuldigenden Notstands. Oder: Eine rechtfertigende Pflichtenkollision ist logisch verschieden von einer allgemeinen Erlaubnisnorm, da sie sich auf die Handlungsfähigkeit und nicht auf die Verhaltensbeschreibung bezieht.

4. Die Strukturtheorie des Strafrechts ist eine exakte Wissenschaft. Insoweit ist die ihr immanente Logik zwingend und bindet kraft analytischer Wahrheit auch Gesetzgebung und Rechtsprechung. Da die Strukturtheorie des Strafrechts zudem unabhängig von der kontingenten Gestalt der lex lata ist, erlaubt sie einen weltweiten Diskurs jenseits der Provinzialität des nationalen Strafrechts.

V. Empirische Grundlagenforschung

1. Das Recht ist eine Sollensordnung, schafft also auf der Basis der natürlichen Welt eine institutionelle Welt: Es transformiert natürliche Tatsachen in institutionelle Tatsachen. Die Schuldfähigkeit eines Menschen etwa ist keine natürliche Eigenschaft wie die Zusammensetzung seines Blutes, sondern sie wird mittels diverser Regeln zugeschrieben, die besagen, dass

---

73 Vgl. hierzu *Bentham*, in: Hart (Hrsg.) Of Laws in General, 1970, S. 133 ff.; *Fletcher*, Basic Concepts of Legal Thought, 1996, S. 43 ff.; *Hart*, The Concept of Law, 1961, S. 79 ff.

74 Grundlegend *Hart*, The Ascription of Responsibility and Rights, Proceedings of the Aristotelian Society, 1949.

ein Mensch, der eine Reihe von natürlichen Eigenschaften aufweist oder nicht aufweist, als schuldfähig gilt. Dass ein Mensch als schuldfähig gilt, ist also eine sekundäre Eigenschaft gegenüber seinen primären natürlichen Eigenschaften, wobei der Prozess der Konstitution von Eigenschaften keine immanenten Grenzen kennt. Aus sekundären Eigenschaften können tertiäre gebildet werden usw.

Die Zuschreibung strafrechtlich relevanter institutioneller Eigenschaften ist untauglich, wenn die entsprechenden primären Tatsachenbehauptungen falsch oder nur mangelhaft gesichert sind. Insoweit ist die adäquate Erfassung der empirisch erfahrbaren Realität notwendige Voraussetzung der adäquaten Konstitution rechtlicher Tatsachen. Sofern es in der abendländischen Entwicklung von Recht und Moral überhaupt einen Fortschritt gibt, ist dieser auch und vor allem der empirischen Aufdeckung von Irrtümern über die biologischen, anthropologischen und sozialen Bedingungen des Menschen zu verdanken: Hexenwahn und Fehldeutungen von Homosexualität sind hierfür anschauliche Beispiele.

Im Verhältnis zur Empirie ist freilich die Strafrechtswissenschaft einseitig abhängig. Soweit sie die Welt nach den Wertungen des Rechts gestalten will, kann sie nur auf solche Mechanismen zurückgreifen, die auch effektiv reale Veränderungen bedingen können. Sie ist namentlich auf Erkenntnisse über Kausalprozesse angewiesen. Allerdings kann die Dogmatik die sie interessierenden Fragen an die einschlägigen empirischen Wissenschaften herantragen und so den Forschungsgegenstand und das Erkenntnisinteresse dieser Disziplinen punktuell beeinflussen oder interdisziplinäre Forschungsbereiche anregen, wie dies exemplarisch in der Kriminologie oder der Rechtsmedizin geschieht. Dies kann wiederum in der Konsequenz mittelbar auf Gesetzgebung und Rechtsprechung abstrahlen. Insoweit kann die Strafrechtsdogmatik durch problemadäquate Fragen an die empirischen Wissenschaften dazu beitragen, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung über sachdienliche Informationen verfügen.

2. Da sich das Strafrecht auf eine soziale Praxis bezieht, ist seine empirische Basis – man möchte sagen: naturgemäß – umso dürftiger, je grundlegender sie ist. Elementare soziale Befindlichkeiten und Reaktionen lassen sich allenfalls bedingt unter Laborbedingungen testen. Das gilt vor allem für die Frage nach den effektiven Steuerungsmöglichkeiten durch Strafe samt ihrer möglichen Modifikationen und Alternativen. Insoweit hat es einen gewissen verführerischen Reiz, diese weißen Stellen auf der empirischen Landkarte mit metaphysischem Pathos bunt auszumalen und gegen Empirie zu immunisieren – ein wissenschaftlich fragwürdiger Ausweg. In der Strafrechtswissenschaft, aber auch in der Rechtsprechung (und

im Gesetzgebungsverfahren) spielen Argumente eine nicht unerhebliche Rolle, die intuitiv richtig zu sein scheinen, aber – häufig mangels Operationalisierbarkeit – mehr oder weniger unbewiesen sind.[75] Dies gilt etwa für die noch keinem empirischen Test unterworfene Annahme, dass derjenige, der eine Straftat plant, über größere kriminelle Energie verfüge als der spontan Handelnde.

VI. Materielle (philosophische) Grundlagenforschung

1. Bloßes topisches Problemlösen ist freilich unbefriedigend, und dies nicht nur, weil ein sicherer Halt fehlt, sondern auch, weil es nicht erlaubt, die Institution des Strafrechts als funktionales Element der gesellschaftlichen Realität zu begreifen. Doch nur in einer solchen Perspektive lassen sich die Paradigmen näher bestimmen, innerhalb deren sich die dogmatischen Theorien bewegen. Wissenschaftlich betriebene Dogmatik darf sich nicht in der Bildung der klassifikatorischen Ordnung der Begriffe erschöpfen, also – bildlich gesprochen – im Sortieren der Gegenstände eines Handwerkkastens nach Schrauben, Nägeln und Werkzeugen.[76] Auch die Bildung eines teleologischen Systems – das Ordnen des Werkzeugs nach der zweckmäßigen Reihenfolge seines Gebrauchs – ist noch unzureichend. Wissenschaftlich betriebene Dogmatik bedarf vielmehr, um wissenschaftlich zu sein, notwendig einer materiellen Grundlagenforschung, deren Gegenstand die Reflexion ihrer Paradigmen ist. Während die Strafrechtsdogmatik im engeren Sinne das Ob und Wie der Strafbarkeit zu klären hat, geht es bei der materiellen Grundlagenforschung um die Suche nach einer Antwort auf die Frage nach dem Warum der Strafbarkeit. Ohne die Angabe der Gründe für eine rechtliche Regelung lässt sich deren Sinn schwerlich ermitteln. Die materielle Grundlagenforschung ist damit wesentlicher Bestandteil einer wissenschaftlichen Behandlung des Strafrechts.[77]

Im Gegensatz zur analytischen Strukturtheorie steht die materielle Grundlagenforschung im Zentrum der strafrechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeit. Hier werden die Prinzipien formuliert, überprüft, anerkannt oder verworfen, auf deren Basis Stellung zur allgemeinen Entwicklung des Strafrechts genommen werden kann. Die Strafrechtswissenschaft greift

---

75 Hierzu auch *Schulz* (Fn 58), S. 153 f.
76 So das Bild von *Jakobs* (Fn 55), S. 105 f.
77 *Hassemer*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 186 ff.

in diesem Bereich zumeist die aktuellen Strömungen der geistesgeschichtlichen Entwicklung auf, namentlich in den Bereichen der Philosophie, der Sozialwissenschaften und der Medizin. Neuere Stichworte sind unter vielen anderen Hirnforschung, funktionaler Schuldbegriff oder Risikogesellschaft.

Die permanente Suche der Strafrechtsdogmatik nach einem Fundament lohnt sich zumindest aus zwei Gründen. Zum einen bleibt so die Grundlagendiskussion auf der Höhe der Zeit und erhält weiterführende Impulse. Zum anderen wird der Dogmatiker aus sich stets veränderndem Blickwinkel mit der unverändert elementaren Einsicht konfrontiert, dass er mit den Voraussetzungen der Zufügung eines Übels befasst ist. Die Strafrechtsdogmatik sieht sich insoweit einem steten Legitimationsdruck ausgesetzt, der nicht nur zu sorgfältiger Arbeit, sondern auch zu tiefer Skepsis gegenüber den Segnungen des eigenen Fachs anhält.

2. Die Selbstreflexion des eigenen Fundaments mit dem damit einhergehenden geschärften Bewusstsein, dass Strafe ein dringend der Legitimation bedürftiges Übel ist, eint Strafrechtslehrer ganz unterschiedlicher politischer und weltanschaulicher Ausrichtung in der Grundeinstellung, der Kriminalpolitik Grenzen aufzuzeigen zu müssen. Dies führt zu einer gewissermaßen systembedingten Konfrontation zwischen tendenziell skrupulöser Dogmatik auf der einen Seite und unbekümmert forscher Kriminalpolitik auf der anderen Seite.

Daher akzeptieren Strafrechtsdogmatiker den sog. fragmentarischen Charakter des Strafrechts ohne weiteres als Barriere ihrer eigenen systematischen Arbeit. Brüche und Lücken auf der Ebene der topischen Rechtsanwendung werden anerkannt, wenn sie als Ausdruck des als lücken- und bruchstückhaft angesehenen Strafrechtsschutzes eingestuft werden können. Kriminalpolitisch wird dagegen der fragmentarische Charakter allenfalls hingenommen, wenn er sich mit dem ultima ratio-Prinzip vereinbaren lässt, während er dort als unbillig empfunden wird, wo er zur Ungleichbehandlung gleichen und vergleichbaren Unrechts führt.

3. Bisweilen wird diese Konfrontation von dogmatischer Seite aus dergestalt kämpferisch ausgetragen, dass zwischen gutem und schlechtem Strafrecht unterschieden und das eigene, als aufgeklärt und reflektiert verstandene Strafrecht per se für vorzugswürdig gehalten wird. Aus dieser Perspektive wird sogar die Entwicklung der lex lata als eine permanente Verschlechterung dargestellt. Das Strafgesetz taumele gewissermaßen blind in eine Richtung, die sich immer mehr von einem rechtsstaatlich gezähmten, auf den Schutz personalisierter Güter vor Verletzung beschränkten Strafrecht entferne. Dieser „unmögliche" Zustand des gegenwärtigen

Strafrechts[78] wird etwa anhand der Symptome einer Ausweitung von abstrakten Gefährdungsdelikten, einer Reduktion des Schuldprinzips und einer Verpolizeilichung des Prozessrechts diagnostiziert.

Indessen leidet diese Diagnose an einer erheblichen Unklarheit, der Unklarheit nämlich, mit welchem Zustand des Strafrechts der heutige Zustand überhaupt wertend verglichen wird. Sollte es sich um eine historische These handeln, halte ich sie – gemessen an unseren heutigen Standards – für schlicht falsch. Zu den großen Leistungen der Aufklärung gehört sicher auch ihr Beitrag zu einer humaneren Ausgestaltung von Form, Inhalt und Durchsetzung der staatlichen Strafe. Aber auch das wegen seiner Liberalität gerühmte Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 ist weit davon entfernt, ernsthaft als Vorbild zu dienen, da es Todes- und Kettenstrafen, Zucht- und Arbeitshäuser, körperliche Züchtigung, Pranger und isolierte Kerkerhaft kennt. Historisch gesehen ist das heutige Strafrecht in seiner Achtung der menschlichen Freiheit und Würde sowie in seinem Verständnis schuldangemessener Strafe jedem seiner neuzeitlichen Vorgänger im Grundsatz bei weitem überlegen.

Sollte sich dagegen der Maßstab, der an das „unmögliche" heutige Strafrecht angelegt wird, auf einen gedachten Zustand beziehen, müsste zunächst einmal die Frage beantwortet werden, warum dieser idealisierte Zustand des Strafrechts besser sein soll als ein Zustand, in dem es überhaupt keine Übelszufügung qua Strafe gibt. Die Legitimation des Ob ist viel schwieriger als die Legitimation des konkreten Wie. Ist aber erst einmal das Ob legitimiert, so sind die Paradigmen, innerhalb deren sich eine rechtsstaatliche und an humanitären Werten ausgerichtete Kriminalpolitik zu bewegen hat, nichts anderes als die anerkannten verfassungsrechtlichen Prinzipien. Selbstverständlich gilt auch stets das Gebot, das Strafrecht vom Umfang her möglichst eng auszugestalten und inhaltlich am Schuldprinzip zu orientieren. Aber dieses Gebot ist nicht mehr als eine axiologisch gut begründete und begründbare Forderung, keineswegs aber der erinnernde Hinweis auf eine reale oder gedachte Phase, in der sich das Strafrecht einmal in einem weniger problematischen Zustand befunden hätte als heute.

In dem Diskurs über ein richtiges Strafrecht sind Strafrechtsdogmatiker gewiss in der Lage, die einschlägigen technischen Fragen adäquat und

78 Vgl. den Titel eines Sammelbandes, dessen Beiträge sich kritisch mit der neueren Entwicklung des Strafrechts in Deutschland auseinandersetzen: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, hrsg. vom Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M., 1995.

nach rationalen Standards zu beantworten. Dass der Dogmatiker im allgemeinen demokratischen Diskurs über die das Strafrecht fundierenden Paradigmen gewissermaßen ein Sonderwissen gegenüber anderen Bürgern hätte, lässt sich jedoch schwerlich behaupten. Vielmehr ist die mehr oder weniger bunte Ansammlung der einzelnen im Strafgesetz fixierten Delikte in einer demokratisch verfassten Gesellschaft Ausdruck ihrer sozialen Probleme und Wertvorstellungen. Das Strafgesetz spiegelt zugleich die Werte und die Schattenseiten der Gesellschaft, es gehört – in der Formulierung *Hegel*s – „vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an".[79]

79 *Hegel* (Fn 33), § 218.

Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip

I. Strafe, Strafrecht, Strafrechtswissenschaft

Formal lässt sich Strafrecht definieren als der Teil der Rechtsordnung, der die Voraussetzungen und Folgen eines mit einer Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung bedrohten Verhaltens regelt. Diese Definition dürfte, betrachtet man einmal nur den Bereich der Kriminalstrafe näher, das Rechtsgebiet umfassen, mit dem sich in den vergangenen 200 Jahren die Disziplin beschäftigt, die wir Strafrechtswissenschaft nennen. Die Strafrechtswissenschaft ist in ihrer Ausgestaltung als Dogmatik zwar an der Auslegung von Recht orientiert, erarbeitet sich ihr begriffliches und methodisches Instrumentarium aber unter wissenschaftstheoretischen Prämissen und das heißt: metasprachlich. Sie formuliert keine rechtlichen Imperative wie etwa: „Töte keinen anderen Menschen", sondern sie trifft metasprachliche Aussagen über das (geltende) Recht unter Zuhilfenahme deontischer Operatoren, etwa: „Es ist (von Rechts wegen) verboten, einen anderen Menschen zu töten".

In ihrem metasprachlichen Zugriff befasst sich die Dogmatik mit den objektsprachlichen Bedingungen der Strafbarkeit, also den Inhalten und den Regeln der Anwendung von Normen und Zurechnungsregeln, und in ihrem legitimationstheoretischen Diskurs erörtert sie die Bedingungen der Strafwürdigkeit und der Berechtigung des Staates zu strafen. In diesem Sinne setzt sich die Strafrechtswissenschaft der vergangenen zwei Jahrhunderte im Wesentlichen mit einem gleichbleibenden Gegenstand auseinander. In den Lehrbüchern von *Feuerbach* über *Merkel*, *Binding* und *v. Liszt* bis in die Literatur unserer Tage findet sich mehr oder weniger derselbe Kanon von Grundbegriffen. Auch die Argumentationsmuster, mit denen die Grundpositionen in der Debatte um die Legitimation staatlicher Strafe bezogen werden, bewegen sich in den Bahnen einer standardisierten Fachterminologie: Gerechtigkeit *versus* Utilität, Vergeltung *versus* Prävention. Wissenschaftlich gesehen können wir also dogmatische Lehrsätze von *Berner* und *Köstlin* so behandeln und verstehen, als stünden wir mit diesen Autoren in einem direkten wissenschaftlichen Gespräch.

Das gilt für das Strafrecht als das spezifische Rechtsgebiet, das die Voraussetzungen der Strafbarkeit regelt. Das von *Feuerbach* verfasste Bayer. StGB von 1813 enthält beispielsweise in Art. 37 eine vorbildliche Defini-

tion der Deliktsvollendung, und Art. 40 dieses Gesetzes formuliert die im heutigen StGB fehlenden Voraussetzungen einer vorsätzlichen *actio libera in causa*. Ganz und gar anders verhält es sich jedoch hinsichtlich der Rechtsfolge des Strafrechts, der Strafe, wie ein erneuter Blick in das Bayer. StGB von 1813 augenfällig macht. Dort werden in Art. 4 die Kriminalstrafen wie folgt aufgezählt: „Todesstrafe, Kettenstrafe, Zuchthaus, Strafarbeitshaus, Festungsstrafe, Ehren- und demüthigende Strafen, körperliche Züchtigung, Gefängnis oder Festungsarrest, Vermögensstrafen." Wer sein Leben verwirkt hat, soll gem. Art. 5 „mit entblößtem Kopfe, gekleidet in einen grauen Kittel, mit einer Tafel auf Brust und Rücken, worauf sein Verbrechen genannt ist, zum Richtplaze geführt und daselbst enthauptet werden." Sieht das Gesetz „geschärfte Todesstrafe" vor, soll der Verbrecher nach Art. 6 in diesem Aufzug noch vor der Enthauptung eine halbe Stunde an dem Pranger ausgestellt werden. Die Kettenstrafe kann nie anders als auf Lebenslang zuerkannt werden (Art. 8). Wer hierzu verurteilt ist, gilt – wörtlich – vom Augenblick der Rechtskraft des Urtheils an als „bürgerlich todt", selbst seine Ehe, sofern gegeben, löst sich auf (Art. 7). Zuchthaus soll nicht länger als 20 Jahre dauern, darf allerdings 8 Jahre auch nicht unterschreiten (Art. 13). Insgesamt umfassen die Regelungen zur Strafe und ihrem besonderen Vollzug 36 Artikel.

Die Bedingungen der Strafbarkeit, die Gegenstand „zeitloser" Dogmatik sind, lassen sich zwar unabhängig von der Strafe erfassen, aber es liegt auf der Hand, dass sich die Rechtsfolge auf die Auslegung des Tatbestands auswirkt. So zwingen etwa die heutigen Erfolgsqualifikationen wegen ihrer enormen Strafrahmensprünge im Verhältnis zu den Grunddelikten mit fahrlässiger Erfolgsverursachung zu besonderen dogmatischen Anstrengungen, um entsprechend gesteigertes Unrecht zu begründen[1]. Wenn daher Strafen wie im Bayer. StGB von 1813 drohen, versteht es sich nachgerade von selbst, dass die mit ihnen sanktionierten Verhaltensnormen nur in engen Grenzen legitim sein können. Die Todesstrafe ist eben als staatliche Rechtsfolge „*ultima ratio*". Sie ist wortwörtlich das „schärfste Schwert des Staates", dessen Anwendung sorgsam bedacht werden muss und stets unter höchstem Legitimationsdruck steht[2]. Ein Strafrecht, das Strafen wie im Bayer. StGB von 1813 vorsieht, kann nicht flächendeckend Untaten sanktionieren und muss für den Bürger, damit er nicht zum Verbrecher wird, als „magna charta" dienen. Eine Ausweitung des Strafrechts

1 Vgl. zur Problematik nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Auf. 2006, § 10 Rn. 108 ff. mit umf. Nachw.

2 Beispielhaft *Berner*, Abschaffung der Todesstrafe, 1861.

durch „entbehrliche Tatbestände“ wäre hier ein – schon intrasystematisch – nicht zu rechtfertigender legislatorischer Fehlgriff. Eine Vorschrift wie der heutige Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) ist in einem solchen Strafgesetzbuch schlechthin undenkbar.

Auch wenn das heutige StGB noch eine Freiheitsstrafe kennt, die kakophemistisch als „lebenslang“ bezeichnet wird und angeblich sogar bereichsweise Charakterzüge eines „Feindstrafrechts“[3] tragen soll, sind die Strafen dieses Rechts außer Sichtweite des Strafrechts von ehedem. Hätte *Feuerbach* einen Blick in die heutigen Gesetze geworfen und etwas vom Täter-Opfer-Ausgleich, von Zahlungserleichterungen für einen zu einer Geldstrafe Verurteilten (§ 42 StGB) oder von möglichen Einstellungen nach §§ 153 ff. StPO gelesen, hätte er diese Paragraphen wohl kaum als „strafrechtlich“ gedeutet.

Um nicht gründlich missverstanden zu werden: Es kann gewiss nicht darum gehen, das Rad der Kriminalpolitik ins Jahr 1813 oder auch nur ins Jahr 1871 zurückzudrehen. Auch das ist schlechthin undenkbar. Es geht vielmehr um die Frage, ob die legitimationsspezifischen Topoi, mit denen die heutige Strafrechtswissenschaft hantiert wie eh und je, dem Funktionswandel des Strafrechts überhaupt gerecht werden. Wenn eine ebenso überflüssige wie dogmatisch missratene[4] Vorschrift wie die Datenhehlerei, die der Sache nach jedenfalls vor allem dazu dient, den Ankauf illegaler Dateien von Steuersündern durch staatliche Behörden abzusegnen (§ 202 a Abs. 3 StGB), ohne nennenswerte parlamentarische Bedenken in das StGB eingestellt wird, dann kann nicht ernsthaft davon gesprochen werden, der Rückgriff auf das Strafrecht sei hier *ultima ratio*; es ist überhaupt keine *ratio* erkennbar. Schon der die Straftat als Bagatelle ausweisende Strafrahmen zeigt, dass kaum je ein Täter Gefahr laufen dürfte, hier unter das „schärfste Schwert“ des Staates zu geraten.

Mit Blick auf das Wirtschaftsstrafrecht ließe sich fragen, ob hier das Strafrecht wirklich als *ultima ratio* oder nicht vielmehr als *sola ratio* eingesetzt wird bzw. eingesetzt werden könnte. So hat etwa die Einführung z.B. des Kapitalanlagebetrugs (§ 264 a StGB) die angenehme Seite, seriöse Prospektwerbung überhaupt nicht zu belasten. Dagegen kann es zu erheblichen Einbußen an Bewegungsfreiheit führen, wenn die Wirtschaft, um

3 Vgl. hierzu nur die Beiträge in *Vormbaum* (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009.

4 Zur Kritik vgl. *Stuckenberg*, ZIS 2016, 526; ferner *Golla*, ZIS 2016, 192; *Selz*, in: Taeger (Hrsg.), Internet der Dinge, Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2015, S. 915, 929 f.; *Singelnstein*, ZIS 2016, 433.

bestimmte Missstände zu verhindern, durch Ordnungsmaßnahmen mehr oder minder hart an die Kandare genommen wird. Jedenfalls entwickelt sich das Wirtschaftsstrafrecht zunehmend zum Surrogat des ordentlichen Kaufmanns; nichts anderes verbirgt sich ja hinter dem Wirbel um das Zauberwort „Compliance", wie überhaupt das Strafrecht in seiner Breite zum Surrogat des gewissenhaften und einsichtigen Teilnehmers diverser Verkehrskreise der Risikogesellschaft mutiert. Es drängt sich mithin der Eindruck auf, dass das Strafrecht in weiten Bereichen des gesellschaftlichen Lebens nur noch dazu dient, ein formalisiertes Verfahren zur Verfügung zu stellen, um soziale Konflikte zu verarbeiten, die sich mit den erodierenden Normensystemen von Moral, Sitte und Religion nicht mehr bewältigen lassen. Wie anders könnte etwa der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) zu verstehen sein? Warum immer noch versucht wird, das Strafrecht insgesamt mit *Kant* und *Hegel*, den Apologeten der Todesstrafe, zu legitimieren, scheint nach den panikartigen Attacken der Strafgesetzgebung aus jüngster Zeit immer rätselhafter zu werden.

II. Reduktion der Strafe und Expansion des Strafrechts

Als Zwischenfazit sei festgehalten: Lässt man das moderne – d.h. wissenschaftlich reflektierte – Strafrecht in Deutschland bei *Feuerbach* beginnen, so ist dieser Anfang durch zwei Merkmale charakterisiert: Harte, geradezu brutale Strafen auf der Rechtsfolgenseite, ein möglichst begrenztes, dogmatisch klar konturiertes Unrecht auf der Seite der Strafbarkeitsvoraussetzungen. Die Verletzung elementarer absoluter Rechte des Mitbürgers durch die Straftat wird durch die Aufhebung elementarer Bedingungen bürgerlicher Existenz als Strafe geahndet. Dieses Gleichgewicht des Schreckens, das nicht von ungefähr Generalprävention und Garantieprinzip ins Verhältnis setzte, musste seine Ausgewogenheit zwangsläufig einbüßen, als die gesellschaftliche Entwicklung eine Humanisierung der Strafe und des Strafvollzugs einforderte. Wenn nicht nur – aus heutiger Sicht – menschenverachtende[5] Strafen beseitigt werden, sondern auch der Straftäter „entstigmatisiert" werden soll, entfällt ein (gewichtiger) Grund[6], nur gravierende Verletzungen der Rechte anderer als Straftaten zu definieren.

---

5 Vgl. nur *Hellmuth Mayers* Warnung vor der „menschenzerstörenden Vielstraferei" noch 1962 (Strafrechtsreform für heute und morgen, S. V).

6 Es soll nicht etwa eine „Gesetzmäßigkeit" zwischen Intensität der Strafe und Expansion des Strafrechts behauptet werden, sondern nur darauf hingewiesen wer-

Dem kriminalpolitischen Aktivismus ist dann Tür und Tor geöffnet, um „sozial inadäquates Verhalten" für strafbar zu erklären.

Die zunehmende Beliebigkeit in der Kriminalisierung bedingt im Übrigen auch eine schon deutlich wahrnehmbare Entlegitimierung und Entphilosophierung des wissenschaftlichen Zugriffs auf den Rechtsstoff. Für *Feuerbach* ist der Allgemeine Teil des Strafrechts der „philosophische", weil die Begründung von Strafe und strafwürdigem Unrecht eine Frage vernunftgemäßer Erkenntnis ist; Bezugspunkt ist die „Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte"[7]. Tritt jedoch an die Stelle der dem Menschen eigenen Vernunft das parteipolitisch artikulierte gesellschaftliche Bedürfnis, so tritt an die Stelle *Kant*ischer Rationalität eine instrumentelle, die, selbst wenn sie sich im Rahmen verfassungsrechtlich niedergelegter Rechtsprinzipien bewegt, keinen harten Kern mehr hat. Wer die Verabschiedung des Rechtsgutsbegriffs bedauert, sollte jedenfalls sehen, dass dieser Begriff schon längst der allgemeinen Strafrechtsentwicklung entsprechend einer legislatorischen Dezision anheimgegeben ist[8] und sich zu einem nach Maßgabe sozialer Adäquanz begrenzten Normbegriff wandelt.

Gibt es angesichts der gegenwärtigen expansiven Kriminalpolitik einen Weg zwischen Affirmation und Resignation? Jedenfalls muss auch derjenige, der im Strafrecht nur noch ein sozialregulatives Ordnungsmedium sieht, erkennen, dass jede Bagatellisierung strafbaren Unrechts auch Schwerkriminalität bagatellisiert. Staatliche Strafe lässt sich als Institution nach wie vor nur legitimieren, wenn man den Kernbereich schwerer Kriminalität – scil. Mord, Vergewaltigung und Raub – in den Blick nimmt. Wohl niemand käme auf den Gedanken, das Strafrecht einzuführen, um die Verletzung von kaufmännischen Buchführungsvorschriften oder Wettbewerbsverstößen zu ahnden. Solche Delikte sind Trittbrettfahrer, die keinen Fahrschein gelöst haben. Schon aus Gründen utilitaristischer Effizienz scheint es daher geboten, die Menge der Schwarz- und Trittbrettfahrer zu begrenzen; nehmen sie überhand, scheitert das gesamte Unternehmen. Das Strafrecht desavouiert sich selbst, wenn es etwas zur „Straftat" aufbläht und dieses angeblich gravierende Fehlverhalten dann als Lappalie behandelt. Daher bedarf es nach wie vor wissenschaftlich und gegebenenfalls philosophisch fundierter Kriterien, um echte Kriminalität zu identifizie-

---

den, dass mit der Reduktion des Strafübels ein – vielleicht maßgeblicher – Grund für ein reduziertes Strafrecht wegfällt bzw. wegfallen kann.

7 So auch noch in § 19 der 11. Auflage des Lehrbuchs von 1832.

8 Vgl. nur die Kritik bei *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 22 ff.; *ders*., in: Festschrift für Frisch, 2013, S. 81 ff.

ren und von bloßen Verstößen gegen die staatliche oder wirtschaftliche Ordnung, die genuine Sache eines generalpräventiven Ordnungswidrigkeitenrechts ist, abzugrenzen. Strafe als durch Rechtsprinzipien begründete Rechtsfolge – und nicht als Folter- und Abschreckungsinstrument zur Einhaltung sozialer Sicherheitsstandards – hat dann wieder einen spezifisch rechtlichen Sinn.

III. Konsequenzen der Expansion

Es gibt aber noch weitere Gründe, primär konsequentialistischer Art, die gegen eine Umwandlung des Strafrechts in ein sozial-regulatives Instrument zur Vermittlung von Sicherheit in den Risikobereichen des gesellschaftlichen Lebens sprechen. Einige dieser Gründe seien im Folgenden thesenhaft zusammengestellt. Sie mögen ein wenig den Preis verdeutlichen, der von der Abkehr eines begrenzten Straf-Rechts zu bezahlen ist.

1. Ein sozial-regulatives Strafrecht muss die skrupulösen Beweisanforderungen des tradierten Strafrechts schleifen. Dazu bieten sich vielfältige Wege an: Elemente des Unrechts der Tat können aus dem Zusammenhang der Zurechnung zur Schuld herausgenommen und als objektive Bedingungen der Strafbarkeit behandelt werden; Beispiel Bankrott (§ 283 Abs. 6 StGB). Oder es werden Delikte geschaffen, bei denen wesentliche Elemente des Unrechts, das vermieden werden soll, schlicht fehlen. So setzen weder der Kredit"betrug" (§ 265 b StGB) noch der Kapitalanlage"betrug" (§ 264 a StGB) eine Irrtumserregung und eine selbstschädigende Vermögensverfügung des Opfers voraus. Oder: Durch eine Anbindung des Strafrechts an das Verwaltungsrecht wird eine Beweislastumkehr erzielt: Bestraft wird ein Verhalten ohne behördliche Erlaubnis, also ein Verhalten, das die behördliche Sicherheitskontrolle nicht passiert hat (§§ 327 f. StGB).

2. Zur Vermeidung sozialer Störungen werden Zustände geschützt, die (noch) gar nicht existieren und die im eigentlichen Sinne keine Rechtsgüter sind, etwa die Sauberkeit des Wassers (§ 324 StGB). Oder es werden Güter genannt, deren Schädigung durch das konkrete Täterverhalten im Einzelfall empirisch nicht nachweisbar ist; typisch ist es, die Funktionsfähigkeit von staatlichen und wirtschaftlichen Bereichen zu selbständigen Schutzgütern aufzuwerten, etwa den bargeldlosen Zahlungsverkehr (bei § 266 b StGB).

3. Schuld und Schaden sind im sozial-regulativen Strafrecht nur schwer in ein Verhältnis zueinander zu bringen. Zum einen können – etwa im

technischen Bereich – schon minimale Fehlreaktionen folgenschwer sein. Zum anderen aber fehlt beim typischen Sicherheitsdelikt das Näheverhältnis zum Opfer und damit die kriminelle Energie, die der Einbruch in die Freiheitssphäre des Mitmenschen verlangt. Die Verantwortung für die das sozial-regulative Strafrecht prägenden Kumulations- und Summationsschäden geht nicht glatt in Einzeltatverantwortungen auf; es bleibt ein nicht unerheblicher Rest an „Systemschuld".

4. Tradiertes, retrospektives Strafrecht geht von einem bestimmten Menschenbild aus, von dem Mitbürger, dem man vertrauen kann, der einen Vertrauensvorschuss verdient. Ein Strafrecht mit diesem Menschenbild wartet ab, greift erst dann ein, wenn das Kind gewissermaßen schon in den Brunnen gefallen ist. Das mag gefährlich, ja risikoblind sein, ist aber auch selbstbewusst. Das ist das soziale Klima, in dem der mündige Bürger real existiert, in dem auch Vertrauen in die gesellschaftlichen Selbstregulierungsmechanismen herrscht. Sozial-regulatives Strafrecht erwächst dagegen aus einem gesellschaftlichen Angstpotential, es ist misstrauisch und will dem Feind schon vor der Tat das Handwerk legen. Man mag das dann auch gleich „Feindstrafrecht" nennen.

5. Von Interesse ist schließlich eine Konsequenz der allmählichen Abkehr vom tradierten strafrechtlichen Ziel des Rechtsgüterschutzes, die sich freilich schon in der Frühzeit der finalen Lehre abzeichnete. Sieht man etwa das Unrecht eines Totschlags in der Verletzung eines absoluten Rechts auf Leben, so bedarf es eines mehr oder minder großen Argumentationsaufwandes, um Tötungen zu rechtfertigen, etwa im Falle der Notwehr, der Todesstrafe oder des Krieges. Dem hält *Welzel* jedoch entgegen, dass nicht die Rechtsgutsverletzung, sondern das verbotene sozialunethische Verhalten den generellen Unwertgehalt strafwürdigen Unrechts bilde.[9] Das Recht habe das für ein sittlich-geordnetes Gemeinschaftsleben Unverträgliche auszuwählen und zu verbieten.[10] Demnach sollen umgekehrt aus dem Unrecht alle Handlungen ausscheiden, die sich funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen; kurz: sozial adäquates Verhalten sei kein Unrecht. Beispielhaft für eine sozial-adäquate Tätigkeit wird zunächst das Eisenbahnfahren genannt.[11] Weniger ins Leere laufen jedoch die Beispiele, die folgen: der staatliche Vollzug der Todesstrafe sei seinem sozialen Sinn

9 Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 138 f. mit Fn. 30.
10 Abhandlungen, S. 141.
11 Abhandlungen, S. 142.

nach ebensowenig eine Tötungshandlung wie des Erschießen des Feindes im Krieg.[12] Für *Welzel*, der die strenge Schuldtheorie mit dem Argument verteidigt, das Töten eines Menschen in Notwehr sei nicht mit dem Töten einer Mücke zu vergleichen, scheinen sich also todbringende Vollstreckungs- und Kriegsakte auf dem sozial-adäquaten Niveau des Einsatzes einer Fliegenklatsche zu bewegen.

Die Lehre von der sozialen Adäquanz ist ein charakteristisches Merkmal heutiger Strafrechtsdogmatik. Nicht das Strafrecht definiert – unter permanentem Legitimationsdruck – das keinesfalls als sozial adäquat Hinnehmbare, sondern ein bereichsweise schwammiges Strafrecht wird durch Kriterien des (von wem definierten?) sozial Adäquaten begrenzt. Es sind nicht mehr, wie bei *Feuerbach*, die „höchsten Principien des peinlichen Rechts", die das Sagen haben, sondern die auf unterschiedlichen Wegen in das Recht einfließenden aktuellen Bedürfnisse und Wertungen der Gesellschaft. So soll nach *Jakobs* ein sozial adäquates Verhalten, durch das jemand zu Tode kommt, erst gar nicht die Bedeutung eines „Tötens" haben.[13] Der steinige Weg der Rechtfertigung objektiven Unrechts wie auch der Begründung mangelnder Verantwortung für gravierende Schäden wird so umgangen, in dem schon ein potenzieller Zurechnungsgegenstand nach Kriterien nicht genuin rechtlicher Art[14] negiert wird.

