

Martin Böse | Kay H. Schumann
Friedrich Toepel (Hrsg.)

Festschrift für Urs Kindhäuser



Nomos

Martin Böse | Kay H. Schumann
Friedrich Toepel (Hrsg.)

**Festschrift für
Urs Kindhäuser**
zum 70. Geburtstag



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 978-3-8487-4370-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8626-6 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



Vorwort

Am 28. Mai 2019 vollendet Urs Kindhäuser sein 70. Lebensjahr. Aus diesem Anlass gratulieren wir ihm zusammen mit Freunden, Kollegen und Weggefährten aus Wissenschaft und Praxis recht herzlich mit dieser Festschrift. Wir ehren einen herausragenden Rechtsgelehrten von internationalem Rang, der sich sowohl auf dem Parkett der modernen Philosophie als auch dem der Strafrechtsdogmatik bis in ihre Anfänge im 19. Jahrhundert hinein sicher bewegt und so stets mit dem Blick auf das Ganze fundierte und zugleich aufregend neue Positionen zu grundlegenden Fragen des Strafrechts entwickelt hat.

Urs Kindhäuser wurde am 28. Mai 1949 in Gießen geboren. Er besuchte dort das humanistische Gymnasium und nahm nach der Reifeprüfung im Jahr 1968 in seiner Heimatstadt das Studium der Rechtswissenschaft auf. Bereits zu Beginn seiner Studienzeit begegnete er dort zum ersten Mal dem damals frisch berufenen Klaus Tiedemann, der in seinem späteren Leben noch eine wichtige Rolle spielen sollte. Nach dem Zivildienst 1969/70 setzte er sein Studium in Gießen, Marburg, München und Freiburg fort, wo er 1976 nach der Ersten juristischen Staatsprüfung mit seiner Dissertation begann, die er nach der Zweiten juristischen Staatsprüfung 1979 abschloss. Anschließend wurde er wissenschaftlicher Assistent bei Alexander Hollerbach am rechtsphilosophischen Institut der Universität Freiburg und begann gleichzeitig im Strafrecht bei Klaus Tiedemann zu habilitieren, der inzwischen einem Ruf nach Freiburg gefolgt war. Während er seine Habilitationsschrift über die „Gefährdung als Straftat“ verfasste, war Urs Kindhäuser darüber hinaus als Praktiker tätig, zunächst als Staatsanwalt, sodann als Richter am Amtsgericht Baden-Baden. 1987 habilitiert, übernahm er Lehrstuhlvertretungen in Regensburg und Frankfurt am Main. Schon 1988/89 folgten der Ruf auf eine Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg und ein weiterer Ruf auf eine Professur für Strafrecht an der Universität Bonn, den Urs Kindhäuser annahm. Nach der deutschen Wiedervereinigung war es ihm ein Bedürfnis, am Aufbau der juristischen Fakultät der Universität Rostock mitzuwirken, und nach einem Lehrauftrag 1991/92 folgte er dem Ruf auf den dortigen Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie und lenkte im folgenden Jahr die Geschicke der wiedereröffneten Fakultät als deren erster Dekan. Nachdem er 1995 die Rostocker Strafrechtslehretagung organisiert hatte, kehrte er

noch im selben Jahr an die Universität Bonn zurück, wo er bis zu seiner Emeritierung im Jahr 2017 blieb.

Die Strafrechtsdogmatik machte für Urs Kindhäuser an nationalen Grenzen nicht Halt. Es war ihm stets ein besonderes Anliegen, mit Kolleginnen und Kollegen aus dem Ausland einen intensiven wissenschaftlichen Dialog zu pflegen, und er war bei zahlreichen ausländischen Universitäten u. a. in Spanien, Portugal, Lateinamerika, Südkorea und China zu Gast. Seine herausragenden dogmatischen Leistungen wurden dort mit vielen Ehrenpromotionen und Auszeichnungen gewürdigt.

Es hat sich als eine glückliche Wendung herausgestellt, dass Urs Kindhäuser bereits als Jugendlicher ein Faible für den Philosophen Ludwig Wittgenstein entwickelte. Dies führte zu einer Offenheit gegenüber der anglo-amerikanischen Sprachphilosophie, deren Einfluss in den kristallklaren Gedankengängen in Urs Kindhäusers Dissertation über „Intentionale Handlung“ (1980) und seiner Habilitationsschrift über die „Gefährdung als Straftat“ (1989) schon früh spürbar wird, aber auch für sein gesamtes Werk bis in die Gegenwart hinein charakteristisch geblieben ist.