IV. Resümee

Die vorstehenden Überlegungen seien kurz zusammengefasst: Das Strafrecht aus den Zeiten *Feuerbachs* und der Hegelianer war ein furchtbares, grausames und stigmatisierendes Strafrecht und musste deshalb eng begrenzt werden, was angesichts der normativen Stabilisierung durch Moral, Sitte, Religion und flankierendes Polizeirecht auch halbwegs möglich gewesen sein mag. Das sozial-regulative Strafrecht von heute will dagegen, ungeachtet eines Kernbereichs schwerer Kriminalität, bei im Vergleich zärtlichen Sanktionen soziale Unordnung querbeet verhindern, sofern keine für hinreichend effizient gehaltenen Sanktionssurrogate zur Hand sind. Das Strafrecht wird ubiquitär, lückenlos und inhaltlich amöbenhaft. Ob es unter diesen Prämissen überhaupt entbehrliche Tatbestände geben

12 Abhandlungen, S. 152 mit Fn. 55.
13 System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 30 mit Fn. 51.
14 Nach *Jakobs*, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 32, ist allerdings das Recht die normative Struktur der Gesellschaft.

kann, mag, so gesehen, durchaus zweifelhaft sein. Der Rückgriff auf die Verfassung jedenfalls scheint bei alledem ein durchaus ehrenwerter und anspruchsvoll juristischer, aber auch sehr positivismusfrommer Lösungsweg zu sein. Versteht sich die Strafrechtswissenschaft als Wissenschaft und nicht als Rechtskunde, so muss sie jedenfalls den Funktionswandel des Strafrechts in der heutigen Gesellschaft auf den Begriff bringen und – auch in historischer Perspektive – wertend Stellung beziehen.

Sicherheitsstrafrecht

I. Sicherheit durch den Staat und vor dem Staat

Zu den Herausforderungen der europäischen Rechts- und Staatstheorie der Neuzeit gehört, wie dies bereits John Locke im Jahre 1690 thematisierte,[1] die Suche nach einer Antwort auf das angemessene Verhältnis der *durch* den Staat zu gewährleistenden Sicherheit und der Sicherheit *vor* dem Staat. Der Anspruch des Staates, allein das Gewaltmonopol innezuhaben, ist nur dann legitim, wenn er seinen Bürgern nach innen und nach außen wenigstens ein Minimum an Sicherheit als Grundlage freier persönlicher Entfaltung zu bieten vermag. Insoweit ist Sicherheit *durch* staatlichen Schutz notwendige Bedingung individueller Freiheit. Jedoch kann der Staat Sicherheit nur gewährleisten, wenn er zum Schutz vor den Gefahren für seinen Bestand und für die Sicherheit seiner Bürger auch in die Freiheit der Bürger eingreifen darf, namentlich dann, wenn die Gefahr von einzelnen Bürgern selbst ausgeht. Insoweit gehört zur bürgerlichen Freiheit auch ein hinreichender Schutz vor staatlichen Eingriffen in die eigene Sphäre im Sinne eines Abwehrrechts.

Sicherheit durch den Staat und Sicherheit vor dem Staat schränken sich wechselseitig ein. Dieses Verhältnis befindet sich keineswegs in einem Zustand stabiler Harmonie. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass das Verhältnis von Sicherheit durch den Staat und Sicherheit vor dem Staat den jeweiligen innen- und außenpolitischen Verhältnissen eines Staates anzupassen ist. Das heutige deutsche Verfassungsrecht hat u. a. aus den Deformationen der totalitären Vergangenheit gelernt und einen plausiblen Weg des Ausgleichs beschritten: Auf der einen Seite überlässt es die Ausgestaltung der Sicherheit durch den Staat dem demokratischen Spiel der gesellschaftlichen Kräfte. Dies gilt insbesondere für die Eingriffsbefugnisse von Polizei, Militär und sonstigen Sicherheitskräften. Auf der anderen

---

1 *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, hrsg. von Euchner, Frankfurt am Main 1977, 257 f., 337 ff.; ungeachtet der geistesgeschichtlichen Vorläufer treten bei John Locke, wie *Robbers* (Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987, 48) darlegt, drei Gesichtspunkte in den Vordergrund der staatsphilosophischen Begründung des Rechts auf Sicherheit: als Willkürverbot, als Abwehrrecht gegenüber dem Staat vor Bedrohungen der persönlichen Sicherheit und als subjektiv fundiertes Konstitutionsprinzip des Staates.

Seite gewährt die Verfassung dem einzelnen Bürger unangreifbare Grundfreiheiten gegenüber dem Staat und die Unantastbarkeit seiner Menschenwürde. Oder anders gesagt: Sicherheit als staatliche Schutzpflicht wird durch einfaches Recht konkretisiert, Sicherheit als Abwehrrecht gegenüber dem Staat ist verfassungsrechtlich ausformuliert.[2]

Die vom Staat zu gewährleistende Sicherheit für seine Bürger betrifft nicht nur die Abwehr existenzbedrohender Gefahren. Der Staat will den einzelnen Bürger auch in seinem persönlichen Lebensbereich absichern und ihm, dem Sozialstaatsgedanken entsprechend, den äußeren Rahmen für ein von elementaren Sorgen freies gesellschaftliches Leben ermöglichen.[3] Insoweit durchzieht das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit alle Rechtsgebiete. Zivilrechtlich wird der Bürger gezwungen, besondere Haftungsrisiken im Straßenverkehr, bei Gebäuden oder gefährlichen Anlagen durch Assekuranz abzudecken. Der Staat greift zudem zum Schutz des Schwächeren massiv in die Privatautonomie ein, z.B. in Arbeits- und Mietverhältnisse.[4] Die eigentliche Materie des staatlichen Schutzes ist aber das hoheitliche Polizei- und Ordnungsrecht. Dieses Rechtsgebiet ist präventiv ausgerichtet und auf die Vorsorge vor und die Abwehr von „nackten" Gefahren für die Güter der Bürger und den Bestand des Staates und seiner Institutionen bezogen.[5] „Nackte" Gefahren soll heißen: Die Gefahren werden – ungeachtet ihrer Quelle – nur als Gefahren in den Blick genommen, gleich, ob sie von Naturgewalten, Tieren oder Menschen ausgehen. Allerdings sind auch polizeiliche Maßnahmen stets an rechtsstaatliche Eingriffsvoraussetzungen gebunden, insbesondere an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das Strafrecht, als Spezialgebiet des öffentlichen Rechts, spielt bei der Gewährung von Sicherheit durch den Staat eine maßgebliche Rolle. Es soll nach heutigem Verständnis Rechtsgüter schützen, wobei Rechtsgüter zu verstehen sind als Eigenschaften von Personen, Sachen oder Institutionen, die – wie z.B. Leib, Leben, Freiheit, Eigentum, Rechtspflege – der freien

---

2 So *Isensee*, Das Strafrecht als Medium der grundrechtlichen Schutzpflicht, in: Beckmann u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Berlin 2019, 249, 252, 271 f.; vgl. auch BVerfGE 120,224, 240 f.; BVerfGE 123, 267, 408 f.; zu den Bestimmungen über Schutzmittel *Robbers* (Fn. 1), 204 ff.

3 Insoweit sieht *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, 17 ff., mit Blick auf Sicherheit drei aufeinander aufbauenden Legitimationsschichten: die bürgergerichtete, die staatsgerichtete und die soziale Sicherheit.

4 Die hier relevanten Risiken betreffen freilich zuvörderst Lebensrisiken (des status positivus), weniger rechtsverletzende Beeinträchtigungen (des status negativus).

5 Exemplarisch: § 1 Abs. 1 S. 2 PolGNRW.

Entfaltung des Einzelnen in einer rechts- und sozialstaatlich verfassten demokratischen Gesellschaft dienen. Das Strafrecht schützt diese Güter, indem es Handlungen, durch die sie gefährdet oder verletzt werden, untersagt, oder indem es vorschreibt, Handlungen vorzunehmen, die ihrer Sicherung oder Erhaltung dienen. Im Falle der zu verantwortenden Nichtbefolgung einer Norm sieht das Strafrecht als Sanktion die Verhängung einer Kriminalstrafe – insbesondere Freiheitsentzug oder Geldstrafe – vor.

Zweck der Kriminalstrafe ist nach der heute in Deutschland vorherrschenden Doktrin die sog. positive Generalprävention: Durch die Verhängung der Strafe soll – der Theorie nach – das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung bestärkt werden. Die Strafe wird gedeutet als eine Antwort auf den Normbruch, die sich zugleich an die rechtstreuen Bürger wendet, und nicht (nur), wie die negative Generalprävention, als Medium der Abschreckung potenzieller Täter vor kriminellem Handeln dient. Nach der Theorie der positiven Generalprävention geht es also im Strafrecht nicht – wie im Polizeirecht – um Gefahrenabwehr, sondern um die Garantie der Erwartung in die wechselseitige Einhaltung der gesetzlich festgelegten Verhaltensnormen. Jeder Bürger soll davon ausgehen können und dürfen, dass möglichst alle anderen Bürger die Normen befolgen. Das Strafrecht hat zu zeigen, dass diese wechselseitigen Erwartungen berechtigt und verlässlich sind, dass also derjenige, der sein eigenes Handeln an dieser Erwartung ausrichtet, nicht (dauerhaft) enttäuscht wird und umlernen muss.[6]

Wird die Erwartung nicht erfüllt, so wird mit der Verhängung von Strafe reagiert: Mit der Zufügung der Strafe wird ausgedrückt, dass dem Täter die Nichtbefolgung der Norm „verübelt" wird, weil er die in ihn gesetzten Erwartungen an Loyalität gegenüber dem Recht enttäuscht hat. Die Verhängung von Strafe verdeutlicht demnach, dass die Normverletzung durch den Täter unmaßgeblich ist und die Norm weiterhin als verbindliches Verhaltensmuster gilt.[7] Je bedeutsamer die Norm für die rechtliche Ordnung der Gesellschaft nach deren Selbstverständnis ist, desto schwerer wiegt der (zu verantwortende) Normwiderspruch. Kennzeichnend hierfür ist die

---

6 Vgl. nur, mit deutlich systemtheoretischen Akzenten, *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1991, 1. Abschn. Rn. 4 ff.; hierzu auch *Isensee* (Fn. 2), 267 f. m.w.Nachw.

7 Während Naturgesetze durch ein ihnen widersprechendes Ereignis falsifiziert werden, soll die strafrechtliche Verhaltensnorm nach ihrem Bruch weiterhin gelten, was eine (kommunikative) „Falsifikation" des der Norm widersprechenden Ereignisses verlangt; zur Deutung von Naturgesetzen als „Verbote" *Popper*, Logik der Forschung, 10. Aufl., Tübingen 1994, 39 f.

Höhe der für das Delikt angedrohten Strafe. Zugleich wird dem Täter angetragen, das Strafübel als symbolische Reaktion der Enttäuschung über den durch sein Verhalten ausgedrückten Mangel an Rechtstreue anzunehmen: Betrachtete er seine Tat aus der Perspektive der anderen, müsste er von sich selbst enttäuscht sein und die Strafe als Vergeltung akzeptieren.

Gerade weil das Strafrecht ein besonders wirksames Mittel ist oder jedenfalls für ein besonders wirksames Mittel gehalten wird, um Sicherheit durch den Staat zu gewährleisten, greift die Legislative heute in zunehmendem Maße auf das Strafrecht zurück, um Sicherheitsinteressen zu befriedigen. Es lässt sich seit etwa fünf Jahrzehnten in Deutschland, wie auch generell in Europa, eine stetige Expansion des Strafrechts in alle Lebensbereiche feststellen, in denen Bedingungen von Sicherheit beeinträchtigt werden können.[8] Strafrechtliche Normen stillen mit anderen Worten in allen neuralgischen Bereichen von Staat und Gesellschaft sicherheitspolitische Bedürfnisse: bei Drogen, Subventionen, Wirtschaft, Steuern und Sozialabgaben, Umweltschutz, Kriegswaffenkontrolle, Lebensmitteln, Terrorismus, sozialem Frieden und „pazifistischem Binnenklima", automatischer Datenverarbeitung usw.

Dieser Einsatz des Strafrechts als Schutzinstrument hat einen (hohen) Preis. Kein anderes Instrument des Staates greift institutionell so massiv in die Freiheitssphäre der Bürger ein wie das Strafrecht, und zwar in die Freiheitssphäre derjenigen Bürger, deren Normbruch der Staat durch Strafe ahndet. Die vom Staat für die Freiheit der Bürger ausgehenden Gefahren, die sich hier verbergen, hat bereits Franz von Liszt scharfsichtig aufgezeigt. An Locke erinnernd, ist Kerngedanke seiner liberalen Strafrechtslehre, dass das Recht nicht nur den Bürger, sondern auch die Staatsgewalt selbst bindet, um so als gemeinsames Ziel die Regelung menschlicher Lebensbeziehungen zu erreichen.[9] Der Staat ist selbst gefährlich und muss sich deshalb in eine Rechtsordnung einbinden. Er muss seine Strafgewalt im Interesse der Freiheit seiner Bürger selbst beschränken. Das Strafgesetz bietet demnach für den Bürger die Garantie, dass nur das dort ausdrücklich festgelegte Verhalten strafbar ist. Der Satz *nullum crimen sine lege* soll den Bürger vor der staatlichen Allgewalt und der rücksichtslosen Macht der Mehrheit schützen. Der Deliktstatbestand wird insoweit auch verstanden als magna charta,[10] als eine maßgeblich auch für den Staat verbindliche

8 Beispielhaft hierzu *Silva Sánchez*, Die Expansion des Strafrechts, Frankfurt am Main 2003, 7 ff. und passim.

9 *Von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl., Berlin 1919, 3.

10 *Von Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II, Berlin 1905, 75, 80.

Grenze des strafrechtlichen Zugriffs auf den Freiraum des Bürgers. Die formale Positivität des Rechts ist, so gesehen, eine konsequente Verrechtlichung triebhafter gesellschaftlicher Reaktionen.

Die rechtsstaatlich liberale Deutung des Strafrechts durch Franz von Liszt setzt den Staat unter Legitimationszwang gegenüber der Gesellschaft und dem Einzelnen. Der Staat erhält Aufgaben, an deren Erfüllung er gemessen wird, und diese Überprüfung ist – der Idee nach – auch und gerade empirischer Natur. Die realen Verhältnisse können zur Rechtfertigung wie auch Kritik der präventiven Mechanik des Strafens herangezogen werden. In der Theorie von Liszts ist das Spannungsverhältnis der Sicherheit durch und der Sicherheit vor dem Staat, bezogen auf das Strafrecht, im Sinne eines „modernen" Präventionsstrafrechts – und damit in Abkehr vom Vergeltungsstrafrecht – auf den Begriff gebracht. Diese Theorie hat jedoch nicht nur die Verunglimpfungen durch die völkischen Entgleisungen überlebt,[11] sondern hat einen Siegeszug angetreten, der den Präventionsgedanken zum Paradigma der heutigen Doktrin hat werden lassen. „Die Verbesserung der Welt durch Strafrecht", so schreibt Hassemer,[12] „ist unserer alltäglichen normativen Verständigung […] tief eingeschrieben. Strafrecht ist ein Agent der bürgerlichen Sicherheit, und Sicherheit ist ein empirisches Konzept."

Der Paradigmenwechsel von der Vergeltung zur Prävention hat freilich eine Gewichtsverlagerung zur Konsequenz, die schon im Ansatz das bislang am Schuldprinzip austarierte Verhältnis von Sicherheit vor und Sicherheit durch den Staat aufzuheben droht. Denn als Präventionsinstrument ist das Strafrecht in der Gestalt eines Schuldstrafrechts defizitär. Der Komplementärbegriff zu der vom Staat zu vermittelnden Sicherheit ist hier nicht Schuld, sondern Gefährlichkeit. Schuld ist die Verantwortlichkeit für begangenes Unrecht, Gefährlichkeit ist Ausdruck möglichen künftigen Unrechts. Schuld setzt normative Ansprechbarkeit voraus, Gefährlichkeit ist auch und gerade bei fehlender oder zumindest reduzierter normativer Ansprechbarkeit gegeben. Ein auf die Verhinderung von künftigem Unrecht gerichtetes „Strafrecht" ist lückenhaft, wenn es (allein) auf potenzielle Verantwortlichkeit statt (auch) auf potenzielle Gefährlichkeit abstellt.

---

11 Vgl. nur *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, Mannheim 1935, 22 ff.; hierzu auch *Kindhäuser*, Günther Jakobs und Hans Welzel, in: Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Tübingen 2019, 155, 180 f.

12 *Hassemer,* Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, 130, 131.

Diese Lücke wurde in den vergangenen Jahrzehnten offen, aber auch verdeckt geschlossen. Beispielhaft für eine offene Lückenschließung ist die Einführung von Maßregeln der Besserung und Sicherung im Jahre 1933. Solche Maßnahmen sind Ausdruck einer gewissen Paradoxie der Strafrechtsentwicklung seit Franz von Liszt. Je stärker dessen „moderne" Schule auf der einen Seite die Härte der Vergeltungsstrafe unter vornehmlich spezialpräventiven Gesichtspunkten abzumildern suchte, desto deutlicher fehlten ihr auf der anderen Seite die Mittel zur möglichst effektiven Kontrolle der potenziellen Gefährlichkeit von Tätern. Wenn sich als schuldangemessene Strafe Todes- und lebenslange Strafe nicht mehr vertreten lassen, lässt sich der zugeschriebenen Gefährlichkeit des Täters nur mit der nicht mehr auf Schuldausgleich bezogenen Sicherungsverwahrung begegnen.[13] Gewiss sind auch die Maßregeln an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, aber dessen Kriterien sind eben Gefahrengrade und nicht das Maß an defizitärer Rechtstreue bei zugeschriebener Fähigkeit zu normgemäßer Motivation. Insoweit sind Maßregeln der Besserung und Sicherung die perfekte Abrundung eines am Präventionsparadigma ausgerichteten „Strafrechts". Außerdem sind auch die Vorteile eines solchen Systems zu sehen: Sie liegen im Gegensatz zu dem auf vergangene Schuld bezogenen „Endurteil" in ihrer Offenheit für die Zukunft und sind der steten – sie zugleich legitimierenden – Überprüfung ihrer noch bestehenden Voraussetzungen zugänglich.

Beispiele für eines vom Schuldstrafrecht mehr oder minder gelösten Gefahrenabwehrrechts finden sich auch außerhalb des materiellen Strafrechts, etwa in den Haftgründen der Wiederholungsgefahr (§ 112 a StPO)[14] und der Schwere der Tat (§ 112 Abs. 3 StPO).[15] Im Übrigen spricht die StPO mehrfach[16] von „Tätern", als sei die Unschuldsvermutung keines ihrer tragenden Prinzipien.[17] Doch soll im Folgenden einem Gefahrenab-

13 Eine persönliche Reminiszenz: In einem Vortrag legte ein ausländischer Strafrechtswissenschaftler dar, warum seiner Ansicht nach eine schuldunabhängige Sicherungsverwahrung mit rechtsstaatlichen Standards nicht zu vereinbaren sei. Auf Nachfrage in der anschließenden Diskussion hielt er dagegen die in seinem Land mögliche schuldvergeltende Freiheitsstrafe von gut vierzig Jahren für rechtsstaatlich unbedenklich.

14 Hierzu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017, 246: „In seiner heutigen Ausgestaltung ist dieser Haftgrund rechtsstaatlich unerträglich."

15 Einengend BVerfGE 19, 342, 350 f.

16 Vgl. §§ 98 a, 100 c, 163 d oder 163 e StPO.

17 Zur Kritik *Diercks*, Der verfassungsrechtlich anstößige Begriff „Täter" im Ermittlungsverfahren, AnwBl. 1999, 311 ff.

wehrrecht, soweit es sich außerhalb des Schuldstrafrechts im engeren Sinne bewegt, nicht weiter nachgegangen werden. Vielmehr soll das tradierte Schuldstrafrecht unter der Fragestellung in den Blick genommen werden, welche Rolle es bei der Gewährleistung von Sicherheit in der heutigen Gesellschaft spielen kann. Als Vorüberlegung hierzu sei zunächst kurz erörtert, warum das Strafrecht überhaupt taugliches Mittel zur Gewährleistung von Sicherheit sein kann. Dem folgt eine Analyse der Deliktsformen, die typisch sind für das am Präventionsparadigma ausgerichtete heutige Strafrecht, nämlich der sog. Gefährdungsdelikte. An ihnen lässt sich beispielhaft das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz durch und dem Schutz vor dem Staat, in dem sich das Strafrecht bewegt, verdeutlichen.

II. Zur egoistischen Rationalität des Verbrechens

Strafe, so lautet die Prämisse der positiven Generalprävention, dient der Durchsetzung (faktischer) Normgeltung. Doch warum, so mag man fragen, bedarf es überhaupt der Strafe, um Normbefolgung zu sichern? Vor allem die Normen des Kernstrafrechts – wie die Verbote der Tötung, der Köperverletzung oder des Diebstahls – sind ja allseitig vorteilhaft, so dass es schon im Selbstinteresse jedes Einzelnen liegen müsste, diese Normen auch zu befolgen. Doch genau dies ist nicht der Fall. Allseitig vorteilhafte Normen sind instabil, da es individuell vorteilhafter ist, sie zu brechen als zu befolgen. Diese paradox klingende These lässt sich unschwer begründen.[18]

Jede strafrechtliche Verhaltensnorm ist eine Koordination von bestimmten gegenläufigen Interessen: Der allgemeinen Handlungsfreiheit des Normadressaten steht ein bestimmtes geschütztes Interesse gegenüber. Die Norm nennt nun die Bedingungen, unter denen die allgemeine Handlungsfreiheit um des geschützten Interesses willen eingeschränkt wird. So begrenzt etwa das Verbot des Diebstahls (§ 242 StGB) die allgemeine Handlungsfreiheit um des besitzbezogenen Eigentumsschutzes willen dergestalt, dass es untersagt, Sachen, die anderen gehören, in Zueignungsabsicht wegzunehmen. Mit der Befolgung einer Norm ist somit stets ein Freiheitsverzicht verbunden. Die eigene Freiheit wird begrenzt, um so die Freiheitssphäre anderer vor Beeinträchtigungen zu bewahren. Diese

18 Die Instabilität distributiv vorteilhafter Normen lässt sich gleichermaßen anhand des sog. Gefangenendilemmas verdeutlichen, vgl. *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1975, 302 ff. m.w.Nachw.

Beschränkung der Ausübung eigener Freiheit kann jedoch dadurch aufgewogen werden, dass auch alle anderen diesen Freiheitsverzicht leisten. Wenn also jemand nicht stiehlt, dann verzichtet er zwar darauf, Sachen, die anderen gehören, wegzunehmen, hat dadurch aber den Vorteil, selbst nicht bestohlen und dadurch geschädigt zu werden.

Wenn dies so ist, besteht die Möglichkeit, doppelt zu gewinnen. Man leistet keinen Freiheitsverzicht, nimmt also fremde Sachen weg, ohne selbst bestohlen zu werden, macht sich also den Freiheitsverzicht anderer zunutze. Es ist daher durchaus in einem egoistischen Sinne rational, eine Norm, welche die meisten anderen befolgen, zu brechen. Handelt allerdings jeder so, weil er nicht der Dumme sein will, der einen Freiheitsverzicht leistet und obendrein noch geschädigt wird, so bricht die von der Norm vorgesehene allseitig vorteilhafte Interessenkoordination faktisch zusammen.

Das Beispiel mag zeigen, dass allein der bloße Erlass allseitig vorteilhafter Normen nicht ausreicht, um ihre allgemeine Befolgung zu erreichen. Vielmehr muss zudem das Vertrauen vermittelt werden, dass die Norm von einer hinreichend großen Anzahl von Adressaten auch tatsächlich befolgt wird.[19] Der Normtreue darf nicht der Gefahr ausgesetzt sein, doppelt zu verlieren, während der Normbrüchige doppelt gewinnt. Allseitig vorteilhafte Normen bedürfen daher eines Zwangssystems, das ihre Geltung sichert und zugleich ein allgemeines Vertrauen in die weitgehende Befolgung der Norm schafft.[20]

III. Gefährdungsdelikte

---

19 Es muss gewissermaßen die entscheidungstheoretische Situation des Hobbesschen Naturzustandes überwunden werden, vgl. *Hobbes,* Leviathan, hrsg. von Fetscher, Frankfurt am Main 1984, 104 ff.

20 Der wunde Punkt dieser Argumentation liegt auf der Hand: Sie legitimiert Zwang im Allgemeinen, aber noch nicht Kriminalstrafe im Besonderen; Zwang allein ist zweckgebunden. Zu einer adäquaten, über die bloße Zwangsbefugnis hinausgehenden Interpretation der Strafe bei Kant vgl. insbesondere *Höffe,* Kant versus Bentham: Vom vermeintlich kategorischen Imperativ des Strafgesetzes, in: Brandt (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, Berlin 1982, 335 ff.; *Naucke,* Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, Hamburg 1962, 12 ff.

1. Allgemeines

Das Leben in den modernen Industriegesellschaften bringt eine Fülle von Risiken mit sich, deren Bewältigung nicht nur den Einzelnen überfordert, sondern auch zu gesamtgesellschaftlich kaum zu beherrschenden Unsicherheiten führt. Technischer Fortschritt und steigende Risiken gehen Hand in Hand und charakterisieren die heutige Gesellschaft aus soziologischer Sicht als Risikogesellschaft.[21] Das einzige Instrumentarium, das über die Möglichkeit verfügt, Vor- und Nachteile des Eingehens von Risiken wertend ins Verhältnis zu setzen und in regulierende Bahnen zu leiten, ist das Recht. Unweigerlich wird daher nach dem Strafrecht gerufen, wenn es gilt, die Einhaltung der Grenzwerte für sozial tolerierte Risiken durch Sanktionen abzusichern. Hinzu kommt, dass jede technische Neuerung beim Austausch von Gütern auch die Möglichkeit ihres Missbrauchs eröffnet. Das kann unter Ausnutzung der technischen Gegebenheiten erfolgen, wie z.B. beim Computerbetrug oder bei Urheberrechtsverletzungen im Internet. Das kann aber auch durch Sabotage und terroristische Eingriffe geschehen. Schon die Möglichkeit von Missbrauch schürt individuelle und kollektive Ängste. Ängste werden durch Prävention beschwichtigt und das Bedürfnis nach Prävention wird durch den Rückgriff auf die Sanktionen des Strafrechts gestillt. Strafrecht wird auf diese Weise, salopp formuliert, zur Allzweckwaffe gegen drohende Gefahren.

Die tradierten Verbote der Verletzung elementarer Rechtsgüter werden heute jedoch nicht mehr für ausreichend erachtet, um die Sicherheit durch den Staat, die das Strafrecht vermitteln will, zu gewährleisten. Im Zentrum der heutigen Kriminalpolitik stehen vielmehr die sog. Gefährdungsdelikte. Kaum ein Thema hat die Strafrechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten so sehr beschäftigt wie die Frage nach Zweck und Berechtigung solcher Delikte.[22] Denn bei diesem Deliktstyp wird die Kehrseite des Sicher-

---

21 Beispielhaft: *Beck*, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, 22. Aufl., Frankfurt am Main 2015; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft", Berlin 1993; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1993.

22 Vgl. nur *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991, 116 ff.; *Sieber*, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, NStZ 2009, 353, 357 ff.; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, 281 ff., 305 ff.; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, 52 ff. und passim.

heitsstrafrechts, die Beschränkung bürgerlicher Freiheit, augenscheinlich. Einerseits sind Gefährdungsdelikte beispielhaft für ein am Präventionsgedanken ausgerichtetes Strafrecht, weil sie nicht erst die Verletzung, sondern bereits die Erhöhung von Risiken für Rechtsgüter verhindern und damit das Schutzpotenzial erhöhen sollen. Anderseits schränken Gefährdungsdelikte den Freiheitsraum der Normadressaten dadurch erheblich ein, dass sie Verhaltensweisen bereits als strafbares Unrecht ausweisen, die sich noch in beträchtlicher Distanz zu substanziellen Schädigungen bewegen. So macht sich etwa nach § 265 Abs. 1 StGB strafbar, wer einem anderen eine gegen Diebstahl versicherte Sache überlässt, um sie später der Versicherung als gestohlen zu melden und einen Leistungsanspruch geltend zu machen. Es handelt sich bei dieser Straftat also um die Vorbereitung zu einem Versicherungsbetrug. Obendrein sieht Abs. 2 dieser Vorschrift auch eine Strafbarkeit des Versuchs vor und pönalisiert damit den Versuch der Vorbereitung eines Betrugsversuchs. Problematisch ist hieran, dass sich das äußere Verhalten des Täters in einem sozial völlig unauffälligen Rahmen vollziehen kann; der Täter schenkt etwa einem Dritten ein ihm gehörendes (versichertes) Schmuckstück. Das Unrecht besteht in einem solchen Fall in einer sich in keinerlei äußerem deliktischem Verhalten manifestierende Zielsetzung, konfligiert also ersichtlich mit dem Grundsatz *cogitationis poenam nemo patitur*.

Nun wäre es verfehlt, Gefährdungsverboten pauschal die Legitimation abzusprechen. Viele Gefährdungsdelikte gehören zum tradierten Bestand strafrechtlicher Tatbestände, wobei nur an Bankrott, Verleumdung oder die Brandstiftung von Gebäuden zu denken ist. Auch neueren Gefährdungsdelikten wie der Trunkenheit im Straßenverkehr oder dem Missbrauch ionisierender Strahlung lässt sich schwerlich schlankweg die Berechtigung absprechen. Nur müsste, so ließe sich auf den ersten Blick annehmen, bei Delikten, bei denen, wie der Name schon sagt, der Täter ein Rechtsgut nur in Gefahr bringt, auch Unrecht und Schuld geringer sein als bei Verletzungsdelikten, mit der Folge, dass auch das Strafmaß bei Gefährdungsdelikten niedriger anzusetzen sei.

Blickt man jedoch in das Strafgesetzbuch, so wird schnell deutlich, dass diese Annahme nicht zutrifft. Beliebige Beispiele: Der Gefährdungstatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) hat dieselbe Strafandrohung wie der Verletzungstatbestand des Betrugs (§ 263 StGB), obwohl der Subventionsbetrug keinen Eintritt eines Vermögensschadens verlangt. Die Gründung einer Vereinigung, die auf die Begehung bestimmter Straftaten gerichtet ist, kann eine höhere Strafandrohung haben als die Ausführung der betreffenden Straftaten selbst (§ 129 a StGB). Die abstrakten Gefähr-

dungsdelikte des Meineids (§ 154 StGB) und der Bestechlichkeit eines Richters (§ 332 Abs. 2 StGB) sind als Verbrechen mit hohen Freiheitsstrafen eingestuft und entsprechen damit im Strafmaß besonders schweren Verletzungsdelikten.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die schädigenden Wirkungen von Gefährdungen keineswegs geringer sein müssen als diejenigen von Verletzungen. Werden Rechtsgüter als Eigenschaften von Personen, Sachen oder Institutionen verstanden, die der freien Entfaltung des Einzelnen in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat dienen, so liegt der Wert von Rechtsgütern in der Funktion, Freiheit zu ermöglichen. Folglich wird der Wert von Rechtsgütern gemindert, wenn sie in ihrer Funktion, Mittel freier Entfaltung zu sein, beeinträchtigt werden. Ein Beispiel: Angenommen, jemandem gehöre ein Ferienhaus in einem Land, in dem plötzlich ein Bürgerkrieg ausbricht. Mit einem Schlag wäre der Verkaufswert dieses Ferienhauses drastisch gefallen, auch wenn es durch die kriegerischen Auseinandersetzungen in keiner Weise substanziell beeinträchtigt würde. Dieses Beispiel illustriert, dass der Wert einer Sache auch von den Rahmenbedingungen abhängt, unter denen sie zweckentsprechend verwendet werden kann. Selbst wenn sich in unmittelbarer Nähe des Hauses keine Kampfhandlungen abspielten, wäre die Nutzbarkeit des Hauses eingeschränkt, weil es irrational und gefährlich wäre, durch das Kriegsgebiet zu fahren, um zu dem Haus zu gelangen.

2. Zum Unrecht der Gefährdungsdelikte

In diesem Zusammenhang lohnt ein kurzer Blick auf den Begriff der Gefahr. Dieser Begriff bezieht sich auf ein schädigendes Ereignis, dessen für möglich gehaltener Eintritt nicht mit hinreichender Sicherheit vermieden werden kann. Wesentlich zum Gefahrbegriff gehört also das Moment der Unsicherheit: Gefahr ist Unsicherheit bezüglich der Vermeidbarkeit eines möglichen Schadens. Oder anders formuliert: Gefährlich ist eine Situation oder ein Verhalten, wenn es nur vom Zufall abzuhängen scheint, dass die Situation oder das Verhalten zu einem Schaden führt.[23] Auf der Grundlage

23 Der Begriff der Gefahr ist normativer Natur und bezieht sich damit auf die Perspektive, aus der eine zu vollziehende Handlung oder ein künftiges Ereignis beurteilt wird. Erfolgen die Beurteilungen aus unterschiedlichen Perspektiven, so können sie je nach Zielsetzung und Prognosebasis divergieren; nä-

des Gefahrbegriffs lassen sich zwei Arten von Gefährdungsdelikten unterscheiden: konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte.

Von einer konkreten Gefährdung lässt sich sprechen, wenn eine Situation besteht, in welcher sich der Eintritt einer unmittelbar bevorstehenden Beeinträchtigung eines Rechtsgutes nicht mehr gezielt zu vermeiden lassen erscheint.[24] Gefährdung ist insoweit ein Zustand der Unsicherheit, dem eine Person oder ein Gut passiv ausgesetzt ist. Beispielsweise ist eine Person gefährdet, wenn auf sie geschossen wird und sie nicht weiß, wie sie sich schnell und effizient schützen kann. Oder ein Vermögen ist konkret gefährdet, wenn sein Inhaber keine Möglichkeit hat, eine drohende Minderung noch gezielt abzuwenden. Wie das Beispiel eines Ferienhauses im Bürgerkriegsgebiet verdeutlicht, kann allein schon der Zustand von Unsicherheit zu einer Wertminderung führen, unabhängig davon, ob das Gut letztlich wirklich beschädigt wird oder nicht. Daher ist es durchaus möglich und berechtigt, in der konkreten Gefährdung eine eigenständige Wertminderung eines Gutes zu sehen, mag der Zustand der Gefährdung auch nur kurzzeitig andauern.

Als abstrakte Gefährdungen lassen sich solche Konstellationen bezeichnen, in denen alle Bedingungen einer konkreten Gefährdung erfüllt wären, wenn sich ein Gut in einer bestimmten Situation befunden hätte, und es nur vom Zufall abhing, dass es sich nicht in dieser Situation befand. Exemplarisch: Wenn jemand eine nicht einsehbare Kurve schneidet, so ist eine abstrakte Gefahr gegeben, weil eine Schädigung nicht gezielt hätte vermieden werden können, falls ein Fahrzeug entgegengekommen wäre. Dass tatsächlich kein Fahrzeug entgegengekommen ist, war aus der Perspektive des Fahrers oder – je nach Standpunkt – aus der Perspektive beliebiger Verkehrsteilnehmer Zufall.

Auch abstrakte Gefährdungen können als Schädigungen eigener Art bewertet werden. Denn Güter können nicht unbesorgt als Mittel freier Entfaltung eingesetzt werden, wenn nicht hinreichend gewiss ist, dass sie bei einem bestimmten (erlaubten) Einsatz nicht geschädigt werden.[25]

---

her *Kindhäuser*, Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, Stuttgart 2010, 249, 258 ff.

24 Vgl. hierzu auch *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Berlin 1994, 132 f.; *Kleine-Cosack*, Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, Berlin 1988, 57 ff. Diese Perspektive ist auch für den Notstand nach §§ 34, 35 StGB relevant.

25 Besorgnis ist freilich nur dort strafrechtlich von Belang, wo Sicherheit heteronom zu garantieren ist und nicht im Zuständigkeitsbereich des Einzelnen liegt, näher hierzu *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, Frankfurt am Main 1989, 277 ff.;

Es wäre etwa irrational, eine Klage bei Gericht einzureichen, wenn es möglich erscheint, dass der Richter bestechlich ist und die Zeugen lügen. Oder es wäre irrational, mit einem Pkw eine Fahrt zu unternehmen, wenn ungewiss ist, ob andere Fahrzeugführer betrunken sind oder Diebesbanden Straßensperren errichten. Zwar wird der Prozess nicht verloren, wenn man nicht klagt, und der Pkw wird nicht beschädigt, wenn er nicht benutzt wird, aber damit werden Möglichkeiten einer freien Entfaltung abgeschnitten und die Güter haben für ihre Inhaber nicht den Wert, den sie haben könnten und sollten.

Geht man davon aus, dass den Gefährdungsdelikten ein eigenständiges Unrecht zukommt, so lässt sich unschwer klären, warum das Strafmaß der Gefährdungsdelikte nicht notwendig niedriger sein muss als dasjenige von Verletzungsdelikten. Während das typische Verletzungsdelikt einen individuellen Konflikt zum Gegenstand hat, berühren Eingriffe in Sicherheitsbereiche die Belange einer Vielzahl von Menschen, mit der Folge, dass ein solcher Eingriff trotz der für den Einzelnen nur geringen Belastung kumulativ zu sozial gewichtigem Unrecht führen kann. Exemplarisch: Wenn der Nachbar den Liebhaber seiner Frau im Streit erschlägt, tangiert dies die Gestaltung des eigenen Lebens überhaupt nicht. Wenn dagegen Terroristen eine Bombe in dem Zug zu zünden versuchten, mit dem man täglich zur Arbeit fährt, kann dies zu einer erheblichen Einschränkung der eigenen Lebensgestaltung zwingen.

Gefährdungsdelikte finden vor allem dort eine sinnvolle Anwendung, wo es um die Absicherung institutionalisierter Lebensbereiche geht, die per se gefährlich oder in hohem Maße missbrauchsanfällig sind. Beispielhaft hierfür sind der Straßenverkehr, die Produktion von Waffen und chemischen Stoffen, der automatisierte Transfer von Geldern oder das Justizwesen. Hier sind reine Verletzungsdelikte evident unzureichend, da der jeweilige Lebensbereich überhaupt nur funktionieren kann, wenn Sicherheitsstandards eingehalten werden. Insoweit bedarf es hier zur Gewährleistung erforderlicher Sicherheitsstandards solcher Normen, die abstrakte und konkrete Gefährdungen untersagen.

---

allgemein zum Recht auf Freisein von Furcht *Robbers* (Fn. 1), 223 ff., jeweils m. w. Nachw.

IV. Konsequenzen des Sicherheitsstrafrechts

Gefährdungsdelikte werden geschaffen, um Sicherheit zu vermitteln, bleiben aber an das *proprium* des Strafrechts gebunden. Lassen sich also normative Schranken aufzeigen, die der Tendenz des Sicherheitsstrafrechts, sich beliebig auszubreiten, zwingend entgegenstehen? Zum tradierten Verständnis des Strafrechts gehört zunächst wesentlich, dass es retrospektiv ausgerichtet ist. Auch ein auf Prävention bezogenes Strafrecht kann nur auf begangene Taten reagieren. Erst die vollzogene Tat macht den Täter. Notwendige Bedingung dafür, dass jemand als Straftäter angesehen werden kann, ist, dass er durch sein Verhalten die bereits zuvor in der Form eines allgemeinen Gesetzes fixierten Voraussetzungen eines bestimmten Delikts verwirklicht. Insoweit ist auch Strafverfolgung die Aufdeckung eines in der Vergangenheit liegenden Geschehens.[26] Der Bürger wird hierbei in zweifacher Hinsicht vor dem Staat geschützt. Er soll es vor der Tat selbst in der Hand haben, nicht straffällig zu werden. Und der Elementarbereich seiner Grundfreiheiten soll auch nach einer Tat nicht angetastet werden. Es gelten eine Fülle von Beweisregeln und Beweisverwertungsverboten sowie das Prinzip *in dubio pro reo*; insbesondere Folter und Täuschung zu Zwecken der Strafverfolgung sind verboten.

Grundsätzlich gilt daher: Mit dem Strafrecht lässt sich nicht nach Belieben „zuschlagen". Seine Verwendung steht unter hohem Legitimationsdruck. Strafe ist die Zufügung eines – gegebenenfalls sogar persönlichkeitsvernichtenden – Übels als Ausdruck der sozialethischen Missbilligung eines Fehlverhaltens. Und weil die Strafe der Form wie der Sache nach massiv in die Freiheitssphäre des Täters als Person eingreift, lässt sich das moderne Sicherheitsstrafrecht bereichsweise nur schwer mit den tradierten Grundsätzen eines rechtsstaatlich-liberalen Strafrechts vereinbaren.

Beispielhaft: Individuelle strafrechtliche Schuld und Gefährdungen von Gütern sind im Sicherheitsstrafrecht bisweilen nur schwer in ein Verhältnis zueinander zu bringen. Zum einen können – etwa im technischen Bereich – schon minimale Fehlreaktionen folgenschwer sein. Zum anderen aber fehlt beim typischen Sicherheitsdelikt das Näheverhältnis zum Opfer und damit die kriminelle Energie, die – wie bei einem Totschlag, einem Raub oder einer Vergewaltigung – der Einbruch in die Freiheitssphäre des Mitmenschen verlangt. Auch Schuldgefühle können leicht verdrängt

26 Aufgrund der ihnen eigenen Vorfeldkriminalisierung bieten Gefährdungsdelikte die Möglichkeit, Ermittlungsmaßnahmen – wie etwa nach § 111 StPO – vor einer (potenziellen) Realisierung der jeweiligen Gefahren durchzuführen.

werden, zumal die Auswirkungen der Tat, so es sie überhaupt wie etwa beim Steuer- oder Umweltstrafrecht gibt, den Einzelnen nicht spürbar treffen. Die Verantwortung für die das Sicherheitsstrafrecht prägenden Gefährdungen geht oft nicht glatt in Einzeltatverantwortung auf; es bleibt ein nicht unerheblicher Rest an „Systemschuld".

Sicherheitsstrafrecht verleitet zu einer nur symbolischen Kriminalpolitik. Gefahren sind dem Bewusstsein nicht vorgegeben, sondern werden durch Annahmen, Prognosen, wahrscheinlichkeitstheoretische Szenarien erst konstituiert. Gefahren lassen sich deshalb vergrößern, verkleinern oder verdrängen, je nachdem, wie man sie zu beherrschen vorgibt, wie man sie also kalkuliert. Ein Sicherheitsstrafrecht, dem es nicht um die Ahndung konkreter Rechtsgutsverletzungen, sondern um die Vermeidung sozialer Störungen zu tun ist, kehrt sich auch vom Individualrechtsgüterschutz ab. So werden beispielsweise Zustände geschützt, die (noch) gar nicht existieren und die im eigentlichen Sinne keine Rechtsgüter sind, wie etwa die Sauberkeit des Wassers (§ 324 StGB), und zwar unabhängig davon, ob die Verunreinigung irgendwelche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit oder die Wasserversorgung hat.

Strafrecht ist als Mittel der Sozialkontrolle überall dort entbehrlich, wo andere normative Systeme als verbindlich anerkannt werden, namentlich Religion und Moral. Mit der langsamen Erosion der Allgemeinverbindlichkeit dieser anderen normativen Systeme wird das Recht zum Rettungsanker und wandelt sich vom äußeren Zwangssystem zum inhaltlichen Wegweiser der Sozialmoral. Was andere normative Systeme nicht mehr leisten können, etwa eine auf den Schutz der natürlichen Umwelt und der Lebensbedingungen künftiger Generationen gerichtete Verantwortungsethik wirksam zu entfalten, wird wie selbstverständlich dem Recht und hier wiederum dem Strafrecht übertragen. Das Strafrecht ist plötzlich nicht mehr Garant eines unabdingbaren sozialethischen Minimums, sondern Lehrbuch für soziale Verantwortung und Solidarität.

V. Schlussbemerkung

Als Resümee sei festgehalten: Das Streben nach Sicherheit ist legitim. Sicherheit ist ein Menschenrecht, das wesentlich die Existenz des Staates und seines Gewaltmonopols rechtfertigt. Es wäre auch falsch, die Gefahren einer Risikogesellschaft herunterzuspielen oder gar zu leugnen. Der Staat muss Sicherheit, so gut es irgend geht und vertretbar ist, gewährleisten. Das steht außer Frage.

Aber daraus lässt sich nicht die Konsequenz ableiten, dass das bedächtige und wenig flexible liberal-rechtsstaatliche Strafrecht mit seinem Schuldgrundsatz, seinen Beweisregeln und seinem nur schwer einzulösenden Legitimationserfordernis stets das adäquate Mittel zur Bewältigung der überall lauernden und sich ständig vermehrenden Sicherheitsprobleme einer Risikogesellschaft ist. Der hochsensible Punkt des Strafrechts ist seine Sanktion: die Kriminalstrafe. Indessen ist auch zu bedenken: Wenn das Strafrecht Ausdruck der Befindlichkeit einer Gesellschaft ist, dann ist eben auch das Strafrecht in der Risikogesellschaft an der Vermittlung von Sicherheit orientiert. Die Fakten haben hier eine überwältigende normative Kraft. Dies sollte jedoch nicht davon abhalten, stets nach angemesseneren rechtlichen Alternativen zu suchen. Das Strafrecht kann zur Lösung sozialer Konflikte nur *ultima ratio*,[27] nicht aber *prima* oder gar *sola ratio* sein.

27 Vgl. u.a. BVerGE 39, 1, 45, 47; BVerGE 88, 203, 258; BVerGE 120, 224, 239 f.; *Hassemer* (Fn. 12), 193; krit. *Frisch,* Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, 16, 23 f. – Kriterium der Schwere ist der sozialethische Tadel, nicht das Gewicht des Eingriffs in die Sphäre des Täters; dieser kann bei einer Ordnungswidrigkeit – z.B. einer kartellrechtlichen Geldbuße – gravierender sein als bei einer Straftat.

Sicherheit als Normzweck

1. Der Begriff der Sicherheit ist wie derjenige der Gefahr praktischer Natur. Handlungstheoretisch gedeutet meint Sicherheit die Gewissheit künftiger Gefahrlosigkeit im Sinne einer für eine rationale Verfügung über Güter ausreichenden Überzeugung vom Ausbleiben gegebenenfalls nicht gezielt abschirmbarer schadensrelevanter Bedingungen und die auf dieser Gewissheit basierende Sorgelosigkeit. Sicherheit ist mit anderen Worten die objektiv begründete Erwartung eines rational urteilenden Subjekts, gefahrlos Güter zur Verwirklichung bestimmter Zwecke einsetzen zu können. Oder kürzer: Sicherheit ist berechtigte Unbesorgtheit bei der Verfügung über Güter.

Nach dieser Definition setzt Sicherheit die Kongruenz subjektiver und objektiver Komponenten voraus: die subjektbezogene Unbesorgtheit und deren objektive Begründetheit. Entbehren die positiven oder negativen Erwartungen des Subjekts der objektiven Rechtfertigung, so ist das Subjekt entweder unbegründet unbesorgt oder unbegründet unsicher. Beide Alternativen stehen einer rationalen Verfügung über Güter entgegen. Hinzu kommt, dass ein intern unsicheres Subjekt für seine Kosubjekte in seinem Verhalten weniger berechenbar ist und damit weniger externe Sicherheit vermittelt als ein Subjekt, das Ruhe und Kontinuität in sein Verhalten bringt.[1]

Soll es Zweck einer Norm sein, Sicherheit zu gewährleisten, so ist beiden Komponenten der Sicherheit Rechnung zu tragen. Zwar kann das Recht mit seinen Mitteln nur auf das Vorliegen externer Sicherheitsbedingungen hinwirken, aber die äußere Sicherheit ist wiederum Voraussetzung der inneren. Insoweit ist es Aufgabe von Sicherheitsnormen, die Gewissheit der Zuverlässigkeit des jeweiligen Regelungsbereichs zu vermitteln, also zu garantieren, dass der relevante Interaktionsbereich – für ein rationales Subjekt – hinreichend gefahrlos ist, damit der einzelne das für eine

---

1 Vgl. *Newcomb*, *Theodore M.*, Sozialpsychologie, 1959, S. 332: „In der Unsicherheit wird (die) Stärke (des Selbst) angezweifelt, in der Sicherheit zeigt sich Vertrauen in das eigene Selbst. Sicherheit führt zu zielorientiertem, Unsicherheit zu bedrohungsorientiertem Verhalten". – Vgl. auch *Kaufmann, Franz-Xaver*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften, 2. Aufl. 1973, S. 148 ff.; *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 54.

optimale Verfügungsmöglichkeit über Güter erforderliche Maß an Sorgelosigkeit erlangen kann.

Zu dem Schutz vor Gefahren, auf dessen Effizienz sich verlassen zu können für den einzelnen Sicherheit bedeutet, gehört auch die zutreffende Einschätzung der Schadensgeeignetheit von Bedingungen. Da hierfür weder die Befürchtungen beliebiger einzelner noch eine absolut gedachte objektive Wahrheit maßgeblich sein können, ist Sicherheit stets relativ zu dem Stand wissenschaftlicher Erkenntnis, genauer: zu dem konsensfähigen Stand der Wissenschaft. Hierbei verlangt der Zweck der Sicherheitsnorm, begründete Unbesorgtheit so zu vermitteln, dass der einzelne auch vor solchen Bedingungen geschützt wird, deren Unschädlichkeit – bezogen auf die jeweiligen Belange – nicht mit hinreichender Gewissheit feststeht. Zweifel an der Unschädlichkeit von Bedingungen rechtfertigen mithin prinzipiell – unter dem Aspekt der Sicherheit – ihre präventive Abschirmung.

Während der Schutz vor verletzenden und konkret gefährdenden Bedingungen auf die Vermeidung hinreichend bekannter Schädlichkeit gerichtet ist, geht es bei der Gewährleistung von Sicherheit auch um die Vermeidung nicht erwiesen unschädlicher Verhaltenseffekte. Insoweit kann für das Verbot abstrakter Gefährdungen die Nichterweislichkeit der Unschädlichkeit ausreichen. Auch kann die Revision einer fehlerhaft angenommenen Schadensgeeignetheit bzw. Nicht-Unschädlichkeit einer Bedingung nicht zu einer – rückwirkenden! – Korrektur des Urteils, ein Verhalten sei abstrakt gefährdend gewesen, führen. Denn die durch die Sicherheitsnorm zu vermittelnde Sorgelosigkeit muss naturgemäß zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Einsatz von Gütern begründet sein. Die Feststellung *ex post*, es habe die Möglichkeit ungefährlicher Verfügungen über Güter bestanden, kann weder frühere Ängste beseitigen noch die aus Sorge unterlassenen Verfügungen jetzt Realität werden lassen. Die abstrakte Gefährdung betrifft ja nicht die Integrität, sondern die Möglichkeit der unbesorgten Nutzung von Gütern.

Bei dem für die Sicherheit maßgeblichen Wissen um die nicht auszuschließende Schadensgeeignetheit von Bedingungen kann es sich um jedermann bekannte Erfahrungsregeln handeln, etwa um die Einsicht, dass durch den Genuss von Alkohol die Fähigkeit zur Beherrschung von Kraftfahrzeugen beeinträchtigt und gegebenenfalls aufgehoben wird. Das Wissen kann jedoch auch fachspezifisch und einem beliebigen Subjekt nicht mehr erreichbar sein. Dann muss die verbindliche Beurteilung der Schadensgeeignetheit von spezialisierten Stäben getroffen werden. Dies erklärt die Bedeutung behördlicher Genehmigungen für abstrakte Gefähr-

dungsdelikte;[2] Sorge und Rationalität der Entscheidung des einzelnen werden hier durch das pflichtgemäße Verwaltungshandeln repräsentiert.[3]

2. Die Vermittlung begründeter Sorgelosigkeit bei der Verfügung über Güter wird unter dem Begriff des Freiseins von Furcht im rechts- und staatsphilosophischen Schrifttum der Neuzeit als eine der elementaren Aufgaben des Rechts[4] angesehen. Bereits *Johannes Althusius* fordert, dass allen „im Gebiet" Sicherheit gewährt werden müsse, „damit jeder, der in ihm lebt ... seine Angelegenheiten ohne eines anderen Beleidigung, Verletzung oder Hinderung besorgen kann", dass also „das ganze Gebiet und jedes seiner Teile stets geschützt, in Frieden und frei seien, ohne irgendeine Gefahr oder Furcht vor Gewalt und Gewalttätigkeit".[5]

Für *Thomas Hobbes* gehört das Freisein von Furcht zu den Vorteilen, deren Gewährleistung den Staat legitimiert, und bedeutet„dass keiner einen gerechten Grund habe, andere zu fürchten, solange er ihnen selbst kein Unrecht zufügt".[6]„Dass kein gerechter Grund zur Furcht bestehe", sei „der Zweck, weshalb die Menschen sich anderen unterwerfen".[7] Gemeint ist bei *Hobbes* freilich nur das Freisein von Furcht vor dem Kosubjekt, nicht das Freisein von Furcht vor dem Herrscher. Denn der Souverän ist zu Eingriffen in die Individualsphäre befugt.[8] Dass der Staat als Hüter der zwischenmenschlichen Sicherheit selbst zum Gegenstand der Furcht wird und damit das Recht auf Sicherheit der Differenzierung in das Recht auf Sicherheit durch den Staat und das Recht auf Sicherheit vor dem Staat bedarf, wird namentlich bei *John Locke* thematisiert.[9] Bei *Charles-Louis de Montesquieu* findet sich die Forderung, um der Freiheit willen die Re-

---

2 Zur Diskussion um die sog. Prüfstellendelikte vgl. *Horn*, FS Welzel, 1974, S. 719 ff.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S. 320 f.

3 Zur Repräsentation des Rechts auf Sicherheit durch die Verwaltugsbehörde vgl. *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 160 ff.

4 Wobei das Freisein von Furcht als subjektives Recht verstanden wird, vgl. *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 27 ff. – Vgl. hierzu auch *Würtenberger*, FS-Welzel, 1974, S. 23 ff.

5 Vgl. Politica, methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata, Nachdruck der 3. Aufl. Herborn 1614, 1961, XVI, 13, S. 245.

6 Vgl. Vom Menschen. Vom Bürger, Hamburg 1959, S. 133.

7 Ebda.

8 Vgl. Ebda.

9 Vgl. Zwei Abhandlungen über die Regierung, Frankfurt/M. 1977, S. 257 f., 337 ff. – Die Gewährleistung von Sicherheit vor dem Staat ist naturgemäß kein Gegenstand strafrechtlicher Verhaltensnormen, klingt gleichwohl bei den Amtsdelikten mittelbar an.

gierung so einzurichten„dass ein Bürger den anderen nicht zu fürchten braucht".[10] *Paul Thiry d'Holbach* definiert Sicherheit als „die Gewissheit, dass jedes Mitglied der Gesellschaft für sich und für seine Güter unter dem Schutz der Gesetze nichts zu befürchten hat, solange er selbst seine Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft treulich einhält".[11] In der Formulierung *Marie Jean Antoine de Condorcets* schließt das Recht auf Sicherheit die Gewissheit ein„durch keine irgendwie geartete Gewalt weder im Bereich seiner Familie noch in dem Gebrauch seiner Fähigkeiten gestört zu werden", solange die „unabhängige und freie Ausübung all dessen" nicht „gegen die Rechte eines anderen verstößt".[12]

Nach *Christian Wolff* besteht das Recht der Sicherheit „in der Befreyung von der Furcht, beleidiget zu werden",[13] und ist für ihn Grundlage einer strafrechtlichen Präventionslehre.[14] *Gottfried Achenwall* ordnet dem *ius securitatis*, das sich nur auf die Erhaltung von Leben und Gesundheit bezieht, die *tranquilitas* zu, die den Status des Freiseins von Furcht vor Gewalt zum Gegenstand hat.[15] Für *Immanuel Kant* ist Sicherheit kein Definiens der Freiheit mehr, gleichwohl aber ein Faktor, die Koordination der Freiheitssphären gleicher Bürger nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zu garantieren.[16] In der Folgezeit verliert das Recht auf Sicherheit und seine Verzahnung mit dem Freiheitsgedanken an Bedeutung, was nicht zuletzt mit *Hegels* Einfluss zusammenhängt. *Hegel* leugnet zwar nicht den Zweck des Staates, Sicherheit zu vermitteln. Gleichwohl büßt Sicherheit ihren Rang in seiner Staatsphilosophie ein, da diese das Wesen des Staates nicht mehr allein in der Gewährung von Schutz und Sicherheit der einzelnen sieht, sondern in dem Höheren, welches Leben und Eigentum

---

10 Vgl. *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Tübingen 1951, XI, 6, S. 215.

11 Vgl. System der Natur oder von den Gesetzen der physischen und der moralischen Welt (1770), Frankfurt/M. 1978, S. 152 f., wobei *d'Holbach* zwischen dem Schutz vor dem Staat und dem Schutz durch den Staat nicht differenziert.

12 Vgl. *Condorcet,* De l' influence de la révolution d'Amerique sur l' Europe, S. 5.

13 Vgl. Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Nachdruck der Ausgabe Halle 1754, 1980, § 89; ebenso *Martini, Carl Anton von*, De lege nurali positiones in usum auditori vindobonensis, Wien, 1772, § 148, sowie: De lege naturali exercitationes sex, Wien 1772, § 148.

14 *Wolff* (wie Fn. 13), §§ 90- 93.

15 Vgl. Ius naturae, 7. Aufl., Göttingen 1774, Pars I, § 66, Pars II, § 102.

16 Vgl. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Immanuel Kant, Werke in 10 Bänden, hrsg, von Wilhelm Weischedel, Band 9, 1975, S. 125, 143 ff. (A 232–270); vgl. auch ders., Metaphysik der Sitten, a.a.O., Band 7, 1975, S. 309, 430 ff. (A 163–165).

der Individuen „selbst auch in Anspruch nimmt und die Aufopferung desselben fordert".[17]

Auch in der neueren verfassungsrechtlichen Diskussion wird die Bedeutung des Freiseins von Furcht für die freie Entfaltung der Person betont.[18] Anerkannt ist die Verpflichtung des Staates, den Menschen von der Sorge, in materielle Not zu kommen, zu befreien.[19] Ein Recht auf Freisein von Furcht vor den Gefahren der Technik und vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen wird ebenfalls bejaht.[20] Das Bundesverfassungsgericht hat den Sicherheitsgedanken auf immaterielle Güter übertragen: Art. 2 Abs. 1 sei zu entnehmen, dass private Gespräche „ohne den Argwohn und die Befürchtung" geführt werden können, dass „deren heimliche Aufnahme ohne die Einwilligung des Sprechenden" verwertet wird.[21]

Es ist mithin historisch wie auch sachlich gerechtfertigt, Sicherheit im Sinne begründeten Freiseins von Furcht bzw. begründeter Unbesorgtheit bei der Verfügung über Güter – ungeachtet der Frage nach ihrer genauen verfassungsrechtlichen Lozierung[22] – als eine schutzwürdige Rechtspositi-

---

17 Vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl. Hamburg 1955, § 100. – Zum Verlust des Menschenrechts auf Sicherheit seit dem deutschen Vormärz bis zur neueren Diskussion vgl. auch *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 97 ff.

18 Vgl. *Denninger*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979) S. 7, 28 f.; *Herzog*, Grundrechtsbeschränkung nach dem Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention, 1958, S. 19; krit. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 25.

19 Vgl *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Stand Juni 1985, Rdn. 43 f. zu Art. 1 Abs. 1; *Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 308; *Roßnagel*, Grundrechte und Kernkraftwerke, 1979, S. 45; *Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S. 17; *Zippelius* in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Stand Juli 1985, Rdn. 17 zu Art. 1.

20 Vgl. *Denninger*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979) S. 7, 26 ff.; *Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 300 ff.; *Roßnagel*, Grundrechte und Kernkraftwerke, 1979, S. 44 f.

21 BVerfGE 34, 238, 247; vgl. auch BVerfGE 65, 1, 3 f.

22 Umstritten ist, ob das Recht auf Freisein von Furcht zu stützen ist auf Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. nur *Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 308; *Kriele*, Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, Scupin-FS 1983, S. 187, 200, 210), auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (vgl. nur *Maunz*, Deutsche Staatsrecht, 23. Aufl. 1980, S. 130), auf Art. 4 GG (vgl. *Scholler*, Die Freiheit des Gewissens, 1958, S. 136), auf das Demokratiegebot (vgl. *Arndt*, Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, NJW 1961, S. 897, 898), auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK (vgl. *Herzog*, Grundrechtsbeschränkung nach dem Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention, 1958, S. 18) oder ob es als vorinstitutionelle verfassungsrechtliche Forderung anzusehen ist (vgl. *Den-*

on anzusehen.[23] Die Vermittlung der Gewissheit, gefahrlos über Güter verfügen zu können, ist legitimer Bestandteil des Rechtsgüterschutzes, wenn Rechtsgüter als Güter definiert werden, die der freien persönlichen Entfaltung dienen. Nach den vorangegangenen Überlegungen versteht es sich von selbst, dass Bezugspunkt des strafrechtlichen Schutzes nicht konkrete Befürchtungen und Ängste sein können. Bezugspunkt kann vielmehr nur die Sorge einer (gedachten) rational entscheidenden Person[24] sein: Die zu gewährleistende begründete Sorgelosigkeit setzt begründete Sorge voraus. In der dargelegten Bedeutung meinen Sorge und Sorgelosigkeit stets berechtigte Sorge und berechtigte Sorgelosigkeit; Sorge und Sorgelosigkeit sind in diesem Sinne keine psychologischen, sondern (rein) normative Begriffe.

---

ninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 [1979] S. 7, 27 ff.).

23 Es soll freilich nicht behauptet werden, dass sich der hier explizite Begriff der abstrakten Gefahr exakt aus einer bestimmten historischen Interpretation der Sicherheit bzw. des Freiseins von Furcht deduzieren ließe.

24 Das von *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, Allgemeiner Teil, 1976, S. 82 und passim, zur Kennzeichnung der abstrakten Gefährdung angeführte Merkmal des „abstrakten Vertrauens" wird sich letztlich nur präzisieren lassen, wenn man es auf die Rationalität eines beliebigen Interaktionsteilnehmers bezieht. Tiedemann selbst tendiert hingegen eher zu einer Verdichtung dieses Vertrauens zu einem schutzwürdigen Gut, mit der Folge, dass die entsprechenden Gefährdungsdelikte den Charakter von Verletzungsdelikten annehmen; vgl. *Tiedemann*, a.a.O., S. 85 f.

Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts

I. Zum Problem

1. Die rechtstheoretische Fragestellung

Das Thema dieses Beitrags ist abstrakt und sehr allgemein formuliert. Es wird die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob das Strafrecht in der Form, in der wir es heute in unserem Kulturkreis anwenden und interpretieren, überhaupt – und wenn ja, in welchem Umfang – in der Lage ist, Umweltschutz zu leisten. Diese Frage wird wiederum aus rechtstheoretischer Sicht gestellt. Rechtstheorie wird hierbei als Teilgebiet der Wissenschaftstheorie, nämlich als Wissenschaftstheorie des Rechts, verstanden. Die Rechtstheorie untersucht Logik und Funktionen der Strukturen des Rechtssystems.

Umweltschutz zählt heute zu den unbestrittenen Aufgaben des Rechts, und damit steht auch das Strafrecht vor der Frage, in welcher spezifischen Art und Weise es seinen Part zur Bewältigung dieses Zukunftsproblems leisten kann. Dies verlangt eine Analyse der Funktion des Rechts im allgemeinen und des Strafrechts im besonderen, und von dieser Analyse hängt es ab, welche Rolle dem Strafrecht beim Umweltschutz mit Aussicht auf Erfolg zugewiesen werden kann. Das Ergebnis der Analyse wird vielleicht für manchen enttäuschend ausfallen.

Der Begriff des Umweltstrafrechts, um den es hier geht, läßt sich sehr weit fassen; hierzu können u.a. auch die Straftatbestände des Tierschutzes, des Lebensmittelgesetzes oder die Sprengstoffdelikte gezählt werden.[1] Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch einen eigenen Abschnitt im Strafgesetzbuch mit der Überschrift „Straftaten gegen die Umwelt“[2] geschaffen. Mit den Straftatbeständen dieses Abschnitts des Strafgesetzbuches, der 1980 in Kraft trat, sollen die Umweltmedien – also Luft, Wasser und Boden – in ihrer Bedeutung für den Menschen, aber auch in ihrer Bedeutung für

---

1 Zum Begriff des Umweltstrafrechts vgl. *Tiedemann/Kindhäuser*, NStZ 1988, 337, 338.

2 28. Abschnitt des StGB, §§ 324 – 330 d, eingefügt durch das 18. Strafrechtsänderungsgesetz. Diese Strafbestimmungen wurden – teils unter erheblichen Modifikationen – insbesondere verwaltungsrechtlichen Spezialgesetzen (u.a. Wasserhaushaltsgesetz, Abfallbeseitigungsgesetz, Bundesimmissionsschutzgesetz, Atomgesetz) entnommen.

Fauna und Flora geschützt werden. Ja, mit § 324 soll sogar die Reinheit des Wassers selbst geschützt werden. Wenn im Folgenden von Umweltstrafrecht gesprochen wird, dann ist ein Strafrecht gemeint, das die Beeinträchtigung der Umweltmedien Luft, Wasser und Boden verhindern will und zwar einerseits, um diese Medien selbst zu schützen, und andererseits, um die auf diese Medien angewiesenen Lebewesen aller Art zu erhalten und vor Schädigungen zu bewahren. Kurz gesagt: Unter Umweltstrafrecht soll das Strafrecht verstanden werden, das ökologischen Umweltschutz bezweckt. Damit ist die Thematik dieses Beitrags abgesteckt: Es geht also um die Frage, ob das Strafrecht ökologischen Umweltschutz leisten kann.

Diese Frage mag seltsam klingen. Der Umweltschutz, so ließe sich ungeduldig einwenden, sei doch eine so wichtige Aufgabe der Menschheit, vielleicht sogar die wichtigste heute, dass das Strafrecht an der Erfüllung dieser Aufgabe mitzuwirken habe, und zwar ohne Wenn und Aber und mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln. Es soll auch nicht die Bedeutung des Umweltschutzes in Abrede gestellt werden. Das Problem ist nur, dass ein relativ großer Schaden angerichtet werden kann, wenn ein Ziel mit falschen Mitteln verfolgt wird. Dann kann nicht nur das Ziel verfehlt, sondern auch das eingesetzte Mittel ruiniert werden. Wer einen Nagel in die Wand schlagen will und hierzu keinen geeigneten Hammer, sondern die bloße Faust nimmt, hat am Ende nicht nur keinen Nagel in die Wand gebracht, sondern hat auch eine blutige Hand. Und das Strafrecht ist unter den Mitteln des Rechts nicht nur das schärfste, sondern auch das empfindlichste und der Legitimierung am meisten bedürftige.[3]

Schon ein Blick auf die etwas allgemeinere Frage, ob nicht nur das Strafrecht, sondern das Rechtssystem überhaupt ein geeignetes Steuerungsinstrument für den Umweltschutz sein kann, zeigt die Schwierigkeiten. *Immanuel Kants* berühmte Definition des Rechts lautet: „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann".[4] Ein solcher Rechtsbegriff ist ohne weiteres in der Lage, solche Umweltbeeinträchtigungen als Unrecht zu erfassen, die auf den Menschen zurückwirken. Beispielsweise: Die Verunreinigung eines Gewässers, die zu einer Vergiftung des Trinkwassers führt, ist eine Handlung, mit der in nicht verallgemeinerungsfähiger Weise in die Freiheitssphäre von Mitmenschen eingegriffen wird. Dagegen beeinträchtigen

3 Grundsätzlich hierzu auch *Hassemer*, in: Greive (Hrsg.), Loccumer Protokolle 8/92, Was taugt das Strafrecht heute?, 1992, S. 8 ff.

4 Die Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe Band VI, S. 230.

Gewässerverunreinigungen, die lediglich zur Vergiftung von Tieren, an denen keine Eigentums- oder Aneignungsrechte bestehen, niemandes Freiheit. Erst recht wird in niemandes Freiheitssphäre eingegriffen, wenn eine Gewässerverunreinigung bloß zu einer biologischen Veränderung des Wassers selbst führt. Mit einem Rechtsbegriff also, der die Aufgabe des Rechts in der Sicherung gerecht abgegrenzter Freiheitssphären sieht, können Interessen eines ökologischen Umweltschutzes nur mittelbar, scil. soweit es um schädliche Rückwirkungen auf den Menschen geht, berücksichtigt werden.

Nun ist der Rechtsbegriff im Sinne *Kants* heute zumindest nicht mehr allgemeingültig.[5] Insbesondere wird heute in der Rechtstheorie durch die soziologische Betrachtung des Rechts in erster Linie auf den organisierten Zwangscharakter des Rechts abgestellt, der das Recht von der bloßen Moral unterscheiden soll. Mit der inhaltlichen Bestimmung von Zielen hält man sich eher zurück. Es ist deshalb ohne weiteres möglich, auch den Umweltschutz als Aufgabe des Rechts zu begreifen, wenn er eben nur normiert und mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt wird.

Die Realisierung dieser Aufgabe ist jedoch erheblich schwieriger, als sie es zu sein scheint. Die Sprache des Rechts, also das rechtliche Kommunikationssystem, ist das Ergebnis einer langen Evolution, einer langen Ausdifferenzierung und Verfeinerung der begrifflichen Strukturen. Wie sich der Mensch nur nach Maßgabe seiner Organe von der Umwelt abgrenzen und damit sich selbst und die Umwelt wahrnehmen kann, so kann auch das Rechtssystem sich selbst nur nach Maßgabe seiner Sprachform von seiner Umwelt abgrenzen und sich selbst und seine Umwelt wahrnehmen. Umweltprobleme müssen also in die Sprache des Rechts übersetzt werden, damit sie vom Recht bearbeitet und *als Rechtsprobleme* gelöst werden können. Mit einer solchen Transformation von Umweltproblemen in Rechtsprobleme stehen wir in den einzelnen Rechtsgebieten noch am Anfang.

2. Rechte der Natur?

Eine Möglichkeit, Umweltprobleme in Rechtsprobleme zu transformieren, wird in der Zuschreibung von subjektiven Rechten gesehen: Tiere, Pflanzen, Landschaften sollen zu Inhabern eigener Rechte werden, die sie zwar nicht selbst, wohl aber – ähnlich einem Mündel – durch Vertreter

---

5 Zusammenfassend *Mayer-Maly*, Art. Recht, Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl. 1988.

wahrnehmen können. Dieser Ansatz kann in Anspruch nehmen, dass auch andere Träger von Rechten ihre Qualität als Rechtssubjekte erst nach langwierigen geistesgeschichtlichen Prozessen – oft einhergehend mit tiefgreifenden sozialen Umwälzungen – erlangt haben; zu denken ist an die Rechte von Kindern, Frauen, Sklaven, ethnischen Minoritäten, aber auch an die Anerkennung juristischer Personen. Zudem wäre die Transformation des Umweltschutzes in Rechtsschutz auf diesem Wege der Form nach dogmatisch gut vorbereitet: Das zivilrechtliche Deliktsrecht knüpft an die Verletzung von Rechten an, und die rationale Durchdringung des Strafrechts in der Aufklärung gelang durch die (erfolgreiche) Suche nach solchen subjektiven Rechten, deren Garantie zugleich den rechtsförmigen Staat legitimiert.

Der Form nach ist also der Gedanke, Umweltprobleme durch die Zuschreibung von Eigenrechten der Natur in Rechtsprobleme zu überführen, ein adäquater Weg. In der Sache ist das Bemühen freilich erschütternd hilflos, da die Umwelt außerstande ist, ihr Recht zu formulieren.[6] Etwa: Das Recht eines Vogels wäre nicht mehr und nicht weniger als das Recht, das der Mensch als Recht eines Vogels begreift. Im „Kampf ums Recht" sind die Interessen der Natur notwendig akzessorisch zu den Rechten derer, die ihre Interessen als Recht durchsetzen (wollen). Nicht nur die treuhänderische Wahrnehmung, sondern notwendig auch die inhaltliche Bestimmung dessen, was wem und wie in der außermenschlichen Natur als Recht zukommen soll, müsste dem Menschen obliegen – oder sollen unterschiedslos Bären, Flüssen, Pockenviren und Anemonen absolute[7] Rechte auf Leben, Unversehrtheit und artgerechte Entfaltung zukommen?[8] Da sich in rechtlichen Strukturen nur mit Rechten wirksam operieren lässt, deren inhaltliche Ausgestaltung der Träger auch durchzusetzen vermag, wäre eher der umgekehrte Weg erfolgversprechend: Die Definition eines (bereichsspezifisch aufgegliederten) ökologischen Soll-Zustands als Menschenrecht.[9]

---

6 Zur Einbeziehung verschiedener Generationen (Kinder, Altersschwache) in den Rechtsdiskurs vgl. *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1987, S. 426 f.

7 Die Zuerkennung relativer Rechte scheitert schon an der mangelnden Möglichkeit synallagmatischer Beziehungen zu „natürlichen" Vertragspartnern.

8 Und welche Rolle soll in diesem „Rechtssystem" das – rechtlichen Grundnormen diametral entgegengesetzte – darwinistische (Seins-)Gesetz des Überlebens durch Stärke oder mutierende Anpassung spielen?