Urs Kindhäuser ist mit den Strömungen der Gegenwart in der Strafrechtsdogmatik, Philosophie und Soziologie vertraut wie kaum ein anderer Strafrechtler. Die Verbindung mit einem sprachphilosophischen Ansatz ermöglicht es ihm, dogmatische Probleme neu zu durchdenken, ohne auf bestimmte Prämissen festgelegt zu sein. Dabei hat sich Urs Kindhäuser stets die Möglichkeit eines frischen Blicks auf die jeweilige Fragestellung bewahrt. Seine Lehrbücher und sein Lehr- und Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch lassen deutlich werden, dass es ihm nicht darum geht, die eigenen Ansichten durchzusetzen, sondern darum, seiner Leserschaft ein Gespür für eine Problematik und deren Verständnis zu vermitteln. Wissenschaft ist für Urs Kindhäuser ein dynamischer Prozess und eine stetige Auseinandersetzung, auch mit der eigenen Position.

Während sein wissenschaftliches Werk zunächst von Arbeiten zu den Grundlagen und dem Allgemeinen Teil des Strafrechts geprägt war, widmete sich Urs Kindhäuser in der Folgezeit zunehmend dem Unterfangen, auch das Gestrüpp des Besonderen Teils dogmatisch zu lichten. Wer seine Verdienste um den Allgemeinen Teil kannte, konnte hier tiefgreifende Ausführungen erwarten: Insbesondere seine Kommentierungen zu den Eigentums- und Vermögensdelikten im Nomos-Kommentar zum StGB sind seltene Perlen in der Literatur des Besonderen Teils, und es wird kaum einen Strafrechtswissenschaftler geben, dem etwa die systematischen Aussagen zum Verhältnis von Diebstahl und Betrug, von Raub und räuberischer Erpressung oder die wegweisenden Anmerkungen zu Betrug, Untreue oder auch zum Wucher nicht präsent sind. Damit wäre das Lebenswerk von Urs

Kindhäuser, der sich mit nie versiegenderm Interesse fortwährend neue Gebiete erschloss, nicht auch nur annähernd vollständig umschrieben; insofern sei nur auf seine grundlegenden Veröffentlichungen zu Themen des Wirtschaftsstrafrechts und die Kommentierung des Europäischen Bußgeldrechts im Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht hingewiesen.

Als akademischer Lehrer hat Urs Kindhäuser seit seiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent in Freiburg immer wieder Studierende in seinen Seminaren für das Strafrecht begeistert, was sich auch in der großen Zahl seiner Doktorand(inn)en niedergeschlagen hat. Sein eigener Stil, bei Seminaren zunächst nur Denkanstöße für die Lösung bestimmter Probleme zu geben, die Studierenden die Probleme selbst durchdenken zu lassen, erst am Ende die eigene Lösung zu präsentieren und dabei doch stets die Fäden in der Hand zu halten, lassen viele Studierende an diese Stunden als unvergessliches Erlebnis und Höhepunkt ihres Studiums zurückdenken. Nicht anders als in den Seminaren wird die Hörerschaft seiner Vorlesungen Urs Kindhäuser als hervorragenden Lehrer in Erinnerung behalten. Die Prise seines unnachahmlichen Humors, die Lehrveranstaltungen von Urs Kindhäuser nie langweilig werden ließ, wird auch einen guten Anteil an diesem Eindruck haben.

Seine unprätentiöse Offenheit und seinen Humor werden viele Studierende in Erinnerung an gesellige Abende bestätigen können, die im Anschluss an ein Seminar stattfanden. Wir dürfen – mehrheitlich sogar aus eigener schöner Erfahrung – behaupten, dass er seinem studentischen Gegenüber nie herablassend begegnete, sondern sich stets als aufgeschlossener und zugewandter Gesprächspartner präsentierte. Mit derselben Zugänglichkeit ist er seinen Doktorandinnen und Doktoranden begegnet, die dies sehr zu schätzen wussten. Ein beredtes Zeugnis für die große Zuneigung, die seine Hörerschaft ihm entgegenbrachte, ist eine kleine „Festschrift“, die sie ihm bereits zu seinem 37. Geburtstag widmete.