9 Auch die Frage, wer zur Durchsetzung eines solchen Menschenrechts prozessführungsbefugt wäre, ließe sich viel einfacher beantworten als bei tierischen oder pflanzlichen Rechtssubjekten; die Rechtsträger können sich im politischen Mei-

Tatsächlich verbirgt sich hinter der Forderung nach Zuschreibung von Rechten an die außermenschliche Natur keine neue Rechtstheorie, die die traditionelle Rechtsidee der freien Entfaltung der Person ablösen und inhaltsreich fortführen könnte, sondern die (zumeist offen eingeräumte[10]) Strategie, den Umweltschutz zu verbessern. Die moralisch unterlegte Forderung, auch in rechtlichen Entscheidungen ökologische Verantwortung zu tragen, soll als eine dem positiven Recht bereits vorgegebene und mit naturrechtlichen Weihen versehene Verpflichtung mit besonderer Dignität erscheinen. Aber es ist nicht die Mystik des Naturrechts in einem doppeldeutigen Sinn, die der Natur zu ihrem Recht verhilft, sondern die rationalem Recht entsprechende rationale Erfassung des ureigenen Interesses des Menschen an der möglichst weitgehenden Erhaltung seiner natürlichen Umwelt. Eine Absage an Eigenrechte der Natur beruht also auf dem Grundgedanken, dass Recht im Kampf aufeinandertreffender menschlicher Interessen erzeugt wird; die Verallgemeinerungsfähigkeit interessengerechter Lösungen ist das Kriterium der Rationalität des Rechts.[11] Deshalb muss die ökologische Aufklärung[12] die Bewahrung der Natur als Gegenstand des menschlichen Eigeninteresses ausweisen, das dann im rechtlichen Diskurs den ihm gebührenden Stellenwert erlangen muss. Umweltschutz ist stets abhängig von der gesellschaftlichen Selbstabgrenzung zur Umwelt und damit abhängig von der Selbstinterpretation der Gesellschaft durch die einzelnen Subsysteme.[13]

---

nungskampf ja artikulieren. – Zur Idee eines kollektiven Umweltrechts vgl. *Langer*, Natur und Recht, 1986, 270 ff.

10 Vgl. *Sitter*, Plädoyer für das Naturrechtsdenken, Basel 1984, S. 42 ff.; *Stone*, Umwelt vor Gericht, 1992, S. 31 ff. und passim; *Stutzin*, Rechtstheorie 11 (1980), S. 344, 350 ff; *Bosselmann*, Natur und Recht 1987, 1, 5 f.; *Leimbacher*, Die Rechte der Natur, 1988, S. 87 ff. und passim. – Zur Kritik vgl. nur *Hendler*, Natur und Recht 1988, 104; *Sening*, Natur und Recht 1989, 325, 327 ff.; *Keller*, Kritische Justiz 1986, 339 ff.; *Uebersohn*, Kritische Justiz 1986, 342 ff.- Zu einer ökologischen Verfassungstheorie vgl. *Blanke*, FS Richard Schmid, 1985, S. 395 ff.

11 Wie auch der Moral: Vgl. nur *Singer*, Verallgemeinerung in der Ethik, 1975; *Wellmer*, Ethik und Dialog, 1986.

12 Insbesondere – aber nicht nur – durch Umweltehik; zu unterschiedlichen Standpunkten vgl. *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1984; *Birnbacher*, Verantwortung für zukünftige Generationen, 1988; *ders*. (Hrsg.), Ökologie und Ethik.

13 Insoweit ist *Bosselmanns* Postulat, das anthropozentrische Recht in ein ökozentrisches zu überführen (vgl. nur Natur und Recht, 1987, 1, 2 f.; *ders*., Im Namen der Natur, 1992), politische Phrase; was ökologisch richtig ist, bleibt notwendig menschlich bedingter Erkenntnis und Wertung überlassen. Daher überrascht es auch nicht, wohin ökozentrisches Denken nach *Bosselmann* führen soll? „Zum Guten der Menschheit" selbstverständlich (Im Namen der Natur, S. 16).

3. Die Konstituenten der Straftat

Das Strafrecht, zu dem nun übergegangen werden soll, ist ein Subsystem des Rechts, und folglich gilt auch für das Strafrecht: Das Strafrecht lässt sich für den Umweltschutz nur nach Maßgabe seiner Werte und seiner Programme, also nach Maßgabe seiner dogmatisch ausgestalteten Funktionen, für den Umweltschutz instrumentalisieren. Deshalb ist zunächst zu fragen, was unter einer Straftat überhaupt zu verstehen ist.

Die Straftat ist ein Normwiderspruch. Damit ist folgendes gemeint: Die Tatbestände der Delikte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sind kontradiktorische Formulierungen von Verhaltensnormen. Etwa: Wenn in § 212 StGB steht, dass die Tötung bestraft wird, dann kann man diesen Satz in die Verhaltensnorm umwandeln, dass es verboten ist, jemanden zu töten. Die Verursachung des Todes eines anderen ist nur dann eine Straftat, wenn sie dem Täter als Normwiderspruch zurechenbar ist. Das heißt: Die Verursachung des Todes muss als ein bedeutungshaltiges Tun verstanden werden können, durch das der Täter erklärt, dass das Verbot der Tötung für ihn nicht gilt. Als ein solcher Normwiderspruch ist ein Verhalten zurechenbar, wenn der Täter erstens überhaupt wusste oder wissen konnte, was er tat, und wenn er zweitens in der Lage war, sich an der Norm zu orientieren, wenn er also beispielsweise nicht geisteskrank oder wenn ihm die Norm nicht unvermeidbar unbekannt war. Ein Verhalten wird mit anderen Worten dann als strafbarer Normwiderspruch zugerechnet, wenn der Täter in ausreichendem Maße handlungs- und motivationsfähig war, um die jeweilige Verhaltensnorm befolgen zu können.

Sieht man nun die Realität einer Norm, also ihre faktische Geltung, darin, dass sie anerkannt und befolgt wird, dann liegt die Schädlichkeit der Straftat darin, dass die Norm durch den Normwiderspruch einen Geltungsverlust erleidet.[14] Eine Norm, auf deren verbindliche Anerkennung man sich nicht verlassen kann, ist im sozialen Leben nur von geringem Wert. Man kann somit sagen: Das Bezugsniveau der Strafe ist Normgeltung, und die Straftat ist Desavouierung von Normgeltung. Die Anwendung von Zwang zur Sicherung von Normbefolgung ist insbesondere auch deshalb erforderlich, weil der folgenlose Normbruch rational sein kann, und zwar dann, wenn die Befolgung einer Norm im allseitigen Interesse liegt. Der Normbrecher profitiert als Schwarzfahrer dann doppelt: Ihm kommt einerseits der Vorteil durch allgemeine Normbefolgung zugute, andererseits spart er die Kosten seines Beitrags zur Normbe-

14 Näher hierzu *Kindhäuser*, GA 1989, 493, 502 ff.

folgung.[15] Da aber ein solches Schwarzfahrerverhalten rational ist, wird jeder „schwarz" fahren wollen, so dass die allseits vorteilhafte Norm nicht mehr befolgt wird. Damit entfällt wiederum der Vorteil, den die Normbefolgung für alle bringt. Um der genuinen Instabilität allseits vorteilhafter Normen wirksam zu begegnen, sind Sanktionen zur Garantie ihrer Befolgung unerlässlich und auch legitim.

Nun ist nicht jede Norm so wichtig, dass ihre faktische Geltung mit Strafe durchgesetzt und garantiert werden kann und muss. Strafe ist der schärfste Eingriff, den der Staat in die Freiheitssphäre des einzelnen vornimmt. Das Strafrecht steht daher unter erhöhtem Legitimationsdruck; es lässt sich nicht beliebig instrumentalisieren, denn es greift in die Freiheitssphäre des einzelnen in einer Weise ein, die sich ganz bewusst von anderen Zwangsmitteln des Rechts unterscheidet: Das Strafrecht ist das Mittel staatlicher Sozialkontrolle, das soziale Konflikte im Wege rechtlich formalisierter Zurechnung von Verantwortung löst, wobei die Übelszufügung durch Strafe zugleich rechtsethischen Tadel symbolisiert; Strafe stigmatisiert. Entscheidend im Kontext unserer Überlegungen ist also zum einen die Frage, ob die Normen des Umweltschutzes zu denjenigen Normen gehören, deren Geltung legitimerweise mit Strafe gesichert werden darf; zum anderen muss das Strafrecht für Umweltprobleme „resonanzfähig" sein. Das heißt: Es muss sprachliche Strukturen haben, die es ihm erlauben, Umweltprobleme erkennen und verarbeiten zu können. Bildhaft gesprochen, lautet also die Frage: Hat das Strafrecht überhaupt ein „Organ" für Probleme der Umwelt?

II. Die „Resonanzfähigkeit" des Strafrechts für Umweltschutz

1. Die gesellschaftliche Reaktion: Inflation von Werten

Zunächst sei ein kurzer Blick auf das heutige Verhältnis von Umwelt und Gesellschaft geworfen. Umweltprobleme sind für einzelne Gesellschaftsmitglieder nur in sehr geringem Umfang unmittelbar erkennbar, dann etwa, wenn tote Fische in einem vergifteten Gewässer schwimmen oder Smog herrscht. Aber die meisten Umweltprobleme werden erst dann wahrgenommen, wenn sie mit naturwissenschaftlichen Mitteln erfasst werden. Etwa: Ohne eine physikalische Theorie der Radioaktivität gibt es

---

15 Vgl. *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1987, S. 422; *Kindhäuser* (wie Fn. 14), 496 f.; *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 176 ff. m. w. Nachw.

auch keine Gefahr durch Radioaktivität, auf die die Gesellschaft reagieren und vor der sie sich schützen könnte. Umweltgefahren werden also primär durch das soziale Subsystem Wissenschaft konstituiert.[16] Die Reaktion der Gesellschaft auf diese Gefahren ist nun abhängig von der Resonanzfähigkeit der anderen sozialen Subsysteme, einer Resonanzfähigkeit, die durchaus beschränkt ist.[17]

In der Politik müssen Umweltprobleme in Machtfragen, in das Schema von Regierung und Opposition übersetzt werden. In der Wirtschaft müssen Umweltprobleme in das über Preise gesteuerte Schema von Haben und Nichthaben übersetzt werden. Im Recht müssen Umweltprobleme in das Schema von Recht und Unrecht übersetzt werden.[18] All dies ist, was unmittelbar einleuchtet, äußerst kompliziert und langwierig. Da die Zeit aber drängt und Angst ins Spiel kommt, schwindet das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft und ihrer Subsysteme. Die Beobachtung der von der Gesellschaft selbst erzeugten Umweltschäden wird auf fehlerhafte soziale und individuelle Entscheidungen zurückgeführt. Als Reaktion darauf wird versucht, die Fehlentscheidungen durch Gegenentscheidungen zumindest zu neutralisieren.

Entscheidungen verlangen Werte. Die vorhandenen Werte reichen nicht aus, so dass der Wertekatalog erweitert werden muss. Die Umweltethik wird geboren.[19] Damit eine solche Umweltethik nicht in wirkungslosem Protest verpufft oder sogar noch obendrein sozial destabilisierend wirkt, muss sie in die Programme der einzelnen sozialen Subsysteme integriert werden. Bleiben wir in unserem Bereich: Wie sollen diese Werte in das Recht überführt werden, um dort rechtliche Entscheidungen zu beeinflussen und zu steuern? Kommen wir zur Beantwortung dieser Frage wieder aufs Strafrecht zurück.

---

16 Zur sozialwissenschaftlichen Analyse des Problems vgl. insbesondere *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 67 ff.; zu deren rechtswissenschaftlicher Rezeption wiederum vgl. *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 50 ff.

17 Vgl. hierzu *Luhmann*, Ökologische Kommunikation, 2. Aufl. 1988, S. 40 ff.

18 Vgl. *Luhmann*, Ökologische Kommunikation, 2. Aufl. 1988, S. 89 ff.

19 Vgl. neben den in Fn. 10 Genannten insbesondere auch *Hösle*, Philosophie der ökologischen Krise, 1991; *ders*., Praktische Philosophie in der modernen Welt, 1992, S. 166 ff. und passim; *Meyer-Abich*, Wissenschaft für die Zukunft, 1988; *ders*., Aufstand für die Natur, 1990.

2. Das dogmatische Programm des Strafrechts

Die Strafe hat den Zweck, die Beeinträchtigung von Normgeltung symbolisch zu restituieren. Durch Strafe wird ausgedrückt, dass der Normbruch nicht hingenommen wird und der Täter die „Kosten" des Geltungsverlusts zu tragen hat. Gerechte Strafe ist die symbolische Kehrseite des Geltungsverlusts. Nicht jede Norm verdient es jedoch, wie bereits erwähnt, durch Strafe in ihrer Geltung gesichert zu werden. Unrecht ist als solches noch nicht strafwürdig. Beispielsweise sind der zivilrechtliche Vertragsbruch oder falsches Parken nicht schon strafwürdig, weil sie Unrecht sind. Es wird vielmehr verlangt, dass strafrechtliches Unrecht in besonderer Weise sozialschädlich sein müsse,[20] wobei die Sozialschädlichkeit in der Beeinträchtigung von Rechtsgütern gesehen wird. Rechtsgüter sind wiederum solche Eigenschaften von Personen, Sachen oder Institutionen, die der freien Entfaltung des einzelnen in der Gesellschaft dienen. Damit ist das Kernproblem des Umweltstrafrechts angesprochen: Inwieweit kann Ökologie in die am Gedanken der Sozialschädlichkeit orientierte Rechtsgüterlehre transformiert werden?

Das Rechtssystem arbeitet mit der umfassenden dualen Wertung von Recht und Unrecht. Ein Drittes wird hierbei ausgeschlossen. Das Rechtssystem verarbeitet soziale Probleme, indem es Sachverhalte als Recht oder Unrecht ausweist und an die jeweilige Wertung Rechtsfolgen knüpft. Der Umgang mit dieser Wertung verlangt Programme, die die Voraussetzungen nennen, unter denen die jeweilige Wertung erfolgt. Diese Programme des Rechts sind insbesondere die dogmatisch ausdifferenzierten Gesetzestexte. Dementsprechend schneidet das Strafrecht mit dem Programm der Vermeidung sozialschädlicher Verhaltensweisen seinen relevanten Bezirk aus dem Bereich des allgemeinen Unrechts heraus.

Da nun ein soziales System nur nach Maßgabe seines Programms Probleme erkennen und verarbeiten kann, ist das Strafrecht dann resonanzfähig, wenn es um die Frage der Sozialschädlichkeit geht. Umweltschutz durch Strafrecht bedeutet also, die Umwelt vor sozialschädlichen Verhaltensweisen zu schützen. Umweltschädigung und Sozialschädlichkeit, das sieht man sofort, sind aber allenfalls bereichsweise kongruent. Um den Zusammenhang von Umweltschädigung und Sozialschädlichkeit deutlich zu machen, ist es zunächst hilfreich, die möglichen Formen von Sozialschädlichkeit genauer zu analysieren.

---

20 Vgl. *Zaczyk* in: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, S. 113 ff.

3. Transformation von Umweltschädigung in Sozialschädlichkeit

Der tradierte Begriff der Sozialschädlichkeit ist auf die Beeinträchtigung der Bestandsbedingungen der Gesellschaft bezogen. Insoweit kann man von „interner" Sozialschädlichkeit sprechen. Mit Blick auf diese Sozialschädlichkeit wird seit der Aufklärung das Strafrecht legitimiert. Typische Beispiele dieser Sozialschädlichkeit sind Körperverletzung, Totschlag, Vergewaltigung oder Hochverrat. Mit Blick auf den Umweltschutz bedeutet dies: Soweit Umweltschädigungen sich unmittelbar oder noch spürbar mittelbar auf die Belange des Menschen selbst auswirken, also Leben, Gesundheit oder Eigentum betreffen, sind Schädigungen der Umwelt problemlos in das strafrechtliche Schutzsystem integrierbar.[21] Die Umwelt wird in diesen Fällen gewissermaßen *en passant* mitgeschützt; primär aber geht es um die Sicherung der Entfaltungschancen des Menschen in der Gesellschaft.

Ökologischer Umweltschutz, wie er von der heute kursierenden Umweltethik verlangt wird, geht erheblich weiter. Es sollen ja die Reinheit des Wassers um der Reinheit des Wassers willen, die Artenvielfalt der Fauna um der Artenvielfalt der Fauna willen, der Reichtum der Flora um des Reichtums der Flora willen geschützt werden. Ein ökologischer Umweltschutz ist also ein Umweltschutz, der gerade nicht nur um des Menschen, sondern um der Natur willen betrieben wird. Ein solcher Umweltschutz hat mit „interner" Sozialschädlichkeit zunächst nichts zu tun. Ein solcher Umweltschutz kann aber mit der Vermeidung sozialschädlichen Verhaltens verbunden werden, wenn Sozialschädlichkeit nicht intern auf die Bestandsbedingungen der Gesellschaft, sondern „extern" auf die Vereitelung gesellschaftlicher Ziele bezogen wird.[22] Eine Gesellschaft kann sich externe Ziele setzen, also Ziele, um derentwillen sich die Institutionen und

---

21 Der Verbrechenstyp, durch den dieser Schutz gewährleistet werden kann, ist das abstrakte Gefährdungsdelikt; vgl. hierzu *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 277 ff. Weitergehend propagiert *Kuhlen*, GA 1986, 389 ff., mit Blick auf die Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB) den Typ eines Kumulationsdelikts, bei dem die einzelne Straftat für das betreffende Rechtsgut völlig ungefährlich, in der Kumulation mit anderen Straftaten aber zu einem großen Gesamtschaden führen kann. Das Problem dieses Ansatzes liegt in der Legitimation der Strafwürdigkeit des nur minimalen Unrechts, das dem einzelnen vorgeworfen werden kann, wenn auf den Kausalnachweis zwischen der jeweiligen Handlung und dem Gesamtschaden bei der Unrechtsbegründung verzichtet wird.

22 Unter „externen" Zielen sollen Ziele verstanden werden, die die Gestaltung der gesellschaftlichen „Umwelt" (in einem systemtheoretischen, nicht ökologischen Sinne) zum Gegenstand haben.

Individuen einer Gesellschaft einsetzen und die als Gemeinschaftsziele verstanden werden. Beispiele hierfür findet man nicht viele, und zumeist auch negative, wie etwa Eroberungskriege. In einem positiven Sinne gehören etwa alle Formen humanitärer Hilfe hierher, Hilfe also, die Hunger, Not etc. in anderen Ländern zu lindern trachtet. Fraglos kann sich eine Gesellschaft auch ökologischen Umweltschutz als externes Ziel setzen. Ökologischer Umweltschutz in diesem Sinne mag auch als Verfassungsauftrag proklamiert werden. In unserer Gesellschaft gibt es grundsätzlich kein Hindernis, sich ein solches Ziel im Wege einer demokratisch legitimierten Dezision mit Allgemeinverbindlichkeit zu setzen.

Problematischer ist dagegen die Wahl der Mittel zur Zielverwirklichung. Gerade die wirksamsten Mittel des ökologischen Umweltschutzes sind ja in unserem Kulturkreis höchst unbeliebt und zeigen, dass eine Gesellschaft ihre externen Ziele deutlich hinter internen Zielen rangieren lässt. Etwa: Die Einstellung des motorisierten Straßenverkehrs wäre sicher eine äußerst wirksame Maßnahme des Umweltschutzes. Aber wenn nicht einmal solche internen Schäden wie 50 000 Unfalltote pro Jahr in der EG zur Abschaffung des Automobils für jedermann führen, ist kaum zu erwarten, dass dieses Mittel zur Verfolgung externer Umweltziele ergriffen wird.

Unsere Gesellschaft tut sich beim Umweltschutz schon nicht weh, und zwar auch und gerade deshalb nicht, weil die Überschreitung der Schmerzgrenze zur Funktionsunfähigkeit der sozialen Subsysteme führen könnte. Man kann beispielsweise das Wirtschaftssystem nicht so stark irritieren, dass der Markt zusammenbricht. Die Mittelwahl muss also den gesellschaftsinternen Strukturbedingungen angepasst werden und läuft in diesem Bereich etwa über das maßvolle Anziehen der Steuerschraube auf der einen Seite und maßvollen Steuervergünstigungen sowie Subventionen auf der anderen Seite. Und hier kommt wieder das Strafrecht ins Spiel: Was auch immer als Mittel zur Steuerung eines sich nicht von selbst einstellenden Umweltschutzes eingesetzt wird – sei es ein finanzieller Vorteil, sei es ein finanzieller Nachteil -, bietet Anlass genug, sich individuell zu bereichern: Subventionen können erschwindelt werden; hohe Entsorgungskosten lassen sich einsparen, indem Giftfässer vergraben oder in Gewässer eingeleitet werden; Kälber können mit verbotenen Hormonzugaben aufgezogen werden – usw.

Die Verfolgung externer Ziele durch gesellschaftsinterne Steuerung qua Vor- und Nachteil hat also kriminogene Wirkung; die Verlockung zum rationalen Normbruch durch Schwarzfahren liegt auf der Hand. Die Form der Sozialschädlichkeit, um die es hier geht, ist allerdings die übliche

interne Sozialschädlichkeit, die von den externen Zielen weitgehend abgekoppelt ist. Diese Art von Kriminalität besteht nicht etwa in der Orientierung an der Vereitelung externer Ziele, sondern in der Pervertierung sozialinterner Regelungsmechanismen. Ein Täter kippt nicht etwa Öl in einen Fluss, um rituell die Reinheit des Wassers zu beflecken. Er macht das ganz einfach, um Kosten zu sparen. Externe Zielsetzungen haben, um es kurz zusammenzufassen, auch interne Sozialkonflikte zur Folge, namentlich Wirtschaftskriminalität, für deren Verarbeitung das Strafrecht ohne weiteres resonanzfähig ist.

4. Die Einführung des ausgeschlossenen Dritten

Ökologischer Umweltschutz ist, so lautet das bisherige Ergebnis, jedenfalls mittelbar durch Strafrecht möglich. Doch an das deutsche Strafrecht wird auch der Anspruch herangetragen, unmittelbaren ökologischen Umweltschutz zu betreiben; es soll hier Vorreiterrolle gegenüber anderen Rechtsgebieten spielen.[23] Ist dieser Anspruch berechtigt und einlösbar?

Voraussetzung für unmittelbaren ökologischen Umweltschutz wäre es, dass das Strafrecht sein Programm der Sozialschädlichkeit so schreiben könnte, dass die Bewertung einer Umweltbeeinträchtigung *unabhängig* von deren Rückwirkung auf die gesellschaftsinternen Bestandsbedingungen als sozialschädliches Unrecht möglich wäre. Das Problematische hieran wurde bereits herausgearbeitet. Individuen und Gesellschaft auf der einen Seite und Umwelt auf der anderen Seite sind keine natürlich bzw. ontologisch vorgegebenen Größen. Individuen und Gesellschaft konstituieren sich vielmehr normativ, und dementsprechend ist die Abgrenzung der Gesellschaft und ihrer Subsysteme von der Umwelt eine normative. Dementsprechend ist auch das Gegebensein eines Umweltschadens abhängig von der normativen Bestimmung dessen, was Umwelt sein soll und wie sie beschaffen sein soll. Ein einfaches Beispiel: Die Luft zum Atmen und die ausgeatmete Luft rechnen wir zu den Existenzbedingungen des Menschen; folglich kann auch das Atmen nicht als Umweltbeeinträchtigung verstanden werden. Und vom Atmen über das Heizen bis zum Kohlekraftwerk sind es keine qualitativen, sondern nur quantitative Sprünge.

Wenn hier Zäsuren getroffen werden sollen, wann harmlose Zivilisation in Umweltbeeinträchtigung übergeht, dann sind dies normative Zäsuren,

---

23 Zum Diskussionsstand – mit allerdings skeptischer Einschätzung – vgl. *Lackner*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 20. Aufl. 1993, Vor § 324.

die die Gesellschaft selbst trifft. Ob sich der Mensch die Erde nahezu total untertan macht – und das heißt nach dem Stand der Dinge: sogar ökologische Kreisläufe verändert – oder ob er sie, soweit dies überhaupt noch möglich ist, ohne Eingriffe der natürlichen Evolution überlässt, läuft in einem wesentlichen Punkt auf dasselbe hinaus: Jeweils kommt es darauf an, wie die Gesellschaft ihre Umwelt sehen möchte. Welches Bild sich die Gesellschaft von ihrer Umwelt macht, ist damit eine Frage von Entscheidungen, die wiederum nach Werten verlangen, die nicht aus der Natur kommen, sondern gesellschaftlich generiert sind.[24] Daraus aber folgt, dass das Strafrecht in seinen Möglichkeiten des Umweltschutzes abhängig ist von gesellschaftlichen Wertungen, genauer: von solchen Wertungen, die bereits in das Programm für das duale Wertungsschema des Rechts, nämlich Recht/Unrecht, transformiert sind. Erst wenn für das Strafrecht klar ist, was für das Rechtssystem überhaupt als Unrecht angesehen werden kann, kann es für dieses Unrecht mit Hilfe seines spezifischen Kriteriums der Sozialschädlichkeit strafbare Verhaltensweisen herausfiltern. Das Strafrecht kann in der Unrechtsbegründung nicht vorpreschen, sondern nur als *ultima ratio* der Normstabilisierung langsam auf geklärtes Terrain nachrücken.

Das Strafrecht kann schon deshalb keine Vorreiterrolle beim Umweltschutz durch das Recht spielen, weil es nicht für strafbares Unrecht ausgeben kann, was nach verwaltungs- oder zivilrechtlichen Kriterien als rechtmäßig einzustufen ist. Das strafrechtliche Unrecht als Voraussetzung der Strafbarkeit ist ganz erheblich enger als der Unrechtsbegriff der anderen Rechtsmaterien. Das Strafrecht mag einen gewissen Spielraum bei der Auswahl sozialschädlicher Verhaltensweisen haben; aber die Grenze ist stets die allgemeine Rechtmäßigkeit. Nur was auch sonst im Rechtssystem Unrecht ist, unterliegt der Bewertung als sozialschädlich und damit als strafwürdig. In diesem Sinne ist das Strafrecht irreduzibel akzessorisch zum sonstigen Recht. Auf den Umweltschutz bezogen bedeutet dies: Nur was bereits nach Zivil- oder Verwaltungsrecht als unrechtmäßige Umweltbeeinträchtigung anzusehen ist, kommt überhaupt als strafbare Umweltbeeinträchtigung in Betracht. Umweltschutz durch das Recht ist ein Schutz

24 Und hierbei auch den erkenntnistheoretischen Bedingungen des Möglichen unterworfen sind. Auch eine noch so engagierte Umweltethik wird etwa die Geschiedenheit von Sein und Sollen nicht aus den Angeln heben können. Daher auch die prinzipielle Frage: Wer hat die Kompetenz zu sagen, was wie sein (und werden) soll? – wobei aus menschlicher Perspektive grundsätzlich der Status quo als erhaltens*wert* eingeschätzt werden wird.

der Interessen, die die Gesellschaft an der durch sie bestimmten Umwelt hat. Damit kann der Beitrag, den das Strafrecht zum unmittelbaren ökologischen Umweltschutz leisten kann, nur darin bestehen, die normativen Vorgaben der Gesellschaft über die Umweltbeschaffenheit flankierend abzusichern. Da die normativen Vorgaben der Gesellschaft, die „policies", von der Politik an das Verwaltungsrecht in Form ausfüllungsbedürftiger Klauseln und Formeln weitergegeben werden, ist Anknüpfungspunkt des Strafrechts beim *unmittelbaren* ökologischen Umweltschutz das Umweltverwaltungsrecht.

III. Das (deutsche) Umweltstrafrecht – Anspruch und Wirklichkeit

Abschließend sei nun gefragt, wie das deutsche Umweltstrafrecht in das rechtstheoretisch vorgezeichnete Schema für Umweltschutz durch Strafrecht passt.

1. Systematik des Umweltstrafrechts

In dem mit „Straftaten gegen die Umwelt" überschriebenen 28. Abschnitt des Strafgesetzbuches werden insbesondere zwei Typen von Umweltgefährdungen erfasst. Zum einen sollen die Umweltmedien Wasser, Luft und Boden vor Beeinträchtigungen geschützt werden. Man kann deshalb von einem *medialen* Umweltschutz sprechen. Dieser wird in den §§ 324 bis 326 geregelt. Zum anderen soll die Einrichtung und der Betrieb bestimmter Anlagen überwacht werden, und zwar solcher Anlagen, die Gefahren für die Umweltmedien Luft, Boden und Wasser mit sich bringen können. Hierbei geht es insbesondere um Abfallbeseitigungsanlagen und um Anlagen, die mit Kernbrennstoffen zu tun haben. Da sich die entsprechenden Strafvorschriften auf die Kontrolle von Gefahrenherden für alle Umweltmedien beziehen, kann man insoweit von *multimedialem* Umweltschutz sprechen.

Sowohl die medialen als auch die multimedialen Regelungen sind – in einer noch sogleich näher zu bestimmenden Weise – verwaltungsakzessorisch. Nur das Delikt der schweren Gefährdung durch Freisetzen von Giften (§ 330 a StGB) ist insoweit eine Ausnahme; allerdings schützt diese Vorschrift auch nur mittelbar die Umwelt. Sie ist ein dem Schutz von Leib und Leben dienendes konkretes Gefährdungsverbot. Es handelt sich bei diesem Verbot um ein Delikt (rein) interner Sozialschädlichkeit, das

sich – systematisch gesehen – ins Umweltstrafrecht verirrt hat; es gehört eigentlich zu den Totschlags- und Körperverletzungsdelikten. Der Grund für seine Aufnahme in den Abschnitt über das Umweltstrafrecht war ein Tribut des Gesetzgebers an die Giftkatastrophe von Seveso. § 330 a StGB kann unter spezifisch umweltstrafrechtlichen Gesichtspunkten außer Acht gelassen werden.

2. Verwaltungsakzessorietät

Das Strafrecht ist, so wurde oben gesagt, im unmittelbar ökologischen Umweltschutz an die Wertungen durch das Verwaltungsrecht bzw. die Verwaltung gebunden. Wirft man nun einen Blick auf die erste Vorschrift des Umweltstrafrechts, das Delikt der Verunreinigung eines Gewässers (§ 324 StGB), so scheint diese These unzutreffend zu sein. Denn § 324 untersagt die unbefugte nachteilige Veränderung eines Gewässers, wobei unbefugt nicht als Tatbestandsmerkmal, sondern nur als redundantes allgemeines Verbrechensmerkmal interpretiert wird. Also scheint bereits die bloße nachteilige Veränderung eines Gewässers strafbares Unrecht zu sein, und zwar unabhängig von verwaltungsrechtlichen Wertungen.

Doch § 324 StGB ist nur scheinbar „verwaltungsfrei". Dies sei näher erläutert. Im Verwaltungsrecht werden zwei Typen von Verboten unterschieden: die sog. repressiven Verbote mit Befreiungsvorbehalt und die sog. präventiven Verbote mit Erlaubnisvorbehalt. Beim repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt wird ein Verhalten – aus verwaltungsrechtlicher Sicht – als grundsätzlich schädlich angesehen. Der Verwaltung wird jedoch die Befugnis eingeräumt, unter bestimmten Bedingungen Dispens zu erteilen. Beim präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist das untersagte Verhalten – wiederum aus verwaltungsrechtlicher Sicht – nicht als solches schädlich; es ist vielmehr sozialadäquat oder – im Regelfall – sogar sozial nützlich. Entscheidend für das verwaltungsrechtliche Verbot ist vielmehr, dass das untersagte Verhalten mit nicht unerheblichen Gefahren verbunden ist. Deshalb wird das Verhalten nur zum Zweck der Gefahrenkontrolle verboten. Ein alltägliches Beispiel ist hierfür das Verbot, ohne Fahrerlaubnis am motorisierten Straßenverkehr teilzunehmen (§ 21 Straßenverkehrsgesetz). Die Erteilung des Führerscheins ist das Moment der Gefahrenkontrolle; es soll sichergestellt werden, dass der Fahrzeugführer das Fahrzeug und die Regeln des Straßenverkehrs beherrscht.

Alle multimedialen Regelungen des Strafrechts knüpfen an solche Verbote an, die im Verwaltungsrecht als präventive Verbote mit Erlaubnisvor-

behalt ausgestaltet sind. Insbesondere sind hierbei zu nennen der Betrieb eines Kernkraftwerks oder einer Abfallbeseitigungsanlage sowie der Umgang mit Kernbrennstoffen nach §§ 327, 328 StGB. Diese Verhaltensweisen werden nach verwaltungsrechtlichen Maßstäben als sozial nützlich angesehen und nur wegen der außerordentlich hohen Risiken, mit denen sie behaftet sind, mit Erlaubnisvorbehalt untersagt. Das Strafrecht kümmert sich bei diesen präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt nur um die Einhaltung des Verwaltungsverfahrens bzw. die Einhaltung der jeweiligen Verwaltungsakte. Mit Umweltschutz, schon gar mit unmittelbarem ökologischen Umweltschutz, hat dies nichts zu tun. Zudem springt hier geradezu ins Auge, dass das Strafrecht keine Vorreiterrolle spielen kann. Es kann sich beispielsweise nicht in einen Wertungswiderspruch zum Verwaltungsrecht begeben und autonom das Betreiben von Kernkraftwerken oder Abfallbeseitigungsanlagen für strafbares Unrecht erklären.

Das Delikt der Verunreinigung eines Gewässers nach § 324 StGB beinhaltet dagegen kein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; es knüpft vielmehr an die verwaltungsrechtliche Vorwertung namentlich des Wasserhaushaltsgesetzes an. § 2 Wasserhaushaltsgesetz enthält nach wohl h.M. ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Die nachteilige Verunreinigung eines Gewässers ist aus verwaltungsrechtlicher Sicht grundsätzlich schädlich, und erst durch einen verwaltungsrechtlichen Dispens wird die Gewässerverunreinigung zulässig. Hier kann das Strafrecht problemlos an die verwaltungsrechtliche Vorwertung anknüpfen, indem es – wie das Verwaltungsrecht – die Gewässerverunreinigung für sozialschädlich hält. Allerdings muss das Strafrecht diese Wertung dann wieder zurücknehmen, wenn die Verwaltung einen Dispens erteilt. Regelungstechnisch wird dies dadurch erreicht, dass der Dispens – und sei er auch rechtswidrig, aber wirksam – als Rechtfertigungsgrund gilt. Was hierbei von einem selbständigen ökologischen Umweltschutz durch das Strafrecht übrigbleibt, liegt auf der Hand: praktisch nichts. Der Zweck des verwaltungsrechtlichen Dispenses besteht ja darin, dass er nicht etwa erteilt wird, weil die Gewässerverunreinigung nicht nachteilig sei; jede Gewässerverunreinigung ist – nicht nur ökologisch, sondern bereits begrifflich – nachteilig für das Gewässer. Vielmehr wird der Dispens aus Gründen erteilt, die die Gewässerverunreinigung als – aus verwaltungsrechtlicher Sicht – sozial verträglich erscheinen lassen, also etwa auch aus Gründen der zielgerichteten Ansiedlung von Industrieanlagen oder der Sicherung von Arbeitsplätzen.

Was also nach § 324 verboten ist, das muss man klar sehen, ist nur die verwaltungsrechtlich ungenehmigte Gewässerverunreinigung. Mit Blick

auf den ökologischen Umweltschutz ist das eine Quantité négligeable. Die eigentliche Gewässerverschmutzung wird legal und damit völlig am Strafrecht vorbei betrieben. Der absolute Gewässerschutz, der angeblich durch § 324 StGB bewerkstelligt werden soll, ist in Wirklichkeit eine Absicherung der Einhaltung von Verwaltungsverfahren, also kein Umweltstrafrecht, sondern Polizeistrafrecht.[25]

Besondere Aufmerksamkeit verdienen indessen auch die präventiven Verbote mit Erlaubnisvorbehalt; beispielhaft angeführt sei § 327 StGB, der Verstöße gegen Genehmigungserfordernisse beim Betrieb gefährlicher Anlagen pönalisiert. Bei den präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt des Verwaltungsrechts werden bestimmte Verhaltensweisen nicht wegen ihrer Sozialschädlichkeit, sondern wegen der Kontrolle der mit ihnen verbundenen Gefahren untersagt. Dieser Sachverhalt stellt das Strafrecht unter hohen Legitimationsdruck. Denn es pönalisiert ja jetzt nicht sozialschädliche Verhaltensweisen – was es eigentlich müsste -, sondern dient dazu, die Einhaltung von formellen Verwaltungsverfahren zu erzwingen. Dies lässt sich nur dadurch rechtfertigen, dass man in den hier relevanten Verwaltungsverfahren solche Verfahren vor sich hat, in denen hochrangige Sicherheitsbedürfnisse der Bevölkerung repräsentiert werden. Dies gilt insbesondere für den Betrieb von kerntechnischen Anlagen, deren tolerables Restrisiko in einem förmlichen Verfahren nachgewiesen werden muss. Hier haben wir es also – auf der Unrechts-, nicht auf der Schuldebene – gewissermaßen mit einer Beweislastumkehr zu tun. Die Ungefährlichkeit muss nachgewiesen werden.