Wenden wir uns abschließend dem Menschen Urs Kindhäuser zu, so treffen wir auf einen überaus großzügigen Gastgeber, der aufgrund seiner umfassenden Bildung und seines regen Interesses an Kunst und Kultur stets ein interessanter Gesprächspartner ist, und wer die zahlreichen ausdrucksstarken abstrakten Gemälde an den kindhäuserschen Wänden betrachtet, wird zudem beeindruckt feststellen, dass sich in der Person Urs Kindhäusers wissenschaftliche und künstlerische Kreativität vereinen.

Die Herausgeber danken den Autoren für ihre Mitwirkung und dem Nomos Verlag, dem Urs Kindhäuser seit Langem als Autor verbunden ist, dafür, dass er das Erscheinen dieser Festschrift ermöglicht hat. Besonderer Dank gebührt zudem Frau Dr. Nuria Pastor Muñoz für die redaktionelle Betreuung der Beiträge in spanischer und portugiesischer Sprache. Die

Vorwort

Herausgeber wünschen Urs Kindhäuser in herzlicher Verbundenheit für die Zukunft alles Gute und verbinden ihre Glückwünsche mit der Hoffnung, dass er die Strafrechtswissenschaft weiterhin mit seiner Kreativität und seinem Scharfsinn bereichern möge. Ad multos annos!

Bonn, im Mai 2019

Friedrich Toepel,
Martin Böse,
Kay H. Schumann

Inhalt

<i>Grundlagen und Allgemeiner Teil des Strafrechts</i>	19
Rechtsverbindlichkeit und Vertrauensschutz als wesentliche Merkmale des kommunikativen Verbrechensbegriffs <i>Nathalia Bautista Pizarro</i>	21
Wert und Tatsache Sprachanalytische Anmerkungen zu normativen Tatbestandsmerkmalen <i>Javier Contesse Singh</i>	35
Normtheoretische Anmerkungen zum Strafgrund der Teilnahme <i>Beatriz Corrêa Camargo</i>	49
Das strafrechtliche Milderungsgebot im Mehrebenensystem des Völker-, Europa- und des nationalen Rechts <i>Gerhard Dannecker</i>	67
El desistimiento de la tentativa desde la perspectiva analítica-teleológica <i>Alejandro David</i>	83
Contra a espuma dos dias: em torno do direito penal e dos direitos humanos fundamentais <i>José de Faria Costa</i>	95
Über den Einfluss der deutschen Straftatlehre in Kolumbien Zugleich eine Überlegung zum künstlichen Charakter des Rechts und zum ursprünglichen Sinn der Strafrechtsdogmatik <i>Orlando De-La-Vega</i>	107

Actio libera in se e actio libera in sua causa. Dificuldades de imputação extraordinária de segundo nível <i>Inês Fernandes Godinho</i>	119
La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo? <i>Percy García Caveró</i>	131
Subsumtionsautomat 2.0 Künstliche Intelligenz statt menschlicher Richter? <i>Sabine Gless/Wolfgang Woblers</i>	147
Autonome Kraftfahrzeuge und Kollisionslagen <i>Luís Greco</i>	167
Die objektive Zurechnung beim unechten Unterlassungsdelikt <i>Volker Haas</i>	177
Zur Krise der juristischen Grundlagenfächer – am Beispiel der Rechtsphilosophie <i>Eric Hilgendorf</i>	193
Strafrechtliche Notwehr nur gegen strafrechtswidrige Angriffe? <i>Andreas Hoyer</i>	205
Beurteilungsperspektiven, insbesondere bei Erfolgsprognosen <i>Günther Jakobs</i>	219
Jenseits des Schraubendreher-Handels – neutrale Beihilfe in Fällen des „richtigen Lebens“ <i>Hans Kudlich</i>	231
Erfolg und Handlung <i>Juan Pablo Mañalich R.</i>	245
Nulla poena sine iniuria: Überlegungen zu einem legitimen Strafrecht in einer rechtsstaatlich verfassten demokratischen Gesellschaft <i>Laura Mayer Lux</i>	263

Anmerkungen zur Theorie der Handlung im Straftatmodell Urs Kindhäusers <i>Reinhard Merkel</i>	275
Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt beim unechten Unterlassungsdelikt <i>Wolfgang Mitsch</i>	293
Expanded Criminal Law and Crisis of the Democratic Constitutional State <i>Esteban Mizrahi</i>	311
Drei Thesen zum Fahrlässigkeitsdelikt <i>Juan Pablo Montiel</i>	323
Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis <i>Ulfrid Neumann</i>	335
Vom Rechtsgut zur Freiheitsgestalt. Zur ontologischen Tiefenstruktur strafrechtlicher Grundkategorien <i>Michael Pawlik</i>	351
El resultado típico y su individualización en una relación causal Acerca de la “teoría del resultado en su concreta configuración” <i>Gabriel Pérez Barberá</i>	365
Akteurskausalität – Abschied von der Conditio-Formel <i>Joachim Renzikowski</i>	379
Verhaltensnormen <i>Ricardo Robles Planas</i>	393
Retterschäden als Fahrlässigkeitstaten des Gefahrverursachers – eine Bilanz <i>Claus Roxin</i>	407
Rechtsphilosophische Probleme des Verbotsirrtums <i>Frank Saliger</i>	425

Fahrlässigkeit als „subjektive Erkennbarkeit“ der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz <i>Kurt Schmoller</i>	441
Tödliche Sparmaßnahmen? Strafrechtliche Folgen patientenferner Entscheidungen <i>Jan C. Schuhr</i>	457
Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit <i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	475
Über Ausnahmen <i>Johannes Strangas</i>	487
Rechtsgefühl und Vorverschulden – Zur Bedeutung von Freiheitsintuition und Gerechtigkeitsgefühl für die Schuldformalisierung <i>Franz Streng</i>	501
Bedingter Tötungsvorsatz beim unbedingten Rasen? <i>Stephan Stübinger</i>	515
Zum ontologischen Status mentaler Zustände <i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i>	533
Untauglicher Versuch und Einheit des Systems <i>Friedrich Toepel</i>	549
Hilfspflichten aus rechtmäßigem Vorverhalten <i>Alex van Weezel</i>	561
„Das Christbrot“: Eine „entgleiste Giftmordfalle“ griechischer Art <i>Konstantinos Vathiotis</i>	573
Vorsatz und Kausalität <i>Petra Velten</i>	585

Notwehrexzess: von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive <i>Chen Xuan</i>	603
Intervención en el delito y conducta neutral <i>Guillermo J. Yacobucci</i>	615
Die Kausalität der Beihilfe als „Kausalität aus Freiheit“ <i>Rainer Zaczek</i>	629
<i>Strafrecht Besonderer Teil</i>	643
Die Zivilrechtsakzessorietät der Zueignung: Rückgabewille und Enteignungsvorsatz beim Diebstahl <i>Martin Böse</i>	645
Die nötigende Drohung bei den Sexualstraftaten: Ein mögliches Abgrenzungskriterium <i>Carlos M. González Guerra</i>	659
Die internationale Bewegung gegen Menschenhandel – einige kritische Überlegungen <i>Tatjana Hörnle</i>	673
Recht und Moral in der Dogmatik des deutschen Betrugsstrafrechts – Zugleich ein Beitrag zur freiheitsgesetzlichen Fundierung von Kriminalunrecht – <i>Michael Kablo</i>	687
Beteiligung an einer kriminellen/terroristischen Vereinigung und Beihilfe zu den aus dieser Organisation heraus begangenen Straftaten <i>Harro Otto</i>	709
Gesetzgebungskunst auf ihrem Zenit – §§ 113 ff. StGB <i>Hans-Ullrich Paeffgen</i>	723

Zu der Methode des Aufbaus des Vermögensbegriffs – Zugleich einige Überlegungen zu den Wechselwirkungen zwischen Vermögens- und Betrugsdogmatik in der Entwicklung des Vermögensbegriffs	751
<i>Nuria Pastor Muñoz</i>	
Objektive Zurechnung bei der Untreue	765
<i>Walter Perron</i>	
Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge und anderen schweren Folgen (§ 315d Abs. 5 StGB) – Ein Tatbestand mit beschränkter Reichweite	779
<i>Rudolf Rengier</i>	
Überlegungen zur sog. „psychischen Kausalität“ am Beispiel des Betruges	795
<i>Andrés Schlack</i>	
Das sog. Stealthing als Prüfstein des § 177 StGB n.F.	811
<i>Kay H. Schumann und Lukas Schefer</i>	
Wahlstrafrecht und soziale Medien Eine Betrachtung de lege lata wie de lege ferenda	827
<i>Brian Valerius</i>	
Autonomie als Grenze des strafrechtlichen Lebensschutzes	841
<i>Thomas Weigend</i>	