3. Kriminologische Bilanz

Ein abschließender Blick auf die kriminologische Bilanz zeigt, dass Umweltschutz in der Verbrechensbekämpfung eher ein Schattendasein fristet.[26] Mit derzeit ca. 21.000 Verfahren bewegt sich das Umweltstrafrecht fast ausschließlich im Bereich der (unteren!) Bagatellkriminalität. Die Ein-

---

25 Das Delikt der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung (§ 326 Abs. 1 StGB), das das unbefugte Lagern aller möglichen Arten von Giften, Explosions- und Schmutzstoffen untersagt, ist parallel zu § 324 ausgestaltet. Beide Vorschriften sind repressive Verbote und zudem die einzigen Normen des Umweltstrafrechts, die sich an jedermann richten; alle anderen Delikte sind sog. Sonderdelikte und nur von bestimmten Pflichtadressaten begehbar.

26 Umfassend zur Praxis des Umweltstrafrechts Meinberg/Möhrenschlager/Link (Hrsg.), Umweltstrafrecht, 1989, S. 211 ff.

stellungsquote der Verfahren liegt bei 75 %.[27] Von den verbleibenden 25 % werden wiederum 16 % mit einem Strafbefehlsantrag abgeschlossen; knapp 8 % werden angeklagt. Soweit es zu Anklagen kommt, werden 45 % im anschließenden Strafverfahren eingestellt; 5 % werden freigesprochen. Von den restlichen 50 % werden fast alle Täter nur zu einer geringen Geldstrafe verurteilt.[28] Die Freiheitsstrafen (nur 4 %) werden in der Regel zur Bewährung ausgesetzt. In absoluten Zahlen: Nur 5 Täter wurden etwa 1987 zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt.

Ob das Umweltstrafrecht in nennenswertem Umfang abschreckende Wirkung hat, ist offen. In jedem Fall besteht aber aufgrund des hohen Anspruchs und der geringen (meßbaren) Effektivität die Gefahr der Enttäuschung über das Strafrecht und damit die Gefahr der allgemeinen Destabilisierung des Strafrechts. Zudem gilt: Globale Probleme des Umweltschutzes (Zerstörung des Regenwaldes, Treibhauseffekt, Flutkatastrophen etc.) lassen sich ohnehin nicht mit nationalem Strafrecht lösen. Zweifelhaft ist auch, ob durch Strafrecht ein „Umweltbewußtsein" gefördert werden kann. Jedenfalls scheint im Alltag individuelle Risikobereitschaft (Raserei auf Autobahnen, Medikamentenmißbrauch, ungesunde Lebensführung und Ernährungsweise etc.) in auffälligem Kontrast zur Empfindlichkeit gegenüber Fremdgefährdungen (Ängste vor allem und jedem) zu bestehen.

Das Ergebnis ist daher für denjenigen, der Hoffnungen in den strafrechtlichen Umweltschutz setzt, recht dürftig. Das Strafrecht ist aus vielerlei Gründen nur bedingt zum Umweltschutz geeignet. Soweit Umweltschutz überhaupt mit den Mitteln des Rechts betrieben werden kann, muss das Verwaltungsrecht an die Front. Das Strafrecht kann nur flankierend und nachklappend helfen; es ist mit anderen Worten für Umweltprobleme nur in sehr geringem Maße resonanzfähig.

---

27 Davon ca. 1/3 Einstellungen nach §§ 153, 153 a StPO; 2/3 Einstellungen nach § 170 II StPO.

28 Im Durchschnitt 30 Tagessätze zu 25 DM.

„Wie man Verbrechen vorbeugt“
Zu *Cesare Beccarias* Konzeption der Kriminalprävention

I. Verbrechenskonzeption

In Kapitel 41 seiner – zunächst aus Furcht vor staatlicher Repression anonym und ohne Angabe des Erscheinungsortes publizierten – Schrift „Über Verbrechen und Strafen“ legt *Cesare Beccaria* (1738 – 1794) seine Konzeption der Kriminalprävention vor.[1] Diese Konzeption beruht nicht auf einer Verbrechenstheorie, sie nimmt nicht Bezug auf eine empirisch-methodische Erforschung der Ursachen abweichenden Verhaltens und der individual- und sozialpsychologischen Möglichkeiten ihrer Eindämmung. Die von ihm erörterten Delikte werden nicht an kriminologischen Kategorien ausgerichtet. Es wird keine Systematik vorgestellt, die Delinquenz in differenzierter Weise nach Maßgabe spezifischer Formen der Tatbegehung oder bestimmter Tätermerkmale wie etwa Altersgruppen, kriminelle Karrieren, Geschlecht oder soziale Herkunft differenziert.

Beccaria kämpft vielmehr primär gegen richterliche Willkür, grausame Folter und überharte Strafen. Er geht von einem abstrakt-anthropologischen Verständnis des Menschen aus, den er in der philosophischen Tradition der Aufklärung als vernunftbegabt sowie sinnlicher und axiologischer Erkenntnis fähig begreift. Und dieser anthropologische Ansatz wird mit einer primär utilitaristisch orientierten Ethik verbunden.[2] Dem-

---

1 *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764, in der Übersetzung von *Vormbaum* und mit einer Einführung von *Naucke*, 2004, zitiert „B mit Seitenangabe“. Zu Rezeption und Wirkungsgeschichte vgl. *Deimling* in: Deimling (Hrsg.) Cesare Beccaria, 1989, S. 11 ff.

2 Nach *Naucke*, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: Deimling (Fn. 1) S. 37 ff, ist der Zweckmäßigkeitsgedanke im Werk *Beccarias* der genetische Defekt, der sich in alle negativen Tendenzen des modernen Strafrechts selbst bis in die dunkelsten Zeiten der totalitären Regime des vergangenen Jahrhunderts hinein auswirkt: „Die Legitimation der Strafe bei Beccaria leistet die Limitation des Strafgebrauchs nicht“ (S. 52). Im programmatischen Kapitel über die „Milde der Strafen“ ist allerdings zu lesen, dass jede Verfolgung des Strafzwecks unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht (B 45). Und wenig später heißt es dort:

entsprechend hat auch die Ordnung der Delikte, die *Beccaria* entwirft, einen utilitaristischen Charakter. Für diese Ordnung ist allein das Maß der Schäden, die durch das Verbrechen der Gesellschaft zugefügt werden, von Bedeutung (B 72), nicht die – stets nur fallbezogenen – Absichten und Motive des jeweiligen Täters, nicht die Würde[3] des Verletzten, nicht die Schwere der Sünde[4].

Den schwersten Schaden sieht *Beccaria* im Umsturz der Gesellschaft, durch den die Sicherheit und Freiheit der Bürger beseitigt wird (B 71). Wer solches unternimmt, versucht, den Gesellschaftsvertrag und damit die Legitimation staatlicher Macht aufzuheben. Zur Verhinderung eines Staatsstreichs oder zur Restitution der durch ihn beseitigten Staatlichkeit kann nach *Beccaria* sogar die Tötung des Betreffenden notwendig sein (B 49). Freilich ist eine Tötung in diesem Sinne nicht als Kriminalstrafe i.e.S., sondern als „staatliche Notwehr" zu deuten.[5] Es folgen im Schweregrad der Schädigungen die Delikte gegen die Güter des Einzelnen und schließlich solche Delikte, die man, modern formuliert, als gewichtige Ordnungswidrigkeiten bezeichnen könnte. Alle anderen Handlungen sind keine Verbrechen und verdienen keine Strafe (B 71).

Beccaria argumentiert nicht als Kriminologe, sondern formuliert seine Auffassung von Verbrechen und Strafe auf der Basis einer Staats- und Gesellschaftsphilosophie. Seine Thesen sind sozialkritischer Natur. Sie sind, um der Zensur zu entgehen, in das Gewand einer menschenfreundlichen Kriminalpolitik eingebettet, enthalten aber ein gegen die politischen Verhältnisse seiner Zeit gerichtetes rechtliches und gesellschaftliches Reformprogramm von erheblicher Radikalität. *Beccaria* hat nicht primär den Straftäter oder das vor Strafe zu bewahrende Individuum, sondern den Machthaber im Blick. Er will vermittels einer aufgeklärten Gesetzgebung

---

„Die Länder und Zeiten mit den grausamsten Strafen waren immer auch diejenigen mit den blutigsten und unmenschlichsten Taten" (B 47). Zur Proportionalität von Verbrechen und Strafe vgl. auch *Würtenberger* FS Grünhut, 1965, 199, 206.

3 Da sonst die Unehrerbietigkeit gegenüber Gott „schrecklicher zu bestrafen (wäre) als der Mord des Monarchen" (B 73).

4 Denn diese „hängt von der Unerforschlichkeit der Bosheit des Herzens ab". Sonst könnten die Menschen strafen, wo Gott vergibt, und vergeben, wo Gott straft (B 73 f).

5 Gegen die Deutung einer solchen Tötung als Todesstrafe spricht m.E. neben dem das Wort „Strafe" hier vermeidenden Text eindeutig, dass sich *Beccaria* auf eine Situation bezieht, in der eine staatliche Ordnung erst (wieder) herzustellen ist oder Anarchie herrscht, die Tötung also gar nicht auf der Wahrnehmung von Recht beruht. Die Todesstrafe ist nach *Beccaria* kein Recht, sondern „ein Krieg der Nation gegen einen Bürger" (B 49).

die Verwirklichung des größtmöglichen irdischen Glücks für die größtmögliche Zahl der Mitglieder einer Gesellschaft befördern.[6]

Hinter *Beccarias* Konzeption der Verbrechensprophylaxe steht der Gedanke, dass das Verbrechen ein im Grunde vermeidbares Unglück für den Täter, für das Opfer und für die Gesellschaft ist. Bedingt wird dieses Unglück durch eine irrationale Gesetzgebung, unklare Gesetze, eine korrupte Justiz und eine verfehlte und völlig unzureichende Bildungs- und Wissenschaftspolitik. Überspitzt ließe sich sagen, dass der Staat selbst Urheber des Verbrechens ist; jedenfalls ist ihm das Unglück zuzurechnen. Kriminalprävention verlangt daher für *Beccaria* nichts Geringeres als eine grundlegende Veränderung der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse und die Transformation der Despotie in eine Republik.[7]

25 Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen von *Beccarias* Werk erfolgte der Sturm auf die Bastille, und seither ist die Forderung nach radikaler Gesellschaftsveränderung in immer neuer Gestalt in kriminalpräventive Programme eingegangen.[8] Und es dürfte kaum ein anderes Werk mit einer solchen Zielsetzung so erfolgreich gewesen sein wie *Beccarias* Abhandlung. Das mag auch damit zusammenhängen, dass *Beccaria* einer der ersten Theoretiker war, der sich überhaupt mit dem Problem der Kriminalprävention auseinandergesetzt hat.

---

6 *Deimling* FS Hilde Kaufmann, 1986, 51, 64. *Naucke* (Fn. 1 S. XXIII, XXVIII) wirft dagegen *Beccarias* Argumentation gegen die Todesstrafe „politisch fährlässige Oberflächlichkeit" vor und beruft sich auf *Kant*, der wiederum in *Beccarias* Kampf gegen die Todesstrafe die „teilnehmende(r) Empfindelei einer affectirten Humanität" sieht (Die Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, 1914, S. 334 f). Dass *Beccaria* lebenslange Knechtschaft (psychologisch) für abschreckender hält als die Todesstrafe (B 51), ist für *Naucke* zudem ein Verstoß gegen *Kants* Forderung, der Mensch dürfe nicht als Mittel zu den Zwecken von Staat und Gesellschaft benutzt werden (Fn. 1 S. XXVI f). *Kant* selbst beurteilt dies freilich – ohne affektierte Humanität – anders, wenn er für Diebstahl (!) fordert, der Täter müsse dem Staat „seine Kräfte zu ihm beliebigen Arbeiten (Karren- oder Zuchthausarbeit) überlassen und … auf gewisse Zeit, oder nach Befinden auch auf immer in den Sklavenstand" kommen (*Kant* Die Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe, 1914, S. 333). Abgewogen zu *Beccaria* und *Kant Cattaneo*, Aufklärung und Strafrecht, 1998, S. 7 ff.

7 *Deimling* FS Hilde Kaufmann, 1986, 65; *ders*. Der gesellschaftskritische Ansatz des Präventionsgedankens im Werk Beccarias, in: *Deimling* in: Deimling (Hrsg.) Cesare Beccaria, 1989, S. 165 ff.

8 Zur historischen Einordnung vgl. nur *Deimling* FS Hilde Kaufmann, 1986, 66 f; *Weis* Cesare Beccaria (1738–1794), Mailänder Aufklärer und Anreger der Strafrechtsreformen in Europa, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Phil. hist. Klasse, Sitzungsberichte1992.

II. Theoretisches Fundament

Sein Präventionsprogramm im 41. Kapitel leitet *Beccaria* mit der These ein:

> „Es ist besser, Verbrechen zu verhüten, als sie zu bestrafen. Dies ist das vorrangige Ziel jeder guten Gesetzgebung, welche die Kunst ist, Menschen zu größtmöglicher Glückseligkeit oder doch zu geringstmöglichem Unglück zu führen …“ (B 107).

Das theoretische Fundament dieser Eingangsthese zur Verbrechensprophylaxe bildet die Lehre vom Gesellschaftsvertrag. Nach dieser Lehre sind Gesetze die Bedingungen, unter denen unabhängige und isolierte Menschen eine Gesellschaft konstituieren, um nicht länger „in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine Freiheit zu genießen, die infolge ihrer Ungewissheit, sie bewahren zu können, unnütz geworden ist“ (B 10). Sie verzichten auf einen Teil ihrer Freiheit, um den verbleibenden Rest in Sicherheit und Ruhe genießen zu können. In der Summe der zu jedermanns Wohl geopferten Freiheit liegt die Souveränität des Staates, und der Herrscher ist deren gesetzmäßiger Wahrer und Verwalter (B 6 ff.). Dieses Gut bedarf der permanenten Verteidigung gegen Besitzanmaßungen und Übergriffe Einzelner, um zu verhindern, dass die Regeln des freiheitlichen Zusammenlebens wieder im Chaos untergehen. Mittel der Verteidigung ist die Bestrafung des Gesetzesbrechers als fühlbares Gegenmotiv und eindrucksvolle Bestätigung rechtmäßiger Gesinnung für die Allgemeinheit.

Da der Einzelne nur zu einem möglichst geringen Maß an Aufopferung seiner Freiheit zugunsten des Allgemeinwohls bereit ist, und zwar zu dem Maß, das hinreicht, um die anderen zu seiner Verteidigung zu veranlassen, ist das Recht zu strafen begrenzt. Was über das Notwendige zur Freiheitsverteidigung hinausgeht, ist Missbrauch, aber keine Gerechtigkeit. Verbrechen und Strafen auf der Basis der Gesetze freier Menschen sind also qualitativ verschieden von denjenigen des vorausgegangenen Faustrechts im kriegerischen Naturzustand. In einer Sozietät freier Menschen kann und muss die Gesetzgebung maßvoll und an der Wahrung gesicherter Freiheit orientiert sein.

Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag verbindet *Beccaria* einerseits mit der für die Aufklärungszeit einflussreichen (utilitaristischen) Formel des Philosophen *Francis Hutcheson* (1694–1746) vom „größten Glück verteilt auf die größte Zahl“. Andererseits bezieht er sich auf *Charles de Montesquieu*, der in seiner Schrift „De l'Esprit des Lois“ bereits den Zusammenhang von Prävention und maßvoller Gesetzgebung aufgezeigt hatte: In gemäßigt regierten „Staaten wird ein guter Gesetzgeber weniger auf die Bestrafung

als auf die Verhütung von Verbrechen bedacht sein; er wird sich mehr bemühen, die Sitten zu bessern, als Strafen zu verhängen. … Es wäre leicht nachzuweisen, dass in allen oder fast allen europäischen Staaten die Strafen im gleichen Verhältnis ab- oder zugenommen haben, wie man sich der Freiheit genähert oder von ihr entfernt hat“.[9]

Dementsprechend besitzt für *Beccaria* nur ein nach dem Prinzip der Gewaltenteilung verfasster republikanischer Rechtsstaat die innere Kraft, Verbrechen prophylaktisch statt repressiv zu bekämpfen – vorausgesetzt, möglichst alle Bürger halten sich an den von ihnen geschlossenen Vertrag. Wirksame und sachgerechte Prävention setzt einen gerechten und menschenwürdigen Zustand der Gesellschaft voraus; sie ist ein politisches Instrument aufgeklärter Gesetzgebung in einer von Despotie freien Staatsverfassung freier Bürger. Freilich ist Gesetzgebung dann auch eine hohe Kunst. Sie muss sich Erfahrung zunutze machen und das ihr zur Verfügung stehende wissenschaftliche Potenzial ausschöpfen. Beispielhaft verdeutlicht *Beccaria* dies bereits im 36. Kapitel anhand der Kindestötung, deren Motive er in der Vermeidung sozialer Schande sieht und deren Bestrafung er erst dann für berechtigt und erforderlich hält, wenn die Gesellschaft der Kindesmutter die nötigen Hilfen zur Verfügung stellt, statt Repression unter dem Deckmantel der Tugend auszuüben (B 97). Hieraus folgert er den Grundsatz:

> „Eine Strafe für ein Verbrechen kann so lange nicht wirklich gerecht (und das soll heißen: notwendig) genannt werden, wie das Gesetz nicht das unter den gegebenen Verhältnissen einer Nation bestmögliche Mittel eingesetzt hat, ihm vorzubeugen“ (B 98).

Die bisherigen Wege zur Aufrechterhaltung staatlicher Ordnung durch Kriminalrecht hält *Beccaria* für falsch oder sogar zweckwidrig. Er beruft sich zur Begründung auf die anthropologische Einsicht, dass es nicht möglich sei, „die ruhelose Tätigkeit der Menschen auf eine geometrische Ordnung ohne Unregelmäßigkeit und Verwirrung zu reduzieren. So wenig, wie die dauerhaften und höchst einfachen Naturgesetze hindern, dass die Planeten in ihrem Lauf gestört werden, so wenig können menschliche Gesetze verhindern, dass im Bereich der unendlichen und äußerst gegensätzlichen Anziehungskräfte von Freud und Leid Störungen und Regelwidrigkeiten auftreten. Und doch ist dies die Wahnvorstellung begrenzter Menschen, wenn sie die Befehlsgewalt in Händen halten“ (B 107).

---

9 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, eingel. und hrsg. von Forsthoff, 1992, S. 118.

In einem kleinen Kommentar zur deutschen Übersetzung merkt *Hommel* zustimmend an:

> „Das ist der Fehler unserer Polizeiordnungen, welche den Menschen zu Maschinen machen wollen, die zu gesetzter Zeit schlafen, essen und trinken sollen, wie man es in Schulen mit den Kindern macht."[10]

III. Einfache, klare und wenige Gesetze

Entscheidende Bedeutung für die Verbrechensvorbeugung misst *Beccaria* der Qualität und Quantität von Strafgesetzen zu. Gesetzestexte müssten in formaler Hinsicht klar formuliert und einfach zu verstehen sein. Verlange der Staat pflichtgemäß vom Bürger, die Gesetze anzuerkennen, so sollten diese auch wegen ihrer Klarheit und Einfachheit für gerecht gehalten werden können. Hier kommt im Übrigen ein weiteres anthropologisches Element ins Spiel, das auch in der modernen Theorie der Gerechtigkeit von *John Rawls* eine gewichtige Rolle spielt: der Gerechtigkeitssinn.[11] Wenn ein Gesetz aufgrund seiner Gerechtigkeit eine spezifische Würde und Legitimation besitzt, dann wird seine Befolgung für richtig und seine Verletzung als Schandtat angesehen. Darüber hinaus ist der mit Gerechtigkeitssinn ausgestattete Bürger auch bereit, für seine Gesetze einzutreten und sie zu verteidigen. In der Bereitschaft zur Verteidigung der Gesetze sieht *Beccaria* einen maßgeblichen Faktor, um der latenten Neigung, Verbrechen zu begehen, zu begegnen. Er fasst dies in die an Machthaber gerichteten Worte:

> „Wollt ihr Verbrechen verhüten? Sorgt dafür, dass die Gesetze klar und einfach sind und dass die Kraft der Nation darauf konzentriert ist, sie zu verteidigen, und kein Teil dieser Kraft darauf verwendet wird, sie zu beschädigen" (B 108).

Eine weitere formale Forderung *Beccarias* betrifft die Reduktion der Anzahl der Strafgesetze (B 107 f.). Je weniger Strafgesetze es gibt, desto weniger Verbrechen gibt es auch. Hinter diesem Gedanken verbirgt sich die keineswegs selbstverständliche Einsicht, dass das Verbrechen nichts dem Gesetz Vorgegebenes ist, also unabhängig von seiner rechtlichen Erfassung

---

10 *Hommel,* Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778, Nachdruck 1966, S. 170 Fn. a).

11 *Rawls* in: Höffe (Hrsg.), *Rawls* Gerechtigkeit als Fairneß, 1977, S. 125 ff.

besteht, sondern durch das Gesetz überhaupt erst konstituiert wird. Verbrechen sind keine natürlichen Ereignisse, sondern Verstöße gegen normative Vereinbarung.

Damit einher geht die inhaltliche Forderung *Beccarias*, keine indifferenten Handlungen unter Strafe zu stellen (B 108). Strafgesetze dürfen nichts anderes zum Gegenstand haben als die Pönalisierung des konkreten schädlichen Verhaltens.

> „Eine Menge indifferenter Handlungen zu verbieten, bedeutet nicht, Verbrechen, die aus ihnen erwachsen könnten, zu verhindern, sondern nur, neue zu schaffen. … Wohin kämen wir, wenn uns alles verboten würde, was zu einem Verbrechen führen könnte? Man müsste den Menschen des Gebrauchs seiner Sinne berauben“ (B 107).

Damit fallen nicht nur Handlungen, die aus religiösen oder rein moralischen Gründen abgelehnt werden, aus dem Bereich des Strafbaren heraus. Vielmehr muss der Gesetzgeber auch das spezifisch Schädliche der strafbaren Verhaltensweisen erfassen. Auch dieser Gedanke ist dem heutigen Strafrecht geläufig und ist verbunden mit dem Begriff der sozialen Adäquanz, liegt aber auch der Ablehnung eines Gesinnungsstrafrechts zugrunde.[12]

IV. Distributive Gerechtigkeit

Was den Inhalt der Gesetze anbelangt, fordert *Beccaria* zudem eine distributive Gerechtigkeit: Die Gesetze müssen allseits vorteilhaft sein und dürfen nicht nur bestimmte Klassen oder Stände begünstigen. Diese Forderung beruht auf *Beccarias* Verständnis des Gesellschaftsvertrags, nach dem die Rechte des Einzelnen nicht aus seiner Zugehörigkeit zu einem privilegierten Stand resultieren, sondern Kehrseite des wechselseitigen Verzichts auf Freiheiten aus dem Naturzustand sind, um so in allseitiger Sicherheit und Frieden zusammenzuleben. Das Gesetz entfaltet seine bindende Kraft aufgrund der autonomen Bindung des Einzelnen an den Gesellschaftsvertrag, nicht durch den Machtanspruch einer privilegierten Klasse oder eines Despoten. So gesehen ist die Gesetzesverletzung ein unvernünftiges Verhalten, weil sich der vernunftbegabte Einzelne nicht aus Furcht vor der

---

12 *Nauckes* These (Fn. 1, S. XXXVII), *Beccaria* wende sich hier entschieden (generell) gegen „Gefährdungsdelikte“, wird vom Text nicht gestützt und ist auch mit der Stufenleiter der „Ordnungsstörungen“ kaum zu vereinbaren (B 71, 89).

Zwangsgewalt der Machthaber, sondern aus Einsicht in die Notwendigkeit der von ihm selbst gewählten und mitgestalteten Gesellschaftsordnung an das Gesetz gebunden weiß.[13]

Beccaria kleidet diesen Gedanken in das Postulat:

> „Sorgt dafür, dass die Gesetze weniger einzelne Klassen der Menschen als die Menschen selber beschützen. Sorgt dafür, dass die Menschen die Gesetze, und nur sie allein, fürchten. Die Furcht vor den Gesetzen ist heilsam, schädlich aber und verbrechensträchtig ist die Furcht des Menschen vor dem Menschen. Knechtische Menschen sind lüsterner, ausschweifender und grausamer als freie Menschen" (B 108).

Hier formuliert *Beccaria* einen auch für die heutige Diskurstheorie wesentlichen Gedanken: In der wechselseitigen Anerkennung der Individuen als Gleiche liegt nicht nur der Grund für die Achtung des Anderen, sondern zugleich die Wahrnehmung des eigenen Selbst als vernunftbegabtes Wesen. Daher drückt sich in der Anerkennung der Verbindlichkeit eines in Freiheit vereinbarten gerechten Gesetzes der Selbstrespekt des Einzelnen vor sich als Person und Rechtssubjekt aus. Zudem gelingt es *Beccaria* in anschaulicher Weise, das grundlegende Prinzip zu verdeutlichen, dass einerseits Freiheit Verantwortung zur Kehrseite hat und dass andererseits Verantwortung nur aus Freiheit erwachsen kann.

V. Weltanschauliche Toleranz

Zur Delinquenzprophylaxe fordert *Beccaria* weltanschauliche Toleranz und Neutralität des Gesetzgebers und trifft damit den Nerv der Aufklärung. Er spricht sich mit religionskritischem Impetus für eine Abgrenzung der Einflusssphären von Staat und Kirche aus und fordert die Streichung von Religionsvergehen aus dem Katalog staatlicher Strafen. Viele staatlich sanktionierte religiöse Verhaltensanforderungen sind für *Beccaria* Handlungen ohne sozialschädliche Auswirkung und damit ohne wirklichen Verbrechenscharakter (B 74 f.). *Hommel* formuliert dies noch erheblich schärfer:

---

13 *Deimling* FS Hilde Kaufmann, 1986, 56. Dass deliktisches Verhalten in einem instrumentellen Sinne rational ist und allseitig vorteilhafte Normen gerade deshalb genuin instabil sind, verkennt dieser Ansatz indessen; hierzu *Kindhäuser* FS Hassemer, 2010, 761, 766 f m. w. N.

> „Gottes Gerichte und menschliche Gerichte sind heterogene Dinge, und so schwerlich, wie Wasser und Öl, mit einander zu vermischen, weil ihre Bestandteile und Quellen verschiedentlich sind. Die Quelle, woraus menschliche Strafgesetze fließen, ist einzig und allein die Größe des Unheils, welches ein Verbrechen dem Nächsten oder der ganzen Republik verursachet.“[14]

VI. Klimatische Verhältnisse

Mit Blick auf die Verbrechensverhütung bringt *Beccaria* auch einen für das heutige Verständnis seltsamen Gedanken ins Spiel: Schlechte Gesetze entfalten nicht nur unter verschiedenen Staatsverfassungen, sondern auch unter verschiedenen klimatischen Verhältnissen unterschiedliche Wirkungen hinsichtlich Art und Häufigkeit von Verbrechen. *Beccaria* folgt hier einer verbreiteten, von *Montesquieu* vertretenen Ansicht über den Einfluss des Klimas auf das Sozialverhalten. „Wenn es wahr ist,“ so sagt *Montesquieu*, „dass der Charakter des Geistes und die Leidenschaften des Herzens in den verschiedenen Klimaten außerordentlich verschieden sind, dann müssen die Gesetze auf die Unterschiedlichkeit dieser Charaktere Bezug haben.“[15]

Für *Beccaria* ergibt sich daraus, dass schlechte Gesetze unter unterschiedlichen klimatischen Bedingungen negative Folgen ganz verschiedener Art zeitigen können: Befällt eine unzureichende Gesetzgebung „eine Nation, die aufgrund des Klimas träge ist, so bewahrt und steigert sie deren Trägheit und Dummheit; befällt sie eine genusssüchtige, aber strebsame Nation, so wird sie deren Strebsamkeit in eine unendliche Vielzahl von winzigen Kabalen und Intrigen zersplittern, welche Misstrauen in alle Herzen streuen und bewirken, dass Verrat und Heuchelei zur Grundlage der Klugheit werden; befällt sie aber eine mutige und starke Nation, so wird … (sie) schließlich beseitigt; zuvor wird sie viele Schwankungen zwischen Freiheit und Knechtschaft und zwischen Knechtschaft und Freiheit hervorgerufen haben“ (B 108). Ungeachtet des sozialpsychologisch unhaltbaren Rekurses auf klimatische Verhältnisse ist diesen Ausführungen gleichwohl die gewichtige Einsicht zu entnehmen, dass für *Beccaria* auch Faktoren

---

14 *Hommel* (Fn. 10), Vorrede S. 10.

15 *Montesquieu* (Fn. 9), S. 310, mit detaillierten Ausführungen im gesamten 14. Buch.

außerhalb des sozialen Bereichs die Verbrechensprophylaxe beeinflussen können und daher zu berücksichtigen sind.[16]

VII. Aufklärung und Wissenschaftsfreiheit

Nicht verwundern kann es, dass *Beccaria* im Zusammenspiel von Befreiung und Aufklärung der Menschen einen wesentlichen Beitrag zur Verbrechensvorbeugung sieht. Denn das Verbrechen erwächst auch aus geistiger Unfreiheit. Aufklärung bedeutet für *Beccaria* die Vermittlung von empirischen Erkenntnissen über Natur und Gesellschaft; sie ist für ihn ein Feldzug gegen Aberglauben, Scheinwissen und politische Ideologie. Mit dem siegreichen Voranschreiten von Wissen werden die Übel dieser Welt beseitigt: Die Vorteile, die „durch Erkenntnis hervorgebracht werden", stehen „in direktem Verhältnis" zu deren Verbreitung (B 109).

Durch Aufklärung wird der Mensch mündig und kritikfähig. Der Unwissende ist anfällig für Demagogie, der Wissende dagegen kann auf der Basis seiner Einsicht in soziale Zusammenhänge und das Wirken der Natur ein sittlich gutes und eigenverantwortliches Leben führen. Dem Wissenden erschließt sich der Unterschied zwischen einer despotischen Machtstruktur und einer durch Gesellschaftsvertrag gestalteten Rechtsordnung, kurz zwischen Unrecht und legitimen Recht.

> „Vor der … verbreiteten Aufklärung schweigt die verleumderische Unwissenheit still und zittert die der Argumente beraubte Autorität. … Dies ist der Grund, warum es keinen aufgeklärten Menschen gibt, der nicht die öffentlichen, eindeutigen und nützlichen Verträge über die allgemeine Sicherheit liebt, denn er vergleicht das bisschen nutzlose Freiheit, das er selbst opfert, mit der Summe aller Freiheiten, welche von den anderen geopfert worden sind, die, wenn es keine Gesetze gäbe, sich gegen ihn verschwören könnten" (B 109).

Freilich kann auf Wissenschaft gestütztes Wissen nur dann zu wahrer Aufklärung beitragen, wenn die Wissenschaft selbst in Freiheit gedeiht. In diesem Kontext seiner Argumentation verteidigt *Beccaria* eingehend die Wissenschaft gegen Kritiker, die ihr vorwerfen, Schaden anzurichten; Wissenschaft sei für den Menschen keineswegs stets abträglich gewesen. In seiner Verteidigungsrede entwickelt er eine geschichtsphilosophische Theorie über drei Entwicklungsphasen menschlicher Erkenntnis: Nach einem ers-

16 *Deimling* FS Hilde Kaufmann, 1986, 57.

ten Stadium des ungeselligen Lebens, dem Stadium des ursprünglichen Naturzustands, entfachen zunächst Wohltäter der Menschheit Staunen und Wissbegier auf religiöser Basis. Sie konnten die Menschen durch die Darstellung einer sie regierenden übersinnlichen Ordnung falscher Gottheiten befrieden und schufen damit eine gegenüber dem vorhergehenden Naturzustand politisch vorteilhafte Lage. Das so erweckte Streben nach Wissen wird zum einigenden Band der Menschen und verleiht der Gesellschaft eine Struktur. Allerdings bewegen sich die Menschen in diesem zweiten Stadium noch in vielfältigen Irrtümern über die tatsächlichen Gegebenheiten und vermögen ihre wahren Bedürfnisse nicht sachgerecht zu erkennen.[17] Durch Verblendungen, Aberglaube und verführerische Welterklärung werden einige mächtig und viele schwach (B 110 f.).

In der nun folgenden dritten Epoche der Aufklärung sind die Irrungen und Wirrungen und die ungerechten Machtstrukturen des vorangegangenen Zustands mühevoll zu beheben. Denn die Preisgabe vorteilhafter und liebgewordener Fehlvorstellungen ist für Mächtige wie Schwache gleichermaßen schmerzvoll. Es ist dies die Phase, in der das Wissen um die Welt durch Wissenschaft säkularisiert wird. Der so entstandene aufgeklärte und zum Wahrer und Hüter der Gesetze bestellte Mensch ist, in *Beccarias* Worten, das „kostbarste Geschenk, das der Herrscher seiner Nation und sich selber, den sie zum Hüter und Wächter der heiligen Gesetze bestellt, darbringen kann. Gewohnt, die Wahrheit zu betrachten und nicht zu fürchten; frei von den meisten Bedürfnissen der Meinung, die niemals vollkommen befriedigt sind und die Tugend der meisten Menschen auf die Probe stellen; gewohnt, die Menschen unter viel höheren Gesichtspunkten zu betrachten, wird vor seinem Auge die Nation zu einer Familie brüderlicher Menschen, und der Abstand der Großen gegenüber dem Volk erscheint ihm um so kleiner, je größer die Zahl der Menschen ist, die er vor Augen hat“ (B 112). Kurz: Der aufgeklärte Mensch ist nicht mehr blind seinen Bedürfnissen ausgeliefert, sondern vermag sich durch Einsicht in die wahren Zusammenhänge sachgemäß zu steuern. Insoweit dient die Förderung der Wissenschaft auch der Verhütung von Verbrechen.

---

17 *Hommel* (Fn. 10) S. 175 Fn. d) merkt hierzu kritisch an: „Dass alle Religionen, nur die jüdische ausgenommen, politische Erfindungen schlauer Staatsmänner gewesen, um den einfältigen Pöbel, der durch Aberglauben, nicht aber durch Vernunftschlüsse zu lenken ist, desto leichter zu regieren, scheint mir ein wenig zu viel gesagt.“ Denn die Historie zeige, dass bei den Heiden „die Furcht wenigstens Teufel erschaffen (habe), ohne dass Könige an dieser Erfindung den mindesten Anteil gehabt“ hätten.

VIII. Justizreform

Hohen Rang nimmt in *Beccarias* Konzeption der Verbrechensvorbeugung die Reform des Gerichtswesens ein, die er allerdings nicht im Detail darlegt. Insbesondere kommt es ihm darauf an, die Zahl der Mitglieder in einem Richtergremium zu erhöhen.

> „Je größer seine Mitgliederzahl ist, umso geringer ist die Gefahr der Herrschaftsanmaßung über die Gesetze, denn Bestechlichkeit ist schwieriger unter Mitgliedern, die sich wechselseitig beobachten und die umso weniger an der Vermehrung der eigenen Macht interessiert sind, je kleiner der Anteil ist, den jeder daran besitzt …" (B 112).

Wenn sich zudem die Menschen daran gewöhnt haben, mehr die Behörden als die Gesetze zu fürchten, so werden die Behörden hieraus einen größeren Gewinn schlagen, als es der privaten und öffentlichen Sicherheit dient (B 113).