<i>Wirtschaftsstrafrecht</i>	857
Empresas criminales y autoría mediata <i>Dino Carlos Caro Coria</i>	859
La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU <i>Andy Carrión / Gustavo Urquiza</i>	877
Neues vom Marktmissbrauchsrecht – oder auch: Zum aktuellen Zustand des Strafrechts – <i>Roland Hefendehl</i>	895
Verbandsstrafe bei Auflösung, Umwandlung und <i>asset deal</i> Rechtsvergleichende Überlegungen <i>Héctor Hernández Basualto</i>	911
Unternehmensstrafrecht vs. Conspiracy? Alternative Strafverfolgungsmodelle im Wirtschaftsstrafrecht <i>Carsten Momsen / Sarah Lisa Washington</i>	923
Der GmbH-Alleingeschaftergeschäftsführer als Täter des § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB und Vorteilsadressat nach § 299 Abs. 2 Nr. 1 StGB <i>Uwe Murmann</i>	943
Kapitalbeteiligung von Heilberufsangehörigen an Unternehmen im Gesundheitssektor – strafbare Korruption? <i>Thomas Rönnaun und Kilian Wegner</i>	959

<i>Strafprozessrecht und Verfassungsrecht</i>	973
Die Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung im Rechtsvergleich <i>Karsten Altenhain</i>	975
Anmerkungen zu einem „Recht auf Vergessen(werden)“ <i>Jan C. Joerden</i>	989
Geschäftsverteilung nach Turnus in Wirtschaftsstrafverfahren gem. § 74c GVG? <i>Heiko Lesch</i>	1005
Strukturgarantien im Strafverfahren am Beispiel des Konfrontationsrechts Objektive Zurechnung im Strafprozess? <i>Bernd Müssig</i>	1029
Wenn Urteilsabsprachen zu Gefahrenquellen geraten – Zur Überwachung von Absprachen in Strafverfahren <i>Sabine Swoboda</i>	1049
Der Staatsanwalt als Richter oder warum § 265a Abs. 1 3. Variante StGB sofort abgeschafft werden sollte <i>Torsten Verrel</i>	1071
Schützende Formen? Das Rechtssubjekt und der Funktionswandel des Strafverfahrens <i>Benno Zabel</i>	1087
Autorenverzeichnis	1103

Grundlagen und Allgemeiner Teil des Strafrechts

Rechtsverbindlichkeit und Vertrauensschutz als wesentliche Merkmale des kommunikativen Verbrechensbegriffs

Nathalia Bautista Pizarro

Die Konstruktion einer Straftheorie auf der Basis eines kommunikativen Handlungsbegriffs muss unabdingbar den Begriff der Norm und ihr Verhältnis zu den Normadressaten mit einbeziehen. Die Norm wird demnach als Verhaltensmuster und dadurch auch als Mechanismus der Koordination der Freiheitssphären der Normadressaten angesehen. In Anbetracht dessen ist es Aufgabe des Strafrechts zu definieren, wie die Verhaltensweisen der Normadressaten zu *deuten* sind. Die strafrechtliche Relevanz einer Handlung kann dann nur als Sache des kommunikativen Sinnes des Verhaltens und eben nicht bloß als natürliches Verfahren determiniert werden. *Urs Kindhäuser* hat diesbezüglich argumentiert, dass der Ausgangspunkt der Strafrechtslehre eine „intentionale Handlung“ sei, d.h. die Handlung eines Subjekts, welches genügend Motivation zur Normbefolgung aufweisen soll, um die normgemäße Verhaltenserwartung erfüllen zu können.¹ Es gehe nicht bloß um ein „Ereignis“² sondern darum, sich nach strafrechtlich relevanten Gründen bzw. „mit Intentionen höherer Ordnung“ zu verhalten.³ Demnach sei die Straftat ein Interpretationskonstrukt, das durch präskriptive und askriptive Regeln konstituiert wird.⁴ Für den strafrechtlichen Vorwurf ist es ebenso wesentlich anzuerkennen, dass das Handeln als Gegenstand der Beherrschungsfähigkeiten des Subjekts