IX. Belohnungen und Erziehung

Beccaria geht in seinem Werk von einer sehr starken Beeinflussbarkeit des menschlichen Willens durch äußere Stimuli aus. Demnach nimmt er nicht nur an, dass der Mensch durch Abschreckung von der Begehung von Straftaten abgehalten werden könnte, sondern auch durch Belohnungen.[18] So glaubt er, dass „die von der wohltätigen Hand des Fürsten verteilten Preise … die Zahl der tugendhaften Handlungen vervielfältigen" könnten. Ehrenlohn sei „in den Händen eines weisen Verteilers unerschöpflich und fruchtbringend" (B 113).

„Das sicherste, aber schwierigste Mittel, die Verbrechen zu verhüten", sieht *Beccaria* jedoch in der „Vervollkommnung der Erziehung" (B 113), weil die „Natur der Regierung" mit der Erziehung zusammenhängt. Wiederum wird deutlich, wie stark *Beccaria* von *Montesquieu* beeinflusst ist, der eine Relation zwischen Erziehungsprinzipien und den drei idealtypischen Regierungsformen herzustellen versuchte:

---

18 *Hommel* (Fn. 10) S. 179 Fn. f) stimmt diesem Ansatz (insbesondere mit Blick auf die Prostitution) nachdrücklich zu: „ … also sind Belohnungen freilich gut, aber übertriebene Züchtigungen, was sollen die helfen? Sie machen die Gemüter brutal und verdunkeln den Unterschied, der zwischen großen und geringen, wahren und Scheinverbrechen obwaltet."

> „Die Gesetze der Erziehung sind die ersten, die wir erhalten, und da sie uns zu Bürgern heranbilden sollen, so muss jede einzelne Familie nach demselben Plan wie die große Familie, die sie alle umfasst, regiert werden. Wenn das Volk als Ganzes einem Prinzip folgt, so müssen auch seine Teile, das heißt die Familien, demselben Prinzip folgen. Daher müssen also die Gesetze der Erziehung in den einzelnen Regierungsformen verschieden sein: In der Monarchie müssen sie auf die Ehre, in der Republik auf die Tugend und in der Despotie auf die Furcht ausgerichtet sein“.[19]

Die Monarchie habe die Heranziehung eines Ehrenmanns zum Ziel, der sich durch Höflichkeit, Galanterie, List, Hochmut und erlesenen Geschmack den höfischen Sitten anpasse.

> „Überall greift hier die Ehre ein, sie bestimmt alle Formen des Denkens und Fühlens und selbst die Grundsätze. … Die Ehre verlangt, dass der Fürst uns nie eine Tat befehlen dürfe, die uns entehrt, weil sie uns unfähig machen würde, ihm zu dienen.“[20]

Schärfste Sanktion für den honnête homme ist der Verlust der Ehre, der mehr als der Tod gefürchtet werde. Dagegen müsse die Despotie um ihrer Selbsterhaltung willen zu blindem Gehorsam erziehen. Die Erziehung „muss hier notgedrungen knechtisch sein. … Der unbedingte Gehorsam setzt Unwissenheit bei dem Gehorchenden, aber auch bei dem Befehlenden voraus, denn er darf nicht überlegen, nicht zweifeln, nicht abwägen; er hat nur zu wollen.“ Die Erziehung „begnügt sich damit, dem Herzen Furcht einzuflößen und dem Geist einige einfache Grundsätze der Religion zu vermitteln.“[21]

„In der republikanischen Regierungsform ist man auf die ganze Stärke der Erziehung angewiesen“,[22] die den Bürger zur Tugend führen soll. Doch die „politische Tugend … verlangt Selbstverleugnung, die immer schwer fällt. Man kann den Begriff dieser Tugend bestimmen als Gesetzestreue und Vaterlandsliebe. Indem diese Liebe die beständige Bevorzugung des Gemeinwohls vor dem Eigenwohl verlangt, verleiht sie alle die einzelnen Tugenden, die sich durch diese Bevorzugung ausdrücken.“

---

19 *Montesquieu* (Fn. 9), S. 47.
20 *Montesquieu* (Fn. 9), S. 50.
21 *Montesquieu* (Fn. 9), S. 52.
22 *Montesquieu* (Fn. 9), S. 53. Angesichts der unverkennbaren Zustimmung *Beccarias* zu diesen Gedanken verwundert *Nauckes* These: „Die Überführung Beccarias in die Denkformen der Demokratie steht noch aus“, (Fn. 1 S. XXIII).

Beccaria streift jedoch diese Thesen *Montesquieus* nur kurz und verbindet sie ohne Namensnennung mit den Erziehungsprinzipien *Rousseaus* in dem von der Kirche indizierten Werk „Emile ou de l'éducation" von 1762. Nach diesen „wirklich nützlichen Hauptmaximen einer wahren Erziehung" soll der Heranwachsende nicht durch die Menschen, sondern unmittelbar durch die Natur selbst gebildet werden. Diese Erziehung besteht „in einer Ersetzung der Abbilder durch Urbilder sowohl im Bereich der moralischen als auch der physischen Erscheinungen, die Zufall oder Fleiß vor die Seelen der jungen Menschen gelangen lässt" (B 113). Junge Menschen sind zur Tugend zu ermuntern „auf dem leichten Wege des Empfindens und im Fernhalten vom Bösen auf dem unfehlbaren Wege der Notwendigkeit und der nachteiligen Folgen, nicht aber auf dem unsicheren Wege des Befehls, der nur einen geheuchelten und kurzfristigen Gehorsam erreicht" (B 113 f.). Unter diesen Prämissen kommen als Strafen auch nur Maßnahmen in Betracht, welche die zerstörerischen Kräfte des Menschen zügeln und in eine der Gesellschaft nützliche Richtung lenken.

Aufgrund dieses Anliegens dürfte es verfehlt sein, in *Beccaria* primär den Vertreter einer abschreckenden Generalprävention (mit spezialpräventiven Elementen) nach Maßgabe utilitaristischer Gemeinschaftswerte zu sehen. Vielmehr scheint er durchaus ein Vorläufer der positiven Generalprävention im Sinne einer Integrationsprävention zu sein. Strafe wird von ihm nicht nur verstanden als Mittel der Repression, sondern kann auch in den Dienst einer erzieherischen Strafzielbestimmung genommen werde; sie kann der Gewährleistung von Normgeltung durch Sicherung hinreichender Rechtstreue der Bürger dienen.

X. *Kommunitarismus*

Abschließend sei noch einmal ein kurzer Blick auf die theoretischen Grundlagen geworfen, auf denen *Beccarias* Überlegungen zur Kriminalprävention beruhen. *Beccaria* lässt sich in eine geistesgeschichtliche Strömung einordnen, die in der neueren Rechts- und Staatsphilosophie unter der Bezeichnung „Kommunitarismus" diskutiert wird.[23] Der Kommunitarismus hat seine neuere Gestalt in der kritischen Auseinandersetzung mit der namentlich von *John Rawls* vertretenen Fassung des Liberalismus erlangt. Methodisch bedient er sich des erkenntnistheoretischen Instrumentariums

23 Vgl. *Forst* in: Honneth (Hrsg.) Kommunitarismus, 1993, S. 196 ff; *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 1994, S. 187 ff.

der Hermeneutik und analytischen Philosophie, geistesgeschichtlich steht er in einer Tradition, die von *Aristoteles* über *Cato* und *Machiavelli* bis zu den französischen Aufklärern reicht.[24] Der politische Grundgedanke lautet, dass eine Gesellschaft so gut und so schlecht ist, wie ihre Mitglieder die ihnen obliegenden staatsbürgerlichen Pflichten erfüllen.

Der Kommunitarismus ist eine normative Gesellschaftstheorie, die den Wert der Freiheit keineswegs geringer schätzt als der Liberalismus. Wie dieser setzt er auf die Teilhabe an Verfahren, auf den Pluralismus der Meinungen und der sozialen Kräfte. Der Unterschied liegt jedoch im Blick auf die Gesellschaft. Der Liberalismus betrachtet sie statisch: Ist die bürgerliche Gesellschaft erst einmal freiheitlich verfasst, so laufen die Dinge gewissermaßen von selbst, wenn nur jeder die Freiheit der anderen achtet. Dagegen geht der Kommunitarismus von einem dynamischen Verständnis aus: Im Vordergrund steht nicht die vernunftgemäße Interessenverfolgung, sondern die (politische) Tugend,[25] durch deren Ausübung erst Freiheit geschaffen wird. Aus dieser Perspektive ist Freiheit keine fixe Größe, sondern muss durch aktive Teilnahme an sozialen Belangen erst errungen und durch (politisches) Engagement aufrechterhalten werden. Ein Volk, bei dem die Tugend fehlt und völlige Sittenverderbnis eingerissen ist, kann nach Machiavelli keinen Augenblick in Freiheit leben.[26] Positiv gewendet lautet dieser Gedanke bei Montesquieu: Die Vaterlandsliebe „ist besonders mit der Demokratie verbunden, in der allein die Regierung jedem Bürger anvertraut ist. Nun geht es aber mit der Regierung genau so wie mit allen anderen Dingen in der Welt: man muss sie lieben, um sie zu erhalten".[27]

Der Einzelne ist in kommunitaristischer Interpretation kein geschichtsloses und atomistisches Vernunftwesen, sondern geprägt durch eine konkrete Gesellschaft in einer konkreten Epoche. Seine Identität ist der Gesellschaft nicht zeitlich oder logisch vorgelagert; sie wird erst gesellschaftlich konstituiert. Und diese Identitätsstiftung des Individuums durch die Gesellschaft verbindet den Einzelnen dergestalt mit der Gesellschaft im Sinne einer Gemeinschaft, dass für ihn die Förderung des Allgemeinwohls zur Obliegenheit wird.[28]

---

24 Vgl. Brumlik u.a. (Hrsg.) Gemeinschaft und Gerechtigkeit, 1993; *Forst,* Kontexte der Gerechtigkeit, 1994; Honneth (Hrsg.) Kommunitarismus, 1993; Zahlmann (Hrsg.) Kommunitarismus in der Diskussion, 1992.

25 Vgl. hierzu *Münkler,* Archiv für Kulturgeschichte 73, 1991, S. 381.

26 *Machiavelli,* Discorsi, hrsg. von Zorn, 1966, I, 16, S. 57.

27 *Montesquieu* (Fn 9), S. 53.

28 Beispielhaft *MacIntyre* in: Honneth (Hrsg.) Kommunitarismus, 1993, S. 84 ff.

Aus kommunitaristischer Sicht wird der Einzelne gewissermaßen in seine Rolle als Staatsbürger hineingeboren. In dieser Rolle trägt er Verantwortung für das Gesamtwohl, den Bestand der Gesellschaft und die Einhaltung der den Staat sichernden und konstituierenden Normen.[29] Rechtstreue wird so als staatsbürgerliche Tugend interpretiert, die aus einer ethisch begründeten Bindung an die rechtlich verfasste Gesellschaft, zu der man als Teil gehört, resultiert.[30] Und (rechtliche) Schuld ist Ausdruck der Missachtung von Verantwortung für das Gemeinwohl. Mit dem schuldhaften Normbruch verlässt der Einzelne die Gemeinschaft.[31] Demgemäß fordert auch *Beccaria*:

> „ … wer den Gesetzen nicht gehorcht, also den Bedingungen, unter denen die Menschen sich wechselseitig ertragen und sich verteidigen, der muss aus der Gesellschaft ausgeschlossen, d.h. aus ihr verbannt werden“ (B 115).

Auch wenn der Kommunitarismus Zustimmung verdient, sofern er das allgemeine Wohl als vom Engagement der Bürger abhängig begreift und die Geschichtlichkeit des Denkens und Fühlens betont, erscheint doch die von ihm gezogene politisch-ethische Konsequenz einer Identifikation des Einzelnen mit seiner Rolle als patriotischer Staatsbürger in hohem Maße fragwürdig. Denn es wird hierbei dem Neutralitätsgebot des Rechts nicht Rechnung getragen, dem zufolge das Recht nur die äußerliche Befolgung seiner Normen vorschreibt, die Gründe für die Befolgung aber freistellt und auch nicht erzwingen will und kann. Diesen aus heutiger Sicht elementaren Grundgedanken negiert der Kommunitarismus, wenn er Rechtstreue mit staatsbürgerlicher Tugend gleichsetzt.

Insoweit sei die abschließende These gewagt, dass die Berücksichtigung der Gedanken *Beccarias* fraglos zu einer Reduktion von Kriminalität in einer Gesellschaft führen würde. Doch scheint die Gefahr zu bestehen, dass in einer solchen Gesellschaft das Recht vom Einzelnen mehr verlangt, als es legitimer Weise in seiner Eigenschaft als Mittel der Sicherung äußerer Freiheit einfordern darf. Es würde auch eine bestimmte Gesinnung verlangen – und damit die geistige Freiheit, welche auch und gerade die Quelle für *Beccarias* großartiges Werk ist, einengen.

---

29 Vgl. *MacIntyre,* Der Verlust der Tugend, 1988, S. 204 f.
30 Vgl. auch *Fletcher,* Loyalität, 1994.
31 *Arendt,* Macht und Gewalt, 1985, S. 42; vgl. auch *MacIntyre* (Fn. 29), S. 204.

Rechtsgüterschutz und Sicherung der Normgeltung: zu den Zwecken des Strafrechts

I. Vorbemerkung

In der deutschen Strafrechtswissenschaft wird seit einigen Jahren die Frage diskutiert, ob es Aufgabe der staatlichen Strafe sei, Rechtsgüter zu schützen, oder ob die Strafe dazu dienen soll, die Geltung der strafrechtlichen Verhaltensnormen zu sichern.[1] Bisweilen wird diese Frage sogar so beantwortet, dass das Strafrecht *entweder* nur Rechtsgüter zu schützen *oder* ausschließlich die Geltung von Norm zu garantieren habe.[2] Dass im Rechtsgüterschutz und in der Sicherung von Normgeltung einander entgegengesetzte oder sogar sich wechselseitig ausschließende Zwecke des Strafrechts gesehen werden, ist jedoch bereits auf den ersten Blick höchst erstaunlich. Denn Strafe wird als Folge einer Straftat nach deren Begehung verhängt und kann damit weder das durch die bereits begangene Tat verletzte Rechtsgut schützen noch die durch die Straftat gebrochene Norm in ihrer Geltung sichern. Wenn eine Person wegen der Tötung einer anderen Person zu einer staatlichen Strafe verurteilt wird, dann hat diese konkrete Bestrafung weder das Rechtsgut Leben der getöteten Person zu schützen vermocht noch die Befolgung des Tötungsverbots durch den Täter sichern können. Mit anderen Worten: Im Falle einer konkreten Bestrafung hat die Strafe bezüglich der Verhinderung der sie ahndenden Straftat immer versagt.

---

1 Nur beispielhaft genannt seien aus dem von Heinrich/Jäger/Achenbach u.a. herausgegebenen Band „Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag", 2011, die Beiträge von *Heinrich*, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? – Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas, S. 131 ff.; *Romano*, Zur Legitimation der Strafgesetze – Zu Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie, S. 155 ff.; *Polaino Navarrete*, Rechtsgüterschutz versus Bestätigung der Normgeltung?, S. 169 ff.; *Scheinfeld*, Normschutz als Strafrechtsgut? – Normentheoretische Überlegungen zum legitimen Strafen, S. 183 ff.; *Greco*, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, S. 199 ff.; *Volk*, Gefühlte Rechtsgüter?, S. 215 ff.

2 So behauptet etwa *Roxin* in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 593, nach der von *Jakobs* vertretenen Gegentheorie „schützt das Strafrecht nicht Rechtsgüter, sondern die Normgeltung".

Es dürfte also evident sein, dass mit den Schlagworten „Rechtsgüterschutz“ und „Sicherung der Normgeltung“ allenfalls stark verkürzte Antworten auf die Frage nach dem Sinn der staatlichen Institution der Kriminalstrafe gegeben werden. Um diese Zielsetzungen plausibel zu machen, müssen sie vielmehr in ein umfassendes Modell der Funktionsweise des Strafrechts eingebettet werden. Die Strafe ist zwar rückwärtsgewandt, weil sie eine Reaktion auf ein bereits vergangenes Geschehen darstellt, aber sie muss, wenn sie einen Schutzzweck verfolgt, zugleich in die Zukunft weisen. Und dies kann die Strafe nur, wenn sie als Teil einer umfassenden Kommunikation verstanden wird. Sie ist einerseits staatliche Antwort auf eine durch die Straftat ausgedrückte Erklärung des Täters und andererseits eine auf die Zukunft gerichtete staatliche Erklärung an die Staatsbürger, also gegenüber der Allgemeinheit.

Zudem erscheint es auch wenig sinnvoll, die beiden Schlagworte des „Rechtsgüterschutzes“ und der „Sicherung der Normgeltung“ als sich wechselseitig ausschließende präventive Zielsetzungen im Kommunikationszusammenhang der staatlichen Zuschreibung von strafrechtlicher Verantwortung zu begreifen. Wir bedienen uns verschiedener Regeln, wenn wir jemanden für ein bestimmtes Verhalten als Straftat verantwortlich machen. Diese Regeln haben eine unterschiedliche logische Struktur und dürfen deshalb nicht miteinander verwechselt oder gar für identisch gehalten werden. Diese Regeln sind außerdem unterschiedlich zu legitimieren. Daher ist es durchaus möglich, dass einige Regeln mithilfe des Rechtsgüterschutzes, andere mit dem Zweck, Normgeltung zu sichern, zu begründen sind. Es wäre vorschnell, das Strafrecht auf *einen* bestimmten Zweck festzulegen.

Schon diese einleitenden Bemerkungen legen die Annahme nahe, dass mit den Schlagworten „Rechtsgüterschutz“ und „Sicherung der Normgeltung“ keine miteinander unverträglichen Antworten auf *dieselbe* Frage gegeben werden. Es liegt vielmehr der Gedanke nahe, dass beide präventive Zielsetzungen im Rahmen der sozialen Kommunikation strafrechtlicher Verantwortungszuschreibung durchaus miteinander zu vereinbaren sind, indem sie jeweils plausible Antworten auf zwei ganz unterschiedliche Fragen geben. Dass dies der Fall ist, sei im Folgenden näher erläutert, und zwar in der Weise, dass fünf Thesen jeweils aufgestellt und begründet werden:

1. Der Tatbestand der Strafgesetze erfüllt eine doppelte Funktion. Er benennt die einer Sanktionsnorm und in negativer Umschreibung die Voraussetzungen einer Verhaltensnorm.
2. Verhaltensnormen dienen dem Schutz von Rechtsgütern.

3. Die Bedingungen, unter denen ein Verhalten als schuldhafter Verstoß gegen eine Verhaltensnorm anzusehen ist, bestimmen sich nach dem Zweck der Strafe.
4. Strafe dient dem Zweck, die vom Täter gebrochene Norm symbolisch zu restituieren und damit deren allgemeine Befolgung generalpräventiv zu sichern.
5. Also bezweckt die staatliche Institution der Kriminalstrafe zweierlei: Rechtsgüterschutz und Sicherung der Geltung von Verhaltensnormen. Hierbei dient Strafe jedoch nur mittelbar dem Rechtsgüterschutz, nämlich vermittelt durch die Sicherung der Geltung von Verhaltensnormen.

Kurz, das Resultat der nachfolgenden Überlegungen wird lauten: Das Strafrecht dient der Sicherung der Geltung von Normen, deren Zweck es ist, Rechtsgüter zu schützen.

II. Doppelfunktion des Tatbestands

1. Zur ersten These: Die Strafgesetze des Besonderen Teils sagen, dass derjenige, der sich in einer bestimmten Weise verhält, in einer bestimmten Weise zu bestrafen ist. Wir nennen die Verhaltensbeschreibung den sog. Tatbestand eines Gesetzes und die Strafandrohung die gesetzliche Rechtsfolge. Tatbestand und Rechtsfolge bilden zusammen die sog. Sanktionsnorm, also eine gesetzliche Anweisung an die Justizbehörden (Staatsanwaltschaft und Gerichte), jemanden, der sich nachweislich in der genannten Weise verhalten hat, im vorgesehenen Rahmen zu bestrafen.[3]

Auf die Frage, warum ein bestimmtes Verhalten bestraft werden soll, versucht die Lehre vom Zweck der Strafe Auskunft zu geben. In Europa bemüht man sich seit den Anfängen der Philosophie in Griechenland bis in unsere Tage um Antworten: Ist Strafe erforderlich und – wenn ja – zu welchem Zweck ist sie allgemein anzudrohen und im Einzelfall zu

3 Näher zum Begriff der Sanktionsnorm *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 29 ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 33 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen. Grundlegend für die gesamte moderne Strafrechtsdogmatik *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 155 ff.

verhängen.[4] Auf diese Schwierigkeiten der Rechtfertigung von Strafe sei später noch näher eingegangen.

2. Zunächst sei der Blick auf ein anderes Problem gerichtet. Adressat der Sanktionsnormen, so wurde gesagt, sind die Justizbehörden. Man kann den Tatbestand eines Strafgesetzes aber auch anders lesen. Mit der staatlichen Aussage, dass das im Strafgesetz umschriebene Verhalten strafbar ist, wird implizit auch ausgedrückt, dass dieses Verhalten rechtswidrig ist. Denn nur rechtswidriges Verhalten ist strafbar. Insoweit informiert das Strafgesetz auch jeden Bürger darüber, welche Verhaltensweisen rechtswidrig sind und daher nicht vollzogen werden dürfen.

Der Straftatbestand eines Gesetzes hat also eine doppelte Funktion. Er schreibt den Justizbehörden vor, welche Verhaltensweisen sie mit Strafe zu ahnden haben, und er schreibt den einzelnen Bürgern vor, wie sie sich nicht verhalten dürfen. In dieser zweiten Funktion ist der Tatbestand eine an jedermann gerichtete Vorschrift, die besagt, welche Verhaltensweisen verboten oder – in bestimmten Fällen – geboten sind. In dieser zweiten Funktion sind die Tatbestände der Strafgesetze an jedermann adressierte Verhaltensnormen. Diese Verhaltensnormen untersagen solche Verhaltensweisen, die den Tatbestand eines Delikts verwirklichen, etwa einen Totschlag, einen Raub oder eine Vergewaltigung.

3. Neben diesen Verhaltensnormen, die Verbote oder Gebote zum Gegenstand haben, gibt es auch Verhaltensnormen, die Erlaubnisse oder Freistellungen aussprechen.[5] Hierzu gehört etwa die Notwehrbefugnis, welche es erlaubt, sich gegen einen rechtswidrigen Angriff zur Wehr zu setzen, und zwar auch um den Preis einer ernstlichen Verletzung oder gar Tötung des Angreifers. Solche Normen haben im Strafrecht die Funktion der Rechtfertigung eines an und für sich verbotenen Verhaltens und werden deshalb Rechtfertigungsgründe genannt. Da solche Rechtfertigungen aus den unterschiedlichsten Gründen erfolgen und Strafe ausschließen, sind sie für unsere weiteren Überlegungen, die sich mit den Zwecken der Strafe befassen, ohne Bedeutung.

---

4 Überblick über neuere Entwicklung bei *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; zur älteren Literatur *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 4. Aufl. 1868, S. 6 ff.

5 Grundlagen der Normenlogik bei *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 1979, S. 17 ff.

III. Sinn und Zweck des Rechtsgüterschutzes

1. Nun zur zweiten These: Verhaltensnormen dienen dem Schutz von Rechtsgütern. Die Begründung dieser These verlangt einen Rückblick auf eine Zeit, in der sich das europäische Denken von Grund auf geändert hat. In dieser Zeit hat sich die europäische Welt verwandelt: Es ist dies die Zeit der sog. Aufklärung, die in der französischen Revolution ihren politischen und in der Philosophie *Immanuel Kants* ihren geistesgeschichtlichen Höhepunkt fand.

Maßgebliche Autorität in Staat und Gesellschaft ist nicht mehr die Tradition, sondern die alles in Frage stellende Vernunft. Ein Staat, wie er *Immanuel Kant* vorschwebt, ist verpflichtet, die individuellen Handlungssphären seiner Bürger zu schützen und Rechtszwang nur zur Sicherung von Freiheit einzusetzen.[6] Die Beförderung von allgemeiner Wohlfahrt und sittlicher Vervollkommnung des Einzelnen sind keine rechtlichen Kategorien mehr.[7] Sittliches Handeln ist vielmehr Gegenstand der Vernunftpflicht des Einzelnen, für deren Erfüllung der Staat nur die äußeren Bedingungen zu gewährleisten hat.

In der Strafrechtswissenschaft führt diese Absage an den Sittlichkeitsstaat zu der Forderung *Anselm von Feuerbachs*, dass der Staat mit dem Instrument des Strafrechts ausschließlich die wechselseitige Freiheit seiner Bürger sichern dürfe.[8] Die Strafe muss damit nicht nur als soziale Institution, sondern auch gegenüber dem Straftäter, in dessen Freiheit durch Bestrafung eingegriffen wird, als vernünftig legitimiert werden. *Feuerbach* reduziert den Staatszweck unter Berufung auf *Kant* auf den Schutz der äußeren Freiheit des Einzelnen und negiert die Berechtigung des Strafrechts, die sittliche Ordnung zu garantieren.[9] Die sittliche Ordnung verwirklicht

---

6 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, Akademie-Ausgabe Band VI, Berlin 1914, Einleitung in die Rechtslehre §§ C ff. (S. 229 ff.), Rechtslehre §§ 43 ff. (S. 311 ff.); näher *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 181 ff.

7 Beispielhaft *Fichte,* Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europens, in: *Fichte*, Immanuel Hermann (Hrsg.), Sämtliche Werke, Bd. 6, 1845–1846, S. 9; *v. Humboldt,* Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, in: Leitzmann/Gebhardt (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1903, S. 177; hierzu auch *Klippel*, Der liberale Interventionsstaat, in: Lück (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum, 1998, S. 93 ff.

8 *v. Feuerbach,* Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, Bd. 1, S. 39.

9 *v. Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. 1, S. 24, 31 f.; Bd. 2, S. 215.

sich vielmehr von allein, wenn der Staat die erforderliche Freiheitssicherung durchsetzt.

Mit Strafe geahndet werden darf grundsätzlich nur die Verletzung negativer Pflichten, also der verbotene Eingriff in die rechtlich garantierte Freiheit anderer. Die Strafbarkeit der Verletzung positiver Pflichten, die den Schutz oder die Verbesserung der Lage eines anderen zum Gegenstand haben, setzt dagegen zusätzlich voraus, dass die betreffende Pflicht auf einem besonderen Rechtsgrund beruht; moralische Verbindlichkeiten als solche genügen zur Begründung nicht.[10]

2. Die Forderungen der Aufklärung und insbesondere *Feuerbachs* wurden in Deutschland zu den maßgeblichen Postulaten der Strafrechtswissenschaft. Die Forderung war, dass nur solche Verhaltensweisen bei Strafe verboten sein durften, durch die der Täter ein gegen jedermann bestehendes Recht einer anderen Person verletzte. Solche Rechte sind insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf Achtung der persönlichen Ehre und der sexuellen Integrität, das Recht auf Eigentum und häusliche Privatsphäre. Die Institutionen des Staates – Justiz, Polizei usw. – galten nur insoweit als schutzwürdig, als dies für die Sicherung der Freiheit seiner Bürger erforderlich war. *Feuerbach* sah also den Schutzzweck strafrechtlicher Verhaltensnorm allein in der Verhinderung der Verletzung absoluter Rechte des Einzelnen. Man nennt diese Zwecksetzung daher auch „Rechtsverletzungstheorie".

3. Diese radikale Theorie stellte jedoch *Feuerbachs* Nachfolger und die deutsche Strafrechtswissenschaft insgesamt vor große Probleme, und zwar aus zwei Gründen: Zum einen gab es eine Reihe von tradierten Delikten, die man kriminalpolitisch nicht aufgeben wollte, die aber mit der Rechtsverletzungslehre nicht erfassen konnte. So interpretierte *Feuerbach* zum Beispiel die Falschaussage vor Gericht als Betrug gegenüber der Partei, die durch die Aussage belastet wird. Aber was macht man, wenn in einem Strafprozess der Zeuge dem Angeklagten ein Alibi gibt?

Zum anderen veränderte die gewaltige wirtschaftliche Entwicklung durch Industrialisierung im 19. Jahrhundert die soziale und politische Situation in Deutschland in tiefgreifender Weise. Das Rechtssystem insgesamt wie auch das Strafrecht im Besonderen musste hierauf durch neue Regelungen reagieren, die sich nicht mehr auf den Schutz weniger absoluter Freiheitsrechte des Einzelnen reduzieren ließen. Vor allem trat neben

10 *v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 11. Auflage 1832, § 23.

das Rechtsprinzip der Freiheit das immer wichtiger werden Prinzip der Solidarität.

Den ersten Schritt zur Veränderung der Grundlagen der strafrechtlichen Legitimation machte *Birnbaum*, ein Schüler Feuerbachs, im Jahre 1834. Er schlug einen Perspektivenwechsel vor: Der strafrechtliche Schutz sollte sich nicht mehr auf das Recht, sondern auf den Gegenstand des Rechts beziehen. Geschützt sein sollte also nicht mehr das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, sondern das Leben selbst und die körperliche Unversehrtheit, nicht mehr das Recht auf Eigentum, sondern die Gegenstände, an denen Eigentum besteht. Kurz: An die Stelle des Schutzes von Rechten tritt der Schutz von Rechtsgütern, also von Gütern, an denen Rechte bestehen.

Doch dieser Zusammenhang zwischen Recht und Rechtsgut wurde in der Folgezeit immer weniger beachtet. Vielmehr machte sich der Begriff des Rechtsgutes selbständig. Zum Rechtsgut wurde in der Zeit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert schließlich jedes individuelle oder kollektive Interesse, das der Gesetzgeber als strafrechtlich schutzwürdig ansieht. Jedes Gut, das durch das (Straf-)Recht geschützt wird, ist damit ein Rechtsgut. Oder anders formuliert: Rechtsgüter werden definiert als rechtlich geschützte Güter. Damit verliert der Rechtsgutsbegriff die kritische und begrenzende Potenz für das Strafrecht, die in der Rechtsverletzungslehre *Feuerbachs* ursprünglich angelegt war.

Diese neue Deutung des Rechtsgutsbegriff ist insbesondere mit dem Namen *Richard Honig* verbunden, einem bedeutenden deutschen Strafrechtswissenschaftler der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts (der allerdings in der nationalsozialistischen Zeit in den USA lebte).[11] *Honig* versteht unter dem Begriff des Rechtsguts den Zweck eines Strafgesetzes. Jedes beliebige Interesse, dessen Beeinträchtigung durch ein Strafgesetz verboten ist, ist dann ein Rechtsgut. Der Begriff des Rechtsgutes hat, so gesehen, überhaupt keine eigenständige inhaltliche Bedeutung. Alles, was der Gesetzgeber durch das Strafrecht schützen will, kann ein Rechtsgut sein. Der Begriff des Rechtsgutes hat dann nur noch die Bedeutung, den für die Auslegung eines Strafgesetzes maßgeblichen Zweck in einer Kurzformel zu benennen.[12] Man spricht insoweit auch von einem „methodischen" Rechtsgutsbegriff.

---

11 Zu Leben und Werk dieses Wissenschaftlers, der auch die Lehre von der objektiven Zurechnung begründete, vgl. *Weiglin*, Richard Honig (1890–1981) – Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft, 2011.

12 *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 94: Rechtsgut als Zweck des Gesetzes in seiner kürzesten Formel.

Ein solcher Rechtsgutsbegriff will dem Gesetzgeber keine Grenze setzen, sondern dient der Bestimmung des Zwecks, den der Gesetzgeber mit dem Strafgesetz bezweckt.

Auch wenn ein so verstandener Rechtsgutsbegriff seine kritische Potenz verloren hat und nur noch einer methodisch ausgerichteten Auslegung von Strafgesetzen dient, darf doch seine dogmatische Bedeutung keineswegs unterschätzt werden. Ganz im Gegenteil: Ohne einen methodischen Rechtsgutsbegriff ließen sich wesentliche dogmatische Fragen nicht beantworten. Beispielsweise ist es für die Auslegung eines Strafgesetzes von grundlegender Bedeutung, ob die Norm ein individuelles Rechtsgut – z.B. die körperliche Unversehrtheit eines Menschen – oder ein kollektives Rechtsgut – z.B. die Funktionsfähigkeit der Justiz – schützt. Denn nur im Falle eines individuellen Rechtsguts ist es möglich, dass die Einwilligung des Verletzten das Unrecht der Tat aufhebt. Die Beeinträchtigung kollektiver Rechtsgüter ist dagegen nicht einwilligungsfähig. Ein methodischer Rechtsgutsbegriff ist also für die heutige Strafrechtsdogmatik unentbehrlich.

4. In der Zeit des Nationalsozialismus wird die strafrechtswissenschaftliche Diskussion jäh abgebrochen.[13] Es gibt noch zwei Lager: die eine Seite deutet das Rechtsgut im Sinne nationalsozialistischer Wertungen, die andere Seite lehnt die Rechtsgutslehre als liberalen Irrweg ab: strafrechtliches Unrecht sei allein die Verletzung der Pflicht zur Befolgung von Verhaltensnormen.

Nach dem 2. Weltkrieg kommt es zur Wiedergeburt der Idee, die strafrechtlichen Normen mit Hilfe des Rechtsgutsbegriffs zu legitimieren. Nach der dunklen Zeit des Nationalsozialismus wird der Rechtsgutsbegriff zu einem Anker für freiheitliches Strafrecht. Das Strafrecht wird in erster Linie als staatliche Garantie individueller Freiheit angesehen. Dementsprechend werden als Rechtsgüter solche Eigenschaften von Personen, Sachen und Institutionen betrachtet, die der freien Entfaltung des Einzelnen in einer sozialen und demokratisch verfassten Gesellschaft dienen. Ein solcher Rechtsgutsbegriff hat vor allem eine gesetzgebungskritische Funktion: Strafgesetze, die den Anforderungen an diesen Schutzzweck nicht entsprechen, werden von der Strafrechtswissenschaft als sachlich verfehlt angesehen und nach Möglichkeit einschränkend ausgelegt; vom Gesetzgeber wird eine Reform gefordert.

---

13 Näher hierzu und zum Folgenden *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 216 ff.

Vor allem rein moralisch fragwürdige Verhaltensweisen, durch die aber niemand geschädigt wird, scheiden nach diesem Verständnis des Rechtsgüterschutzes als potenzieller Gegenstand strafrechtlicher Sanktionen aus. Gestützt auf das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung als Legitimationsgrund strafrechtlicher Verhaltensnormen werden zum Beispiel die Sexualdelikte neu formuliert. Sie dienen jetzt allein der Sicherung sexueller Integrität und dem Jugendschutz, aber nicht mehr der Durchsetzung bestimmter moralischer Vorstellungen. Auch in anderen Gebieten werden viele Delikte aufgehoben oder geändert. Die Lehre vom Rechtsgüterschutz wird zur herrschen Auffassung in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung. Diese Phase dauert gut drei Jahrzehnte. Dann ändert sich wieder das Bild.

5. Diese Änderung hat Gründe, die nicht leicht zu erkennen sind. Sie sind ökonomischer und sozialer Art. Deutschland lebt von seiner industriellen Entwicklung und seinen wirtschaftlichen Beziehungen. Wie gefährlich und schädlich Verhaltensweisen sein können, die den Wirtschaftsverkehr stören, wurde gewissermaßen von Jahr zu Jahr handgreiflicher. Ferner ist Deutschland ein sehr dichtbesiedeltes Land, das zugleich hochindustrialisiert ist. Viel schneller als in vielen anderen Staaten der Welt wurden in Deutschland die schädlichen Folgen der Industrialisierung deutlich. Aufgrund dieser Entwicklung stellt sich immer dringlicher die neue Frage, ob das Strafrecht ein Mittel zum Schutz der Umwelt und der Wirtschaft werden könne.

Beide Ziele lassen sich mit der tradierten Rechtsgüterlehre, die auf die Sicherung der Freiheit des Einzelnen abstellt, kaum bruchlos vereinbaren. Der Schutz der Wirtschaft betrifft primär die Sicherung kollektiver Güter, insbesondere das Kredit- und Subventionswesen, das staatliche Steueraufkommen und den Wettbewerb. Beim Schutz der Umwelt – also der Sicherung der Sauberkeit des Wassers, des Bodens und der Luft – geht es um die langfristige Erhaltung der Lebensgrundlagen des Menschen, aber nicht um konkreten Individualschutz.

In der Strafrechtswissenschaft bildeten sich angesichts dieser sozialen und ökonomischen Voraussetzungen drei Lager:[14]

- Die meisten Autoren befürworten den von der staatlichen Kriminalpolitik eingeschlagenen Weg und dehnen den Rechtsgüterschutz auch auf die Kernbereiche der Wirtschaft und der Umwelt aus. Die Sauberkeit des Wassers oder die Freiheit des Wettbewerbs wurden so zu strafrechtlich schutzwürdigen Rechtsgütern.
- Eine zweite, sehr kleine Gruppe von Autoren lehnte dagegen unter Berufung auf die Ursprünge der Rechtsgüterlehre bei *Feuerbach* die neue Kriminalpolitik mehr oder weniger scharf ab. Diese Gruppe vertritt einen engen individualistischen Rechtsgutsbegriff, einen sog. personalen Rechtsgutsbegriff.
- Eine dritte Gruppe von Autoren hält schließlich einen gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff – jedenfalls für das neue Strafrecht – für nicht mehr anwendbar und spricht dem Rechtsgüterschutz jede eigenständige Bedeutung ab:[15] Der Gesetzgeber sei im Rahmen der Verfassung berechtigt, jedes für kriminalpolitisch erforderlich gehaltene Strafgesetz zu erlassen. Jedes Strafgesetz, das in einem demokratisch korrekten und den Grundsätzen der Verfassung entsprechenden Verfahren erlassen sei, sei auch hinsichtlich seines Schutzzwecks legitim. Genuine strafrechtliche Rechtsgüter seien deshalb der Verfassung nicht vorgegeben und hätten auch keinerlei Bindungswirkung für den Gesetzgeber. Im Gegenteil: Rechtsgüter seien die Güter, die durch verfassungsgemäße Strafgesetze geschützt würden. Für den Gesetzgeber verbindlich seien allein die Grund- und Menschenrechte sowie die sozial- und rechtsstaatlichen Verfassungsprinzipien.

6. Der vorangegangene kurze Überblick über die historische Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs dürfte jedoch gezeigt haben, dass die Dinge nicht so einfach liegen, wie sie für jede dieser drei Auffassung zu liegen scheinen. Zunächst: Die Vorstellungen *Kants* und *Feuerbachs* stehen in keinem in-

---

14 Beiträge von namhaften Autoren aus allen drei Lagern finden sich in dem *Sammelband* Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003.

15 Vgl. nur *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010); S. 33 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Stuckenberg*, GA 2011, S. 653 ff. Das Bundesverfassungsgericht ist in einer Reihe von Entscheidungen, welche die Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen zum Gegenstand hatten, nicht auf den Rechtsgüterschutz als (eigenständiges) Legitimationskriterium eingegangen, vgl. nur BVerfGE 6, S. 389 ff.; 36, S. 41 ff.; 90, S. 145 ff.; BVerfG NJW 2008, S. 1137 ff.

haltlichen Widerspruch zu Prinzipien unseres heutigen Verfassungsrechts in Deutschland. Diese Verfassung ist wesentlich durch die Aufklärung und *Kant* geprägt, nur berücksichtigt sie auch den Gedanken der sozialen Solidarität, die leidvollen Erfahrungen zweier Weltkriege und einer entsetzlichen Diktatur. Der Rechtsgüterschutz ist daher nicht der Verfassung vorgelagert, sondern ist mit Hilfe ihrer Prinzipien zeitgemäß zu entwickeln. Zu den Kriterien des Zeitgemäßen gehört heute auch der Schutz der Umwelt – der natürlichen Ressourcen menschlichen Lebens. Rechtsgüter sind mit anderen Worten die Bedingungen, unter denen sich Menschen in einer sozial gerechten Ordnung ohne existenzielle Sorgen frei entfalten können.

Vor allem erfüllt die gesetzgebungskritische Rechtsgüterlehre auch heute noch zwei sehr wichtige Funktionen. Zum einen kann das Strafrecht in einem säkularen Staat weder rein moralische noch religiöse Vorstellungen schützen. Rechtsgüter können nur solche Güter sein, deren Schutz durch Rechtsprinzipien legitimiert werden kann. Zum anderen zwingt die Lehre vom Rechtsgut als Schutzobjekt dazu, genau anzugeben, worin die schädliche Verletzung oder Gefährdung liegen soll, die strafwürdig ist. Vorschriften, die nur eine bestimmte Ordnung, nicht aber vor konkreten Schädigungen schützen, haben im Strafrecht keinen Platz. Sie gehören vielmehr zum sog. Ordnungswidrigkeitenrecht, das keine Kriminalstrafe als Sanktion kennt.

Schließlich kann das Erfordernis eines methodischen Rechtsgutsbegriffs von niemandem, der eine systematisch geordnete Dogmatik des Strafrechts betreiben will, ernsthaft bezweifelt werden. Dies entspricht auch der Auffassung derjenigen Autoren, die einen gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriff ablehnen.[16] Niemand kann und will in der deutschen Strafrechtswissenschaft auf einen methodischen Rechtsgutsbegriff verzichten. Weder wäre es – wie bereits erwähnt – sonst denkbar, den Rechtfertigungsrund der Einwilligung zu begründen und anzuwenden, noch wäre es möglich, elementare Regeln der allgemeinen Straftatlehre zu entwickeln – wie etwa die Theorien der Konkurrenzen, der Deliktstypen, des Versuchs oder der Garantenstellungen.

16 Vgl. nur *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl.1991, S. 242 ff.

IV. Bindung an die Norm: Pflicht und Schuld

1. Die bisherigen Überlegungen seien kurz zusammengefasst. Die Tatbestände der Strafgesetze haben eine doppelte Funktion: als Bestandteile der an die Justizbehörden gerichteten Sanktionsnormen umschreiben sie das strafwürdige Verhalten, als Bestandteile der an jedermann adressierten Verhaltensnormen nennen sie in negativer Formulierung das verbotene Verhalten. Daraus folgt: Eine Strafe nach Maßgabe einer Sanktionsnorm darf nur gegenüber einer Person verhängt werde, die gegen eine Verhaltensnorm verstoßen hat. Ferner wurde gesagt, dass der Verstoß gegen eine Verhaltensnorm nur dann strafwürdig ist, wenn diese Norm dem Schutz eines bestimmten Rechtsguts dient.

Nun stellt sich aber ein neues Problem: Wann verstößt eine Person gegen eine Verhaltensnorm? Diese Frage stellt sich in zwei Richtungen.

- Erstens: Ist jedes Verhalten, das objektiv unter die Beschreibung eines Tatbestands fällt, schon deshalb ein Verstoß gegen diese Verhaltensnorm?
- Zweitens: Ist jedes Verhalten, das objektiv *nicht* unter die Beschreibung eines Tatbestands fällt, schon deshalb *kein* Verstoß gegen diese Verhaltensnorm?

2. Zunächst zu der ersten Frage: Ist jedes Verhalten, das objektiv unter die Beschreibung eines Tatbestands fällt, schon deshalb ein Verstoß gegen diese Verhaltensnorm? Die Antwort lautet – man möchte fast sagen: selbstverständlich – „nein". Ein strafbarer Betrug etwa setzt voraus, dass derjenige, der etwas Falsches sagt und dadurch einen anderen zu einer schädigenden Vermögensverfügung veranlasst, weiß, dass er die Unwahrheit sagt. Wer fest davon überzeugt ist, dass der Ring aus Messing, den er einem anderen verkauft, aus Gold besteht, begeht keinen Betrug, wenn er den Ring zu einem Preis verkauft, der für einen Ring aus Gold üblicher Weise zu bezahlen ist.

Jeder strafbare Verstoß gegen eine Verhaltensnorm setzt also notwendig voraus, dass der Täter weiß (Vorsatz) oder bei der von ihm erwarteten Sorgfalt wissen kann (Fahrlässigkeit), dass er durch sein Verhalten ein Geschehen verwirklicht, das unter die Beschreibung eines Tatbestands fällt. Dies hat seinen Grund darin, dass jemand nur dann für die Verwirklichung eines Tatbestands zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er in der Lage war, dieses Geschehen zu vermeiden. Kenntnisse, wie sie Vorsatz und Fahrlässigkeit verlangen, sind notwendige Elemente der Vermeidbarkeit. Oder anders formuliert: Sie sind notwendige Elemente der

Fähigkeit, Verhaltensnormen zu befolgen. Oder allgemeiner formuliert: An eine Verhaltensnorm ist jemand nur im Rahmen seiner Fähigkeit, sie zu befolgen, gebunden. Es gilt der Grundsatz: „(Vorwerfbares) Sollen impliziert Können". Oder in der auf das römische Recht zurückgehenden Fassung: Über sein Können hinaus ist niemand verpflichtet („*ultra posse nemo obligatur*"[17]).

Diese Bindung an eine Norm im Rahmen des eigenen Könnens kann man „Pflicht" nennen. Das heißt: Ein strafbarer Verstoß gegen eine Verhaltensnorm setzt notwendig voraus, dass dem Handelnden sein Verhalten als Verletzung seiner Pflicht, die Norm zu befolgen, zurechenbar ist. Nur die subjektiv vermeidbare Verwirklichung eines Deliktstatbestands kann ein strafbarer Verstoß gegen eine Verhaltensnorm sein.

Schon aufgrund dieser Überlegungen zeigt sich, dass der Rechtsgüterschutz, den das Strafrecht leisten kann, sehr enge Grenzen hat. Wie eng diese Grenzen sind, zeigt ein Blick auf die erlaubten Risiken des täglichen Lebens. Wenn ein Autofahrer, der die Verkehrsvorschriften genau einhält, einen Fußgänger tödlich anfährt, der plötzlich auf die Straße tritt, so hat er zwar kausal das Leben eines Menschen, das wichtigste individuelle Rechtsgut, zerstört, aber diese Rechtsgutsverletzung konnte nicht durch das Strafrecht verhindert werden. Die Verhaltensnormen des Strafrechts richten sich an Menschen, die nicht nur als solche in ihren Fähigkeiten beschränkt sind, sondern auch im Zusammenleben soziale Gefahren – wie den Straßenverkehr oder die Produktion von Chemikalien – schaffen, durch die sich die Schädigung von Rechtsgütern nicht verhindern lassen.

3. Und wie steht es nun mit der Antwort auf die umgekehrte Frage: Ist jedes Verhalten, das objektiv *nicht* unter die Beschreibung eines Tatbestands fällt, schon deshalb *kein* Verstoß gegen diese Verhaltensnorm? Das hier angesprochene Problem sei an einem Beispielsfall erläutert: Eine Krankenschwester wird von einem schwer herzkranken Patienten wegen ihrer liebevollen Pflege zur Erbin eines großen Vermögens eingesetzt. Um schnell an das Vermögen zu kommen, gibt sie dem Patienten die doppelte Menge des verordneten Medikaments. Der Patient befindet sich jedoch in diesem Augenblick zufällig in einer Situation, in der er dringend die erhöhte Dosis des Medikaments benötigt, da er anderenfalls gestorben wäre. Insoweit hat die Krankenschwester, in Unkenntnis der Sachlage, den Patienten nicht nur nicht getötet, sondern ihm sogar das Leben gerettet.

Objektiv hat die Krankenschwester genau das getan, was sie zum Schutz der hier relevanten Rechtsgüter Leben und Gesundheit tun musste. Inso-

17 In der Fassung bei *Celsus* (Digesten 50.17.185): „*impossibilium nulla est obligatio*".

weit liegt auch objektiv kein Verhalten vor, das unter die Beschreibung des objektiven Tatbestands fällt: Sie hat objektiv keinen anderen Menschen getötet. Gleichwohl ist das Verhalten der Krankenschwester nach geltendem Recht strafbar. Für den Fall, dass ihr Plan gelungen wäre, wäre sie wegen Totschlags zu bestrafen gewesen. Diese Konstellation wird als Versuch bezeichnet.

Da der Versuch nach geltendem Recht strafbar ist, kann der Zweck, um dessentwillen bestraft wird, nicht mit dem Zweck des Rechtsgüterschutzes identisch sein. Sonst müsste in dem Beispielsfall die Krankenschwester nicht nur straflos sein, sondern im strafrechtlichen Sinne sogar lobenswert gehandelt haben. Daraus folgt: Die Sanktionsnorm eines Delikts kann nicht unmittelbar einem Zweck dienen, der mit dem Zweck der Verhaltensnorm identisch ist. Welchem Zweck also dienen die Sanktionsnormen, als deren Rechtsfolge die Bestrafung einer Person durch die Justizbehörden angeordnet ist?

V. Strafzweck: Sicherung der Normgeltung

1. Traditionell werden als Strafzwecke angeboten: Vergeltung, Spezialprävention und Abschreckung. Keiner dieser Zwecke vermag die Aussage des geltenden Strafrechts, dass die Krankenschwester zu bestrafen ist, plausibel zu begründen. Eine Vergeltung im engeren Sinn, die den Ausgleich für den angerichteten Schaden anstrebt, kommt hier – jedenfalls bezogen auf die Schädigung eines Rechtsguts! – nicht in Betracht.

Ob Strafe unter spezialpräventiven Gründen geboten ist, also zur Einwirkung auf die Krankenschwester, künftig keine derartigen Straftaten mehr vorzunehmen, erscheint fraglich. Vielleicht ist ihr die Lust am Töten durch den Vorfall gründlich vergangen. Jedenfalls setzt Spezialprävention eine Einzelfallprüfung voraus, die mit dem kategorischen Strafgebot des geltenden Rechts nicht zu vereinbaren ist.

Dass eine Bestrafung der Krankenschwester eine abschreckende Wirkung auf andere potentielle Totschläger haben könnte, ist nicht auszuschließen. Jedoch zeigt gerade das Verhalten der Krankenschwester, dass sich diese jedenfalls durch die frühere Bestrafung anderer Totschläger nicht hat abschrecken lassen.

Auch ein tiefergehender Einstieg in das Verhältnis von Sozial- bzw. Individualpsychologie einerseits und strafrechtlichen Sanktionsmechanismen andererseits wird eine hinreichend präzise und ideologiefreie Legitimation der genannten Strafzwecke kaum liefern können. Man bewegt sich hier

in einem wissenschaftlich wenig abgesicherten Gebiet. Die Begründungsprobleme verschwinden jedoch weitgehend, wenn man die Strafe nicht auf das jeweilige Rechtsgut, sondern auf die das Rechtsgut schützende Verhaltensnorm bezieht. Im Beispielsfall hat die Krankenschwester zwar nicht das Rechtsgut Leben verletzt, wohl aber das Verbot der Tötung nicht befolgen wollen. Obgleich sie durch ihr Verhalten das Rechtsgut Leben objektiv nicht beeinträchtigt hat, hat sie durch ihr Verhalten ausgedrückt, dass das Tötungsverbot für sie nicht gilt. Der Norm, dass Tötung eines anderen Menschen nicht sein soll, hat sie durch ihr Verhalten entgegnet, dass die Tötung des Patienten doch sein soll.[18]

2. Wird die Problematik in dieser Weise auf eine normativ-kommunikative Ebene geschoben, so wird deutlich, dass auch im Beispielsfall ein spezifischer Schaden gegeben ist. Von der Täterin wurde die Geltung der Norm in Abrede gestellt. Eine Norm, die nicht unverbrüchlich gilt, verliert ihre soziale Funktion. Man kann sich nicht mehr auf diese Norm als feste Größe der Handlungsorientierung in der gesellschaftlichen Interaktion verlassen. Dies setzt freilich voraus, dass die Geltung von Normen als soziale Realität begriffen wird. Normen gelten, wenn sie handelnd befolgt werden. Normen sind bei diesem Verständnis verbindliche Gründe bzw. Verpflichtungsgründe für Handlungen. Dementsprechend ist die Straftat ein Normwiderspruch. Der Täter erklärt durch sein Verhalten, dass er die Norm nicht als verbindlichen Grund seines Handelns anerkennt.

3. Freilich kann es Gründe geben, dem Täter die Missachtung der Norm nicht zu verübeln, wenn er sich etwa in einer persönlichen Zwangslage – zum Beispiel einer Lebensgefahr – befand. Es kann also mit anderen Worten Gründe geben, den Täter zu entschuldigen. Dann wird zwar die Tat, die ein Normbruch bleibt, nicht gerechtfertigt, aber der Normbruch wird *diesem* Täter unter *diesen* spezifischen Bedingungen nicht zum Vorwurf gemacht. Wiederum wird das kommunikative Element, der Vorwurf, bei der Straftatkonstitution deutlich.

Der Sinn des Strafübels ist bei einem solchen normativ-kommunikativen Straftatmodell evident:

Strafe als Antwort auf den Normbruch soll – wiederum kommunikativ – für alle Bürger deutlich machen, dass die Norm weiterhin unverbrüchlich gilt. Strafe ist der staatliche Widerspruch gegen den Normwiderspruch des Täters und damit ein symbolischer Akt der Restitution desavouierter Normgeltung.

---

18 Vgl. hierzu auch *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl.1991, S. 35 ff.

Der gesetzliche Strafrahmen markiert den Wert der gebrochenen Norm, und die Höhe der konkreten Strafe entspricht dem Verlust an Normgeltung im speziellen Fall. Das Strafübel hat der Täter gewissermaßen als Kosten seiner Tat zu tragen. Da diese Restitution von Normgeltung durch Strafe symbolisch an alle Normadressaten gerichtet ist und die Botschaft beinhaltet, dass die Norm gilt und dass es richtig ist, die Norm weiterhin zu befolgen, kann man den Zweck einer so interpretierten Strafe als positive Generalprävention bezeichnen. Es soll nicht, wie bei der negativen Generalprävention, abgeschreckt, sondern Vertrauen in die Normgeltung bestärkt werden.

VI. Mittelbarer Rechtsgüterschutz durch Strafe

1. Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt: Die Institution der staatlichen Strafe dient einem doppelten Zweck. Diese Zwecke sind in einer spezifischen Weise aufeinander bezogen. Zunächst lassen sich die Tatbestände der Strafgesetze, die primär als Sanktionsnormen an die staatlichen Justizbehörden gerichtet sind, auch als Inhalt von Verhaltensnormen interpretieren, die an jeden einzelnen Staatsbürger adressiert sind. Diese Verhaltensnormen sagen, welchen Verhaltensweisen bei Strafe verboten sind. Die verbotenen Verhaltensweisen haben die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern zu Gegenstand. Insoweit dienen diese Normen dem Schutz von Rechtsgütern. Rechtsgüter sind die Bedingungen, unter denen sich Menschen in einer sozial gerechten Ordnung ohne existenzielle Sorgen frei entfalten können.

Die Strafe hat den Zweck, die Befolgung dieser Verhaltensnorm zu sichern. Zweck der Strafe ist also die Sicherung (faktischer) Normgeltung. Die Strafe richtet sich an alle Bürger und verdeutlicht, dass es richtig ist, Normen zu befolgen. Wer sie, wie der konkrete Täter, durch sein Verhalten für unverbindlich erklärt hat, muss die Kosten des sozialen Konflikts in der symbolischen Form der gegen ihn verhängten Strafe tragen.

2. Die dem Rechtsgüterschutz dienenden Normen, deren Befolgung durch Strafe gesichert werden soll, untersagen Verletzungen wie auch Gefährdungen von Rechtsgütern:[19]

19 Näher hierzu *Kindhäuser*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), FS Krey, 2010, S. 249 ff., mit weiteren Nachweisen.

- Unter einer Verletzung ist die substanzielle Veränderung eines Gutes in der Weise zu verstehen, dass es seine Funktion überhaupt nicht mehr oder nicht mehr in vollem Umfang erfüllen kann. Exemplarisch: Das Rechtsgut des Eigentums an einer Sache wird dadurch verletzt, dass eine Sache so beschädigt wird, dass sie die ihr zukommende Funktion nicht mehr erfüllen kann. Bei Gefährdung ist zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungen zu unterscheiden.
- Ein Rechtsgut wird im Sinne einer konkreten Gefährdung beeinträchtigt, wenn es in eine Situation gebracht wird, in der es nur noch vom Zufall abhängt, ob es substanziell beeinträchtigt wird. In einer solchen Lage ist das am gesicherten Bestand orientierte Verwendungsinteresse an dem Gut erheblich gemindert. Exemplarisch: Bei einem Verkehrsunfall wird ein Kraftfahrer so aus seinem Auto geschleudert, dass er nur leichte Schürfwunden erleidet. Hier befand sich der Kraftfahrer in einer konkreten Lebensgefahr, da es nur noch vom Zufall abhing, dass der Unfall für ihn nicht tödlich endete.
- Demgegenüber ist eine Rechtsgutsbeeinträchtigung im Sinne einer abstrakten Gefährdung gegeben, wenn eine Situation vorliegt, in der die für eine rationale Verfügung über ein Gut erforderlichen Sicherheitsbedingungen nicht gewährleistet sind. Auch in einem solchen Fall kann das Gut nur eingeschränkt genutzt werden und verliert daher an Wert für seinen Inhaber. Exemplarisch: Das Führen eines Kraftfahrzeugs in einem alkoholbedingt fahruntauglichen Zustand gefährdet abstrakt Leib, Leben und Sachwerte anderer Verkehrsteilnehmer. Denn es ist nur rational, am Straßenverkehr teilzunehmen, wenn hinreichende Sicherheit besteht, dass die anderen Verkehrsteilnehmer nicht aufgrund einer starken Alkoholisierung unfähig sind, ihre Fahrzeuge sicher zu beherrschen und Unfälle zu vermeiden.

3. Hinsichtlich des Schutzes von Rechtsgütern durch Normen darf nicht übersehen werden, dass die betreffenden Rechtsgüter keineswegs schon vor dem tatbestandlichen Verhalten existent sein müssen. Es kann vielmehr auch so sein, dass es Zweck der Norm ist, dass zu schützende Gut durch die Normbefolgung erst zu schaffen. Denn es gibt Güter, die nicht als solche substanziell vorhanden sind, sondern permanent institutionell generiert werden. Solche Güter, die zum Zeitpunkt der Tat noch gar nicht existieren, kann man sinnvollerweise nur dadurch schützen, dass die Bedingungen, unter denen sie geschaffen werden, hinreichend gesichert werden. Es muss mit anderen Worten verhindert werden, dass die Schaffung dieser Güter vereitelt oder erschwert wird. Beispielhaft hierfür ist der

Schutz der Rechtspflege, wobei dieser Gedanke anhand der Aussagedelikte näher erläutert sei.

Aufgabe der Rechtspflege ist es, Rechtsfälle richtig zu entscheiden, und dies verlangt, dass die Gerichte neben hinreichender Gesetzeskenntnis zutreffend über die Tatsachen informiert sind, auf die sich die Anwendung der Gesetze bezieht. Ein praktisch besonders wichtiges Mittel zur Erlangung zutreffender Tatsachenkenntnis ist der Zeugenbeweis. Insoweit sind Falschaussagen besonders geeignet, Fehlurteile zu veranlassen. Zu den Rahmenbedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Gerichte rechtlich richtige Entscheidungen treffen können, gehört die Sicherheit, dass Zeugen und Sachverständige ihrer Pflicht nachkommen, die Wahrheit zu sagen. Insoweit dient die Sicherung des Verbots, vor Gericht als Zeuge falsch auszusagen, dazu, dass das Rechtsgut rechtlich richtiger Entscheidungen überhaupt zustande kommen kann.

Zu einem „kommunikativen" Straftatmodell

I. Einleitung

1. Wird die Straftat kommunikativ interpretiert, so hat sie die Bedeutung eines Normwiderspruchs: Das strafbare Verhalten wird als Willenserklärung verstanden. Der Täter bringt bei einer solchen Deutung des Geschehens durch sein Handeln zum Ausdruck, dass die sein Verhalten untersagende Norm für ihn unverbindlich ist. Auf dem entsprechenden Bezugsniveau ist dann die Strafe als Antwort auf den Normwiderspruch zu begreifen. Sie weist die Erklärung des Täters für unmaßgeblich aus und unterstreicht die fortbestehende Verbindlichkeit der in Abrede gestellten Norm.[1] Eine solche kommunikative Deutung der Straftat ist voraussetzungsreich, keineswegs reibungslos mit anderen Konstruktionen der Straftat zu vereinbaren und mit nicht unerheblichen dogmatischen Konsequenzen verbunden. Es kann daher nicht verwundern, wenn sie kritischen Nachfragen ausgesetzt ist. Bemerkenswert ist vor allem der Einwand, die normentheoretische Konzeption des kommunikativen Modells berge die Gefahr der Verkürzung einer auf der Idee der Autonomie des Einzelnen basierenden Strafrechtsbegründung.[2] Anlass, sich mit diesem Einwand auseinanderzusetzen, gibt *Heribert Ostendorfs* anschauliche Stellungnahme zur Straftat als Gegenstand von „Kommunikation und Interaktion" im Interesse einer positiven Generalprävention und damit im Interesse des Rechtsfriedens.[3]

Mit einer kommunikativen Interpretation der Straftat ist (selbstverständlich) nicht die Wiedergabe eines wie auch immer gearteten Gesprächs zwischen Täter und Rechtsstab gemeint. Schon gar nicht geht es um „eine rechtsphilosophische Meta-Erzählung und schöngeistige Betrachtung" des strafrechtlich relevanten Geschehens.[4] Mit „kommunikativ" soll vielmehr

---

1 Zur Aufgabe der Strafe, die Negation des Rechts durch den Straftäter wiederum zu negieren und dadurch die Gültigkeit des wirklichen Rechts zu zeigen, *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, in: Moldenhauer/Michel (Hrsg.), Hegel. Werke in 20 Bänden, 1970, § 97.

2 *Zaczyk*, GA 2014, 73, 74 f.

3 DRiZ 1999, 63, 68.

4 So *Schünemann,* ZStW 126 (2014), 1, 7.

das soziale Bezugsniveau verdeutlicht werden, auf dem sich Straftat und Sanktion bewegen. Straftat und Sanktion sind nicht nur empirische Vorgänge in einer zeitlichen Abfolge wie Regen und Sonnenschein, sondern Bedeutungsträger,[5] die über eine gesellschaftliche Verständigung zueinander in Beziehung gesetzt werden. Ist die Straftat nicht nur ein bloßes raum-zeitliches Verhalten, sondern ein Verhalten, das einem Verbot zuwiderläuft, auf dessen Befolgung von Rechts wegen vertraut werden sollte, so bringt das Verhalten die mangelnde Berechtigung dieses Vertrauens zum Ausdruck. Soll die mangelnde Berechtigung des Vertrauens von Rechts wegen nicht durch faktische Reaktionslosigkeit bestätigt werden, bedarf das normwidrige Verhalten einer „Antwort", durch die gleichermaßen die Erklärung des Täters negiert und die Berechtigung des Vertrauens in die Normbefolgung bekräftigt wird.

In einer demokratisch verfassten Gesellschaft sind die Normen des Strafrechts die Normen der Bürger selbst. Das Vertrauen in die Normgeltung – das heißt: in die tatsächliche Befolgung der Normen – ist daher jedenfalls der Idee nach Ausdruck der wechselseitig verlangten Anerkennung normativer Verbindlichkeit. Der Normbruch schädigt daher nicht nur das durch eben diese Norm geschützte Gut, sondern auch die Berechtigung eines jeden Bürgers, auf die Verbindlichkeit der Norm zu vertrauen. *Ostendorf* hält daher zutreffend fest, dass auch der rechtstreue Bürger durch die Straftat tangiert werde, selbst wenn er nicht unmittelbar als Geschädigter von ihr betroffen ist.[6] Während er sich bemühe, rechtstreu zu sein, sehe er, dass sich andere rechtsuntreu verhielten und hieraus Vorteile zögen. Dies gelte aber erst recht für die Opfer von Straftaten. Das hierauf erfolgende korrigierende Strafverfahren diene der Kompensation dieser Enttäuschungen und gewinne so eine friedensstiftende Funktion.[7]

2. Der Begriff des Normwiderspruchs setzt voraus, dass der Täter objektiv durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass die fragliche Norm für ihn kein verbindliches Motiv seines Handelns ist. Eine solche Stellungnahme kann nur dann berechtigterweise mit Strafe beantwortet werden, wenn sie ernst zu nehmen ist, wenn sie also von einer Person stammt, die hierfür ver"antwortlich" gemacht werden kann. Kommunikative Kompetenz in diesem Sinne erfordert, dass der Handelnde in der Lage ist, sein eigenes Verhalten als Normwiderspruch zu verstehen und damit einen Perspektivenwechsel zu vollziehen; er muss die in ihn gesetzten

5 Vgl. *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13 ff.
6 A.a.O. (Fn. 3), 68.
7 Ebda.

Erwartungen Dritter reflektieren können. Sonst bliebe auch die Verhängung von Strafe in ihrer kommunikativen Dimension ohne Sinn, da sie für den Täter lediglich eine dressierende Übelszufügung – euphemistisch: Erziehungsmaßnahme – wäre, die bestenfalls zu einer Anpassung an soziale Gegebenheiten führte. Eine normentheoretische Konzeption der Straftat, die das strafrechtlich relevante Geschehen sachgerecht in gesellschaftliche Kommunikationszusammenhänge einbinden will, verlangt also einen komplexen und mehrschichtigen Begriff der Person.

3. Daher mag es erstaunen, dass diese Konzeption nach *Zaczyk* auf einen „geradezu a-personalen Rechts- und Unrechtsbegriff" zusteuern soll.[8] *Zaczyk* sieht in der normentheoretischen Konzeption eines kommunikativen Straftatmodells einen „derart defizienten Begriff der Person" angelegt, dass diese „mit einem auf der Freiheit der Person bauenden Rechtsbegriff (und damit einem Rechtsbegriff nach der europäischen Aufklärung) nicht zu vereinbaren" sei. *Zaczyk* erläutert diese Kritik anhand einiger Problembereiche, die mehr oder weniger eng mit dem Begriff der Verhaltensnorm und seiner Applikation auf die dogmatische Rekonstruktion der Straftat zusammenhängen. Kernpunkt der Kritik ist die These, dass die normentheoretischen Konzeptionen die reale Wirklichkeit des Unrechts in eine normative verlagerten. Die handelnde Person lasse sich jedoch nicht aufteilen in ein Naturwesen, das einem anderen Schaden zufügt, und einen Normmenschen, der das nicht soll. Es sei vielmehr ein und dieselbe Person, die sich falsch verhalten habe, und von deren Einheit das Sein und das Sollen im Recht seinen Ausgang nehmen müsse.[9] Diese Kritik übersieht jedoch, dass es zu den zentralen Fragen normentheoretischer Konzeptionen gehört, wie sich Sein und Sollen in einem dogmatischen Modell der Straftat zusammenzuführen lassen. Es erscheint daher geboten, die Dinge ein wenig geradezurücken.

II. Verhalten, Handlung, Erfolg

1. In der Verwendung des Begriffs des Verhaltens sieht *Zaczyk* ein erstes Indiz für ein verkürztes Menschenbild. Während im Begriff der Handlung der handelnde Mensch mitgedachte werde, könne man von einem Verhalten auch bei Tieren sprechen. So werde der Mensch zu einer aus der Beobachterperspektive betrachteten psycho-physischen Einheit, bei der le-

8 A.a.O. (Fn. 2), 74 f.
9 A.a.O. (Fn. 2), 87 f.

diglich noch hinzukomme, dass sie sich selbst final steuern könne. Hier liege die Gefahr, das Verhalten eines solchen Wesens als von außen steuerbar zu begreifen und dessen Kompetenz zur Beurteilung richtigen und falschen Verhaltens für unmaßgeblich zu halten.[10]

Terminologisch ist es jedoch durchaus angemessener, von Verhaltensnormen statt von Handlungsnormen zu sprechen. Denn der Begriff des Verhaltens ist gerade wegen seiner Weite geeignet, neben aktivem Tun auch passives Unterlassen zu erfassen, was mit dem üblicherweise auf Begehen festgelegten Begriff des Handelns nicht möglich wäre. Im Übrigen haben Verhaltensnormen keine bloßen Verhaltensweisen, sondern Handlungen oder Unterlassungen zum Gegenstand. Denn Handlungen und Unterlassungen sind interpretierte Verhaltensweisen, die gerade in ihrer spezifischen Interpretation von Normen erfasst werden. Ein und dasselbe Verhalten kann die Bedeutung einer Vielzahl höchst unterschiedlicher Handlungen oder Unterlassungen haben. Wenn sich eine Person schnell fortbewegt, kann dies u.a. besagen, dass sie zum Bahnhof eilt, sich körperlich ertüchtigt, vor einem Verfolger flieht oder es unterlässt, Geige zu spielen. Verhaltensnormen nehmen daher nicht auf einen mit dem Begriff des Verhaltens zu erfassenden raum-zeitlichen Vorgang Bezug, sondern auf ein mehr oder weniger komplexes Geschehen mit einer Fülle faktischer und normativer Elemente, das eine relativ bestimmte Sinneinheit bildet.

2. Der normentheoretische Ansatz begünstigt nach *Zaczyk* eine Entkopplung der Handlung vom Erfolg.[11] Für diese These scheint zu sprechen, dass die subjektivierende Richtung der Finalisten den Kern des Unrechts im Handlungsunwert sieht und den Erfolgseintritt lediglich als objektive Strafbarkeitsbedingung einstuft.[12] Nicht unerwähnt sollte jedoch bleiben, dass diese Lehre gerade aus normentheoretischer Sicht fragwürdig ist und sich jedenfalls nicht mit einem kommunikativen Modell der Straftat vereinbaren lässt. Letzteres liegt auf der Hand: Eine Aussage hat erst dann einen bestimmten Sinn, wenn alle diesen Sinn konstituierenden Elemente auch realisiert sind. Nicht das Sprechen, sondern das Gesprochene ist Träger der Erklärung. Der untaugliche Versuch kommt so wenig als Prototyp strafrechtlichen Unrechts in Betracht wie das Sich-Versprechen als Prototyp von Sprechakten.[13]

---

10 A.a.O. (Fn. 2), 75.
11 A.a.O. (Fn. 2), 75 ff.
12 Beispielhaft und konsequent *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, passim.
13 Zur Kritik vgl. *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 16 ff. m. w. N.

Gerade weil Normen Handlungen und Unterlassungen und nicht bloß ein bestimmtes Verhalten zum Gegenstand haben, gehört zum Norminhalt stets ein über den körperlichen Vorgang hinausgehendes äußeres Geschehen. Auch Tätigkeitsdelikte binden ein Verhalten in einen kausalen und/oder institutionalisierten Kontext ein, wie etwa das Steuern eines Kraftfahrzeugs, das Herstellen einer unechten Urkunde oder das Beleidigen durch das Äußern eines ehrverletzenden Werturteils. Wenn jedoch das gesamte Geschehen, in welches das Verhalten unter einer Beschreibung eingebunden ist, zum Norminhalt gehört, so ist ein Verhalten auch nur dann objektiv normwidrig, wenn es mitsamt dem äußeren Geschehen realisiert ist.

Das gängige Gegenargument, man könne nur ein Handeln, nicht aber einen Erfolg verbieten, ist zwar reichlich schief; verboten ist ja nicht der Erfolg, sondern das Handeln in seiner den Erfolg bedingenden Interpretation. Dahinter steht aber die Überlegung, dass nur das finale Verhalten, nicht jedoch der Eintritt des Erfolgs in strafrechtlich relevanter Weise der finalen Steuerbarkeit unterliege.[14] Hieran ist zutreffend, dass von dem Adressaten einer Norm nicht mehr verlangt werden kann, als er intellektuell, physisch und psychisch zu leisten vermag. Die individuellen Kapazitätsgrenzen des Adressaten einer Norm bilden mithin die äußersten Grenzen der Möglichkeit ihrer Befolgung. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die individuellen Fähigkeiten Inhalt der zu befolgenden Norm sind. Wird die Finalität zum Inhalt der Norm geschlagen, gerät man, wie *v. Kutschera* aufgezeigt hat, in einen infiniten Regress:[15] Wäre der Satz „Die Handlung h der Person P ist richtig" bedeutungsgleich mit „P glaubt, dass ihre Handlung h richtig ist", so besagte dies seinerseits so viel wie „P glaubt, dass sie glaubt, dass ihre Handlung richtig ist". Es mag eine gute Absicht sein, ein Gebot zu befolgen. Doch will derjenige, der ein Gebot befolgen will, nicht eine gute Absicht haben. Folglich kann man nur Handlungen, nicht aber Absichten vorschreiben, wenn man sich nicht in einen infiniten Regress verwickeln will.

3. Einen anderen Weg zur Umgehung der unliebsamen Konsequenz, die objektive Normwidrigkeit eines Verhaltens erst *ex post* bestimmen zu können, wird von Vertretern der Lehre von der objektiven Zurechnung eingeschlagen. Zur Feststellung dessen, was zum Tatzeitpunkt getan oder unterlassen werden soll, soll nach diesem Ansatz nicht auf das Wissen

---

14 Grundlegend hierzu *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 69 ff. und passim.

15 Grundlagen der Ethik, 2. Aufl. 1999, S. 86 ff.

des Normadressaten *ex ante* und auch nicht auf den Kenntnisstand der richterlichen Beurteilung *ex post*, sondern auf eine objektivierte Situationseinschätzung *ex ante* abgestellt werden. Hinsichtlich der Erfolgsdelikte bedeutet dies, dass die retrospektive Kausalität durch eine Risikoprognose zu ersetzen ist. Dass dann der Deliktstatbestand nicht mehr als kontradiktorisch formulierter Inhalt der relevanten Verhaltensnorm begriffen werden kann – „töten" ist nicht bedeutungsgleich mit „ein Todesrisiko schaffen" –, mag zu verschmerzen sein. Denn so scheint ja das für noch wichtiger gehaltene Prinzip gerettet zu sein, dass das, was erlaubt und verboten ist, schon zum Zeitpunkt des Verhaltensvollzugs bestimmt sein müsse. Doch die Rettung dieses Prinzips beruht auf einer völlig überflüssigen Fiktion. Es gibt zum Tatzeitpunkt niemanden, der eine Risikoprognose objektiv verbindlich abgeben könnte, geschweige denn tatsächlich abgibt. Derjenige, der die Prognose formuliert, ist der Richter, und zwar *ex post*. Zum Tatzeitpunkt haben der Täter wie auch sonstige Beteiligte, etwa der in Notwehr handelnde Verteidiger, nur das Wissen, das ihnen zur Verfügung steht.[16] Hat ein Beteiligter etwas Maßgebliches nicht gewusst, so kann gegebenenfalls der Vorwurf erhoben werden, er habe das entsprechende Wissen erlangen können. Jedoch ist Wissenkönnen nur Surrogat von Wissen und kein vorhandenes Wissen und damit für die aktuelle Steuerbarkeit des Geschehens zum Tatzeitpunkt ohne Belang.

4. Es bleibt festzuhalten: Eine normentheoretische Rekonstruktion des dogmatischen Straftatmodells führt keineswegs zu einer Trennung von Verhalten und Erfolg im Unrecht. Sofern Verhaltensweisen durch den Bezug auf ein Geschehen als bestimmte Handlungen interpretiert werden, gehört auch das Geschehen zum Inhalt der Norm, deren Gegenstand die betreffende Handlung ist. Zum Unrecht einer verbotenen Tötungshandlung etwa gehört notwendig neben einem Verhalten auch der durch dieses Verhalten verursachte Tod eines (anderen) Menschen. Nur und nur wenn der Todeserfolg eingetreten ist, kann das diesen Tod verursachende Verhalten die Bedeutung einer normwidrigen Tötungshandlung haben. Von einer Tötungshandlung kann dagegen noch nicht gesprochen werden, wenn der Handelnde nur beabsichtigt, durch sein Verhalten den Tod eines anderen Menschen herbeizuführen, oder wenn er nur das bloße Risiko, dass ein anderer zu Tode kommt, durch sein Verhalten setzt.

16 Näher zu der hier nur gestreiften Problematik *Kindhäuser*, FS Maiwald, 2010, S. 397 ff. m. w. N.

III. Norminhalt und Normfunktion

1. Nach *Zaczyk* ist das Verständnis der Verhaltensnorm im Strafrecht „reduziert imperativisch gefärbt": Die Norm sei äußerer Imperativ als Bestimmungsnorm.[17] Die Norm werde hierbei im Sinne von *Hobbes* als künstliches Hindernis verstanden, um die inhaltsleer gedachte Freiheit zu beliebigem Verhalten nach Maßgabe einschlägiger Verhältnismäßigkeitskriterien einzuschränken.[18] Demnach stelle das Tötungsverbot eine Begrenzung der naturhaft bestimmten Freiheit dar, einen anderen zu töten. Freiheit im Sinne der Aufklärung sei jedoch ihrem Grunde nach verbunden mit der Selbstbestimmung zum Richtigen. Da sich Selbstbestimmung in entsprechenden Handlungen äußere, gewinne die Differenz von Sein und Sollen eine andere Gestalt als die der Normentheorie zugrundeliegende. Das Sein des Menschen selbst sei mit dem von ihm eingesehenen Sollen verbunden und werde in Handlungen realisiert.[19]

Nach dem von *Zaczyk* angegriffenen Verständnis der Normentheorie trifft ein äußerlicher Begriff der Norm auf einen inhaltlich unbestimmten Begriff der Freiheit. Das Recht degeneriere so zu einer bloßen Technik des sozialen Lebens. Dies werde noch dadurch gesteigert, dass auch die Sanktion nur als Schutzinstrument gegen Verletzungen und Gefährdungen dienen solle. Dem liege das Bild eines Bürgers zugrunde, der so lebensklug sei zu wissen, dass die Nachteile normwidrigen Handelns größer seien als die Vorteile. Diese Verkürzung des praktischen Vermögens einer Person werde nicht dadurch ausgeglichen, dass man ihr – im Gegensatz zum tierischen Reiz-Reaktions-Mechanismus – immerhin die Fähigkeit der Einsicht in den Sinn eines Verbots zubillige. Denn die Einsicht in ein Verbot sei etwas anderes, als ein solches Verbot inhaltlich mitzubegründen und sich selbstbestimmt nach dieser Einsicht zu verhalten.[20]

Ohnehin komme das Strafrecht immer zu spät. Jede Straftat zeige, dass die zweckrationale Konstruktion des Rechtsgüterschutzes durch Verhaltens- und Sanktionsnormen ihren Zweck nicht erreicht habe. Wenn anschließend im Sinne der positiven Generalprävention die Strafe durch den Rechtsstab eingesetzt werde, um das Rechtsbewusstsein aller Bürger (mit Ausnahme des Täters) zu stärken, so sei der Legitimationszusammenhang

17 A.a.O. (Fn. 2), 79.
18 A.a.O. (Fn. 2), 81.
19 A.a.O. (Fn. 2), 82.
20 A.a.O. (Fn. 2), 82 f.

zwischen der Tat und der Strafe unterbrochen. Daher müsse in einem legitimen Strafrecht die Sanktion auf dem Unrecht selbst gründen.[21]

2. *Zaczyks* Kritik ist paradigmatisch für das Unverständnis, auf das eine analytische Methodik bei Theorien trifft, die ihren Gegenstand unter bestimmten inhaltlichen Prämissen sehen. Die Funktionsweise einer Norm und ihr Inhalt sind zweierlei, und die logischen Schritte, die bei der Prüfung eines Delikts vorzunehmen sind, besagen nichts über den Inhalt der Norm oder gar über die Staatsform, in der diese Norm gesetzt wurde und Anwendung findet. Mathematik ist nicht etwa verwerflich, weil auch in Diktaturen gerechnet wird. Bei der Entwicklung eines Straftatmodells auf normentheoretischer Grundlage kann daher schlicht unterstellt werden, dass die Normen, die im konkreten Fall heranzuziehen wären, auch nach den maßgeblichen Kriterien legitim sind.

Im Übrigen ist die von *Zaczyk* geforderte Mitbegründung der Norm durch den einzelnen in einer demokratisch verfassten Gesellschaft in formalisierter Weise vorgesehen und gewährleistet. Die Norm ist Ausdruck staatsbürgerlichen Mehrheitswillen, gegen die ein Dissentierender die grundrechtlich verbürgten Möglichkeiten der ablehnenden Stellungnahme hat.[22] Nach diesem Staatsverständnis ist die Norm – jedenfalls der Idee nach – gerade kein äußerlicher Befehl, sondern konsentierter Interessenausgleich der Bürger selbst, wenn auch nur ein solcher unter dem Vorzeichen vorläufiger Vernünftigkeit, da der demokratische Diskurs notwendig durch Mehrheitsentscheidung ab- bzw. unterbrochen werden muss.

Aus welchen Gründen der einzelne Bürger strafrechtliche Normen befolgt, muss das Recht unter diesen Prämissen freistellen. Es kann aufgrund seiner eigenen Legitimationsbasis, Ausdruck eines demokratischen Prozesses der Willensbildung zu sein, nicht mehr Vernünftigkeit beanspruchen, als es die vorläufige Vernünftigkeit der Mehrheitsentscheidung zulässt. Insoweit wirft die Konzeption *Zaczyks* dann keine Probleme auf, wenn es um die Befolgung strafrechtlicher Normen geht. Ein beliebiger Normadressat hat ohne weiteres die Möglichkeit, das Unterlassen der Tötung eines anderen Menschen als tätige Realisierung seiner vernünftigen Selbstbestimmung nach Maßgabe des kategorischen Imperativs zu begreifen.

---

21 A.a.O. (Fn. 2), 83.

22 Vgl. hierzu auch *Günther*, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, in: Koller u.a. (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, ARSP Beiheft 51, 1991, S. 58 ff.; zur Erforderlichkeit, das Rechtssubjekt in seiner Doppelrolle als Destinatär und Mitträger der Rechtsordnung zu sehen, auch *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 82 ff.

Freilich macht er sich auch nicht strafbar, wenn er seine Mordlust aus der lebensklugen Überlegung unterdrückt, von lebenslanger Freiheitsstrafe verschont zu bleiben. Kaum lösbare Probleme treten aber dann auf, wenn eine Person eine Norm bewusst nicht befolgt. Da sich der Allgemein- (oder besser: Mehrheits-) Wille, der sich in der Norm niedergeschlagen hat, und der Einzelwille des Normadressaten in keiner prästabilierten Harmonie befinden, kann im Normbruch keineswegs *per se* ein Widerspruch zur eigenen Vernunft des Täters gesehen werden. Der Staat kann (und sollte) seinen Bürgern nur die Möglichkeit geben, die Normen aus vernünftigen Gründen befolgen zu können, er kann es aber nicht verlangen. Und weil er es nicht verlangen kann, ist es auch nicht möglich, den Normbruch als eine selbstkorrumpierende Missachtung der dem Täter eigenen Vernünftigkeit zu bewerten. So gut begründet eine Norm – und vor allem: eine strafrechtliche Norm – auch immer sein sollte, sie kann in einer säkularen, weltanschaulich neutralen und demokratisch verfassten Gesellschaft nie mehr zu sein beanspruchen als äußere Regel sozialer Interessenkoordination. Sofern der mit der Strafe erhobene Vorwurf lautete, der Täter habe sich nicht vernunftgemäß selbst bestimmt, wäre dies schlicht ein staatlicher Eingriff in die Selbstbestimmungsfreiheit des Einzelnen.[23]

Nun mag es durchaus sein, dass ein rechtstreuer Bürger, der das Grundgerüst strafrechtlicher Normen vom Tötungs- bis zum Betrugsverbot für vernünftig hält und deshalb auch befolgen will, dies nicht als Einschränkung seiner wie auch immer zu bestimmenden Freiheit begreift. Aber es lässt sich schwerlich leugnen, dass das Sollen der rechtlichen Norm sowohl nach Maßgabe seiner Gültigkeit als auch nach Maßgabe seines Grundes verschieden ist von der selbstgesetzten Maxime, an welcher der Bürger sein Handeln ausrichtet. Spätestens wenn es zu einem Interessenkonflikt kommt, bei dem der eine Vertragspartner das Verhalten des anderen für betrügerisch hält, dieser jedoch sein Verhalten als lauteres Geschäftsgebaren begreift, werden die Streitenden froh sein, dass es eine von ihren Maximen unabhängige Regel gibt, der sich hinreichend klar entnehmen lässt, was noch erlaubt und was verboten ist. Auch zeigt sich spätestens in einem solchen Konfliktfall, dass das Recht Handlungsspielräume dergestalt beschneiden muss, dass es jenseits der dem Einzelnen gezogenen

23 Es widerspräche auch *Kants* Einsicht, dass nur Legalität, also äußeres gesetzeskonformes Verhalten, erzwungen werden kann und darf, vgl. Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen, 2. Aufl. 1798, in: Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, 1960, Bd. II, S. 337 ff.

Grenzen von Rechts wegen keine wie auch immer inhaltlich zu bestimmende Freiheit mehr geben kann.

3. Die klassifikatorische Wertung des Rechts ist dual: Ein Verhalten kann in diesem Sinne nur rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Im präskriptiven Modus ausgedrückt besagt dies, dass rechtmäßiges Handeln sein soll oder darf und dass rechtswidriges Handeln nicht sein soll. Demnach sind Verhaltensnormen Sollenssätze, die besagen, ob ein Handeln vom Standpunkt des Rechts aus verboten, geboten, erlaubt oder freigestellt ist.

Der Klarheit halber sei erwähnt, dass der Begriff der Norm im hier verstandenen Sinne noch keine individuelle Handlungsfähigkeit des konkreten Normadressaten (oder das Können einer wie auch immer zu bestimmenden Maßstabsfigur) impliziert. Insoweit lässt sich die Norm als Bewertungsnorm begreifen. Sie dient aber zugleich als Verpflichtungsgrund für Handlungen, indem sie dem Adressaten der Norm das für ihn verbindliche Motiv seines Handelns oder Unterlassens nennt. Der Adressat einer Norm ist mit anderen Worten verpflichtet, das nach seinem Wissen praktisch Notwendige in die Tat umzusetzen, um normgemäß zu handeln – und das heißt strafrechtlich: die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes zu vermeiden oder zu verhindern.[24]

IV. Der Normwiderspruch

1. Nun sieht *Zaczyk* den Kulminationspunkt einer normentheoretischen Konzeption der Straftat gerade in einem auf die Vermeidbarkeit eines schädigenden Erfolges abstellenden Handlungsbegriff.[25] Nach diesem Verständnis sei für den Verhaltensnormverstoß nicht mehr die Aktivität als solche, sondern das Nichtvermeiden dieser Aktivität entscheidend. Die Handlung werde dann zu einem normativen Konstrukt. Die Nicht-Vermeidung eines Erfolgs (bei vorausgesetztem Vermeidenkönnen) zur Grundlage einer Rechtsfolge (hier: Strafe) zu machen, heiße jedoch, aus der bloßen Möglichkeit eines Verhaltens die Wirklichkeit einer Verletzung abzuleiten. Logisch betrachtet werde so ein problematisches Urteil in ein assertorisches verwandelt. Die Berechtigung dafür scheine, wie *Zaczyk*

24 Die strafrechtliche Verhaltensnorm („Bewertungsnorm") wird nach Maßgabe der auf das individuelle Können bezogenen praktischen Notwendigkeit zur Pflicht („Bestimmungsnorm"); zum praktischen Syllogismus vgl. *Kindhäuser*, FS Schünemann, 2014, S. 143, 145 ff. m. w. N.

25 A.a.O. (Fn. 2), 86.

weiter ausführt,[26] in einer Verhaltensnorm zu liegen, die eine bestimmte Intentionalität fordere – was aber nichts daran ändere, dass diese Intentionalität in Wirklichkeit nicht vorliegt. Darauf könnten die Vertreter einer Lehre von der Verhaltensnorm zwar antworten: Es gehe auch gar nicht um eine ‚reale' Wirklichkeit, sondern um eine ‚normative'. Aber so wenig eine real verletzte (Person ...) dadurch getröstet werde könne, dass (ihr) das normativ nicht hätte passieren dürfen und es deswegen ... zu Strafe komme, so wenig werde diese Aufspaltung der Welt in eine natürliche (Körperbewegung) und eine normative (das Sollen) der Einheit der handelnden Person gerecht.[27]

Nun dürfte die Notwendigkeit, einer Person, die eine andere in strafrechtlich relevanter Weise geschädigt hat, zu erklären, dass sie falsch gehandelt hat und wegen der aus diesem falschen Verhalten resultierenden Schädigung bestraft werde, sicher nicht zu bestreiten sein. Die gesamte Strafrechtsdogmatik ist im Kern nichts anderes als das Bemühen, die Argumente für diese Erklärung in logisch geordneter, inhaltlich nachvollziehbarer und möglichst plausibel begründeter Weise aufzuarbeiten. Doch wie erklärt man einer Person, dass sie sich in strafbarer Weise falsch verhalten hat? Was heißt überhaupt „falsch"? In einer eindimensionalen Welt gibt es kein „falsches" Geschehen. Wenn die Welt eindimensional betrachtet wird, ist sie so, wie sie ist. Und die Welt ist nun einmal so, wie sie ist, eindimensional. Es sei die banale Feststellung gestattet: Wenn A den B mit einem Messer niedersticht, so gibt es in der Welt kein paralleles Geschehen, bei dem A den B nicht niedersticht. Wenn die Welt nur so betrachtet wird, wie sie ist, hat es aber auch keinen Sinn, von fehlerhaftem Verhalten und von Verantwortung zu sprechen. Verantwortung für ein Geschehen setzt die Annahme voraus, dass dieses nicht eingetreten wäre, wenn sich der zur Verantwortung Gezogene anders verhalten hätte, als er sich tatsächlich – nämlich falsch – verhalten hat.

Soll die Rede von Unrecht und Schuld einen Sinn haben, bedarf es einer kontrafaktischen Betrachtung der Welt. Die Denkform des Rechts und sonderlich des Strafrechts ist die Denkform in solchen Alternativen. Es mag für eine Person in der Tat wenig tröstlich sein, wenn ihr gesagt wird, dass ihre Schädigung nicht hätte passieren dürfen. Doch dies ist auch nicht das, was ihr zu sagen wäre, wenn sich ihr Schädiger strafbar gemacht hätte. In diesem Fall wäre ihr vielmehr zu sagen, dass sie nicht geschädigt worden wäre, wenn sich der Täter rechtlich richtig verhalten hätte. Und

---

26 A.a.O. (Fn. 2), 87.
27 Ebda.

dieses kontrafaktische Konditional bedarf der Verifizierung. Dass sich eine Person richtig oder falsch verhalten hat und dass sie für ein bestimmtes Ereignis verantwortlich oder nicht verantwortlich ist, sind Feststellungen, die sich nur im Kontext von Alternativen treffen lassen. Hierbei versteht es sich von selbst, dass die kontrafaktische Alternative „realistisch" sein muss, das heißt auf gegebenen Fakten basiert.

2. *Zaczyk* wendet nun gegen die Normentheorie ein, sie berufe sich gerade nicht auf Fakten, sondern leite aus der bloßen Möglichkeit eines Verhaltens die Wirklichkeit einer Verletzung ab.[28] Sofern sich der Ausdruck „Verletzung" hier auf die Beeinträchtigung des fraglichen Rechtsguts beziehen sollte, wird jedoch wohl niemand die reale Schädigung aus der Möglichkeit ihrer Vermeidung ableiten wollen. Faktizität und Kontrafaktizität liegen hier ersichtlich nicht auf derselben Ebene. Die Verletzung eines Rechtsguts steht vielmehr als faktisches Ereignis mit dem tatsächlichen Verhalten in einem kausalen Zusammenhang. Die Ebene der Kontrafaktizität wird erst mit der Frage nach der Verantwortlichkeit des Täters für die Schädigung betreten, weil die Antwort auf diese Frage notwendig ein Denken in Alternativen voraussetzt. Kontrafaktisch sind zwei Alternativen zueinander ins Verhältnis zu setzen, und zwar in einer kontrafaktischen Welt, die sich von der faktischen nur durch die Austauschbarkeit zweier Ereignisse unterscheidet: einer Alternative zum Verhalten und einer Alternative zum Schaden. Mit anderen Worten: Die faktische Herbeiführung des Schadens ist der Gegenstand, die kontrafaktische Vermeidbarkeit der Schädigung (wesentliches) Kriterium der Zuschreibung von Verantwortung. Beides zu verwechseln wäre ein schwerer logischer Fehler.

Dass bloße Faktizität über Verantwortlichkeit noch nichts aussagt, wird beim Unterlassen besonders deutlich. Während man in der aktiven Bewegung gewissermaßen schon implizit die korrelierende Verhaltensalternative mitdenkt – unter normalen Umständen bräuchte A ja nur davon abzusehen, den Kraftaufwand für die Armbewegung, mit der er auf B einsticht, einzusetzen –, bedarf beim Unterlassen die kontrafaktische Aktivität erst noch der Konkretisierung. Zudem wird beim Unterlassen deutlich, dass bei normgemäßem Verhalten eigene Freiheit begrenzt wird. Es mag zwar einem vernünftigen Bürger nicht als Einschränkung seiner Freiheit erscheinen, seinen streitsüchtigen Nachbarn nicht zu töten. Wenn es aber darum geht, diesen Nachbarn vor dem Ertrinken zu retten, mag sich die Sache schon anders darstellen. Jedenfalls hängt der Vorwurf, A haben seinen Nachbarn nicht vor dem Ertrinken gerettet, entscheidend von der

28 A.a.O. (Fn. 2), 87.

begründeten Zurechenbarkeit der erforderlichen Handlungsfähigkeit ab. Auch wenn man sich noch so sehr am Ausdruck stören mag, es bleibt dabei: Die Straftat ist ein Konstrukt aus faktischen und kontrafaktischen Elementen.

3. Zu klären ist freilich, wie diese Elemente zusammenzufügen sind. Ausgangspunkt kann hierbei stets nur das empirisch wahrnehmbare Geschehen sein, das unter einer bestimmten Beschreibung zu einer Tatsache wird[29] und den (potenziellen) Gegenstand strafrechtlicher Verantwortlichkeit bildet. Die Beschreibung ist dem einschlägigen Deliktstatbestand zu entnehmen, der den Gegenstand des (potenziellen) Unrechtsvorwurfs abschließend konstituiert, oder anders formuliert: Durch den Deliktstatbestand wird das objektiv normwidrige Verhalten samt Kontext und Folgen bestimmt. Die Verhaltensnorm ist hierbei zu verstehen als kontradiktorische Formulierung des Deliktstatbestands. Mit anderen Worten: Inhalt der Verhaltensnorm ist die jeweilige Alternative des Verhaltens, das der Deliktstatbestand benennt.

Die Zurechnung des objektiv normwidrigen[30] Verhaltens zum Täter setzt zweierlei voraus: Zum einen muss dieser in der Lage gewesen sein, normgemäß zu handeln und hierdurch den Erfolgseintritt zu vermeiden. Zum anderen muss er fähig gewesen sein, sich zu normgemäßem Handeln zu bestimmen. Die Fähigkeit, physisch und intellektuell eine normgemäße Intention zu bilden, kann man als Handlungsfähigkeit und die Fähigkeit, diese Intention zu bilden und anderen Intentionen dominant vorzuziehen, als Motivationsfähigkeit bezeichnen. Im üblichen Deliktsaufbau, der sich mit der finalen Handlungslehre allgemein durchgesetzt hat, werden diese beiden Fähigkeiten im subjektiven Tatbestand und in der Schuld geprüft.

Nun kann aber, wie bereits erwähnt, die Norm nicht die Voraussetzungen nennen, unter denen sie befolgt werden kann, soll ein infiniter Regress vermieden werden. Das Maß an Handlungs- und Motivationsfähigkeit, das der einzelne von Rechts wegen aufzubringen hat, um die strafrechtlichen Verhaltensnormen zu befolgen, muss also aus einer anderen Regel abgeleitet werden, und zwar aus der Norm, aus der sich ergibt, dass sich ein Normadressat, der sich normwidrig verhält, ohne das von

---

29 Zur Sprachabhängigkeit von Tatsachen *Patzig*, Tatsachen, Normen, Sätze, 1980, S. 8 ff.

30 Der Ausdruck „normwidrig" – statt (hier in der Sache gleichbedeutend) „rechtswidrig" – soll die Möglichkeit offenlassen, dass im konkreten Fall auch noch eine Erlaubnisnorm, z.B. Notwehr, eingreifen kann, die der auf den Deliktstatbestand bezogenen Verbotsnorm vorgeht.

ihm zu Recht erwartbare Maß an Handlungs- und Motivationsfähigkeit zur Normbefolgung aufzubringen, strafbar macht. Das für hinreichende Rechtstreue relevante Maß an Handlungs- und Motivationsfähigkeit ist demnach den Sanktionsnormen zu entnehmen, also den Normen, welche die Bedingungen nennen, unter denen sich jemand strafbar macht.

Strafe und Unrecht stehen also in einer normentheoretischen Konzeption der Straftat keineswegs unverbunden nebeneinander. Die Strafwürdigkeit ist vielmehr das Kriterium, nach dem sich bestimmt, ab wann und in welchem Maße der Normadressat hinreichende Rechtstreue bei der Befolgung von Normen vermissen lässt. Die an den Normadressaten gerichtete Erwartung hinreichender Rechtstreue ist dem Recht nicht vorgegeben, sondern entspringt – wie die sonstigen Verhaltensnormen – dem demokratischen Prozess der Normgenese. Als Staatsbürger ist der Normadressat in einer demokratisch verfassten Gesellschaft zugleich Mitautor der Normen, die das wechselseitig erwartete Maß an Rechtstreue festlegen. Die Bürger betrachten sich gewissermaßen im Spiegel, wenn sie die Kriterien für ihre Be- und Entlastungen als Normadressaten bestimmen.[31] Die Normen des Strafrechts sollen keineswegs auf Biegen und Brechen durchgesetzt werden. Vielmehr kennen die allgemeinen Regeln des Strafrechts etwa Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe, die Zuständen und Situationen erfassen, in denen ein Fehlverhalten nicht oder nur in verminderter Form als Defizit an Rechtstreue zu bewerten ist.

Es wäre im Übrigen ein Missverständnis, in dem sich in der Straftat zeigenden Defizit eine bloß negative Größe zu sehen. Denn mangelnde Rechtstreue und Schuld sind bedeutungsgleiche Größen und stehen in einem proportionalen Verhältnis zueinander: je größer das Defizit an Rechtstreue, desto größer die Schuld des Täters. Auch bei Zugrundelegung eines materiellen Straftatbegriffs, wie er etwa von *Zaczyk* mit guten Gründen vertreten wird, lässt sich das Maß von Schuld nur unter Abweichung von dem wechselseitig zu erwartenden Maß an Achtung der Freiheit des je anderen begreifen. Denn die Straftat ist nun einmal deviantes Verhalten und keine Realisierung des rechtlich Gesollten durch tätiges Leben. Wenn Schuld und Unrecht der Straftat materiell in der Nichtanerkennung der rechtlichen Freiheit anderer und der rechtlich konstituierten Güter liegen, dann ist es nur ein Streit um Worte, wie das Defizit an Anerkennung bewertet und in einer positiven Begrifflichkeit benannt wird. Mit einer normentheoretischen Rekonstruktion der Straftat hat dieser Streit rein gar nichts zu tun.

---

31 Näher *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 256.

V. Zum Begriff der Person

1. Eine normentheoretische Konzeption, die sich um die Klärung der formalen Beziehungen zwischen Normen und Zurechnungsregeln bemüht, bedarf keines materiell bestimmten Begriffs der Person. Allerdings muss die formale Struktur des Personenbegriffs offen sein, um etwa Inhalte eines von der Aufklärung ausgehenden Menschenbildes aufnehmen zu können. Dies dürfte bei der Konstruktion eines Täters nach Maßgabe einer kommunikativen Straftatkonzeption ohne weiteres der Fall sein. Dieser Konzeption liegt ein Modell gestufter Intentionen zugrunde.[32] Zunächst muss diese Person handlungsfähig sein, was wiederum bedeutet, dass ihr Verhalten intentional erklärbar sein muss. Auf die Frage, warum sich eine Person in einer bestimmten Weise verhalten hat, kann zur erklärenden Antwort die Realisierung einer Intention genannt werden. Etwa: Warum bewegt die Person P ihre Hand in einer bestimmten Weise? Antwort: Weil sie einen Brief an ihren Bekannten B schreiben will. In diesem Fall wird ein Verhalten – das Bewegen der Hand – mit einem intentionalen Objekt – dem Brief an B – zu einer intentionalen Handlung – Schreiben eines Briefs an B – verbunden. Um fähig zu sein, einen Brief zu schreiben, muss der Handelnde also über die intellektuellen und physischen Voraussetzungen verfügen, um die Intention, eine schriftliche Mitteilung zu verfassen, verwirklichen zu können.

Auf eine Norm – z. B. das Gebot, einen Ertrinkenden zu retten – angewendet, bedeutet Handlungsfähigkeit also, über die körperlichen und intellektuellen Voraussetzungen zu verfügen, um eine gesetzte Intention – d. h. die Intention der normgemäßen Handlung – realisieren zu können. Beim Verbot, bei dem es um die Realisierung der Intention geht, die Verursachung eines Erfolgs durch ein Verhalten zu vermeiden, steht die intellektuelle Seite des Erkennens möglicher kausaler Verbindungen im Vordergrund, während sich die erforderlichen physischen Fähigkeiten zumeist im Unterlassen bestimmter Bewegungen erschöpfen.

Die intellektuellen und physischen Fähigkeiten, eine bestimmte Intention zu realisieren, konstituieren einen rein funktionalen Begriff des normgemäßen Handelns. Beantwortet wird mit diesen isolierten Elementen nur die kontrafaktische Frage, ob der Täter in der Lage gewesen wäre, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, wenn er dies gewollt hätte. Es

---

32 Grundlegend zur Analyse von Intentionen höherer Ordnung *Frankfurt*, Willensfreiheit und der Begriff der Person, in: Bieri (Hrsg.), Analytische Philosophie des Geistes, 1981, S. 287 ff.

geht also um Kriterien der Zurechnung, nicht um den Gegenstand der Zurechnung, das reale Verhalten des Täters samt tatsächlich eingetretener Schadensfolgen, und dessen Bewertung. Sofern das Wissen des Täters um die Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung durch sein Verhalten eine entscheidungsrelevante Dichte besitzt, kann von Vorsatz gesprochen werden. Hätte er das erforderliche Wissen bei Aufbietung der von einem rechtstreuen Normadressaten erforderlichen Sorgfalt erlangen können, ist Fahrlässigkeit gegeben.

Bei gegebener Fähigkeit normgemäßen Handelns kann die normwidrige Tatbestandsverwirklichung als Pflichtverletzung zugerechnet werden. Um den Täter hierfür strafrechtlich verantwortlich zu machen, reichen die getroffenen Feststellungen jedoch noch nicht aus. Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung beabsichtigte oder als konkret mögliche Folge bei der Realisierung seiner sonstigen Intention prognostizierte, mag dahinstehen; in jedem Fall hatte er nicht die normgemäße Intention, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden. Soll also der Täter für die Pflichtverletzung verantwortlich sein, bedarf es der weiteren kontrafaktischen Annahme, dass er zum Tatzeitpunkt hinreichend motivationsfähig gewesen wäre, die Intention zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung auch zu bilden, konkurrierenden Intentionen vorzuziehen und handelnd in die Tat umzusetzen; über das erforderliche Wissen verfügte er ja (oder hätte bei erwartungsgemäßer Sorgfalt verfügen können). Diese Zurechnungsstufe wird gewöhnlich als Schuld bezeichnet und bezieht sich wiederum nur auf isolierte Elemente, die der Vermeidbarkeit entgegenstehen könnten: Normunkenntnis, geistige Störungen, existenzielle Notsituationen oder altersbedingte Inkompetenz.

2. Das zweistufige Modell der Vermeidbarkeit scheint jedoch in einem wichtigen Punkt eine erhebliche Schwachstelle aufzuweisen. Vermeidbarkeit setzt das dominante Motiv voraus, das zu Vermeidende auch zu vermeiden. Anders formuliert: Wer die normgemäße Intention, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, nicht bilden kann, kann auch nicht um der Normbefolgung willen die Tatbestandsverwirklichung vermeiden. Soll also die Norm das Motiv zum Schutz von Rechtsgütern sein, so kann sie sich nur an Personen wenden, die erstens die Norm kennen und sie zweitens zum Motiv ihres Handelns machen können. Die Zurechnung zur Schuld erfolgt aber in dem zweistufigen System erst nach der Feststellung, dass die Tatbestandsverwirklichung für den Täter vermeidbar war.

Für dieses Problem gibt es nur eine mögliche Lösung: Auf der ersten Stufe der Zurechnung muss dem potenziellen Täter die Normkenntnis und das entsprechende Vermeidemotiv unterstellt werden. Es muss also

gefragt werden: Wenn der potenzielle Täter die Norm gekannt hätte und sie zum dominanten Motiv seines Handelns gemacht hätte, hätte er dann das nötige Wissen (Vorsatz/Fahrlässigkeit) und das nötige physische Vermögen besessen, um die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden? Auf der zweiten Zurechnungsstufe, der Schuldprüfung, ist dann zu fragen, ob es akzeptable Gründe dafür gibt, dass der Täter das entsprechende Motiv nicht gebildet und realisiert hat, etwa: er war geisteskrank, kannte (unvermeidbar) die Norm nicht oder war noch ein Kind. Lehren, die behaupten, Unrecht und Schuld ließen sich nicht trennen, haben also durchaus einen berechtigten Kern, zwingen aber nicht zur Vermischung dieser beiden Straftatelemente.[33] Denn das Unrecht lässt sich unter der Hypothese gegebener Schuldfähigkeit logisch unabhängig von der Schuldprüfung als solcher feststellen.

3. Auch wenn der hier skizzierte Begriff der Person nur aus funktional ausgewählten Bruchstücken konstituiert ist, ist er doch insoweit anthropologisch anspruchsvoll, als er als maßgebliches Schuldkriterium die nur dem Menschen zukommende Fähigkeit ansieht, über die eigenen Intentionen nach Präferenzgesichtspunkten zu verfügen. Dem schuldfähigen Adressaten einer Norm wird unterstellt, dass er die Norm aufgrund der in ihr ausgedrückten rechtlichen Richtigkeit zum Motiv seines Handelns machen kann. Es ist also ein gravierendes Missverständnis, im Normadressaten eines kommunikativen Straftatmodells einen lediglich auf äußere Reize reagierenden und technokratisch steuerbaren „Normmenschen" zu sehen, wie er von *Zaczyk* perhorresziert wird. Verortet man diesen Personenbegriff in einer demokratisch verfassten Gesellschaft, so ist die schuldfähige Person vielmehr eine solche, die als Normautor an der Genese gerechter Normen – und das heißt: freiheitlicher und solidarischer sozialer Interessenkoordinationen – vernünftig teilhaben kann.

33 Etwa *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 213 ff.

Günther Jakobs und Hans Welzel

I. Ausgangspunkte

1. Wer sich auf die Suche nach Gemeinsamem wie auch Trennendem in den Strafrechtstheorien[1] Hans Welzels und seines „Schülers" Günther Jakobs begibt, wird sehr schnell auf eine Paradoxie stoßen. Auf der einen Seite vermittelt Jakobs' Lehre den Eindruck weitgehender Selbstständigkeit, ja sogar kritischer Distanz zu Welzels Ansatz. Auf der anderen Seite stößt man vor allem in Grundfragen auf gleichlautende Thesen, die über die Ähnlichkeit des Vokabulars hinaus eine Gemeinsamkeit im theoretischen Fundament nahelegen. So schrieb Welzel schon im einleitenden Satz zur Erstauflage seines Allgemeinen Teils[2], dass nicht von den gesetzlichen Tatbeständen des Strafgesetzbuches ausgehen dürfe, wer das Wesen und die Erscheinungsweise des Verbrechens kennenlernen wolle. Vielmehr müsse er das Verbrechen dort aufsuchen, wo es seine Wirklichkeit und Wirksamkeit habe, nämlich im Gemeinschaftsleben; das Verbrechen sei eine „soziale Erscheinung". Auch für Jakobs' strafrechtliches Denken ist das Bemühen charakteristisch, die Institutionen dieses Rechtsgebiets in eine wechselseitige Beziehung zu gesellschaftlichen Prozessen und den sie bedingenden Erwartungen zu setzen. Eine an der formalen *lex lata* ausgerichtete Dogmatik lehnt Jakobs dezidiert ab: Weder beim Gesetz noch bei der Rechtsprechung und auch nicht bei der üblichen Lehre will er ansetzen, sondern versuchen, „davon ungehindert die Grundlinien eines Zurechnungssystems für das Strafrecht einer modernen Gesellschaft zu zeichnen".[3]

Zu den vielfältigen Gründen, derentwegen die Theorien Welzels und Jakobs' als durchaus verschieden voneinander betrachtet werden können, dürften zunächst ihre unterschiedlichen philosophischen Ausgangspunkte gehören. Welzel ist deutlich von Nicolai Hartmann sowie von Vertretern

---

1 Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf (einige ausgewählte) strafrechtliche Themen und lassen die (rein) rechtsphilosophischen Aspekte unberücksichtigt.

2 Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 1940, S. 1.

3 System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 18.