-
- 1 *Kindhäuser*, Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht, Baden-Baden, 1980 (zitiert als „Handlung“), S. 209 ff., 211 ff., 215 ff.; *ders.*, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main, 1989 (zitiert als „Gefährdung“), S. 39 ff. (40); *ders.*, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff, in: Paeffgen et. al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin, 2011 (zitiert als „FS Puppe“), S. 57 ff.
 - 2 *Kindhäuser*, in: FS Puppe, S. 57 ff. (58); *ders.*, Handlung, S. 153 ff. (159 ff.).
 - 3 *Kindhäuser*, in: FS Puppe, S. 54 ff., 57 ff.; *ders.*, Handlung, S. 153 ff., (159 ff.), 209 ff.; *ders.*, Gefährdung, S. 33 f.
 - 4 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 24; *ders.*, Handlung, S. 209 ff.; vgl. auch *ders.*, in: FS Puppe, S. 41 ff. (43).

eingeordnet werden kann (*ultra posse nemo obligatur*).⁵ So wird dabei von dem Normadressaten erwartet, sich „in bestimmtem Umfang die intellektuelle oder physische Fähigkeit zur Befolgung der Norm [zu sichern] bzw. [zu erwerben] oder Normen zur Kenntnis [zu nehmen].“⁶

Kindhäuser versteht den kommunikativen Charakter des strafrechtlichen Handelns auch unter dem Gesichtspunkt der Interaktion zwischen den Kosubjekten.⁷ Die strafrechtliche Relevanz des Handelns ergibt sich durch die Analyse der Verhaltenserwartungen, welche die Beziehung zwischen den Subjekten regulieren, und von deren Enttäuschungen, die für einen konkreten Tatbestand bedeutsam sind.⁸ Die Strafe soll im Fall einer Enttäuschung die Normgeltung schützen.⁹ Im Mittelpunkt dieses Ansatzes stehen die Begriffe der Rechtsverbindlichkeit und des Vertrauensschutzes, denn das Strafrecht hat die Aufgabe, „die Norm als die verbindliche Richtlinie des Handelns“ zu sichern.¹⁰ Die Straftat sei also eine Minderung des „Werts“ der Norm als „Orientierungsmuster“ bzw. als Enttäuschung des „Vertrauen[s] der Kosubjekte in die reziproke Anerkennung der Norm“.¹¹ In diesem Kontext befindet sich auch ein wesentlicher Legitimationsgrund des Strafrechts: Seine Existenz erklärt sich in der Funktion der Ermöglichung „eines nach rechtlichen Präferenzen geordneten Zusammenlebens“.¹² So wird dem Recht die Funktion zugewiesen, die „frei[e] persönlich[e] Entfaltung der einzelnen durch eine (gesicherte) faire Koordination ihrer Freiheitsphären“ zu ermöglichen.¹³

Das Ziel des hiesigen Beitrags besteht in der Erklärung der Bedeutung des „Vertrauensschutzes“ und der „Rechtsverbindlichkeit“ für die Konstruktion und Begründung einer normativen Strafrechtslehre. In diesem Zusammenhang wird versucht, zwei unterschiedliche normative Straftheorien durch die Analyse dieser zwei Begriffe zu vergleichen, nämlich den gesell-

5 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 48, 62 ff.; *ders.*, in: FS Puppe, S. 62 f.

6 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 39, 62 ff.

7 *Kindhäuser*, Handlung, S. 216: „Sinn entwickelt sich vielmehr im Rahmen menschlicher Kommunikation und Interaktion, im Rahmen der sprachlich gestalteten Intersubjektivität also.“; *ders.*, Gefährdung, S. 25. Es geht um eine „orientierte Theorie gerechter Normen“.

8 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 29 f.

9 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 30 f.

10 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 30.

11 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 30.

12 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 30.

13 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 26.

schaftstheoretischen kommunikativen Verbrechensbegriff¹⁴ sowie den kommunikativen Ansatz unseres Jubilars. Diese Arbeit ist ihm zum 70. Geburtstag mit allen guten Wünschen gewidmet.

I. Rechtsband und Personalität

Der Ausgangspunkt eines kommunikativen Ansatzes ist das Verständnis der sozialen Interaktion durch Verhaltenserwartungen.¹⁵ Dies ist vor allem für die Frage der Handlungszuschreibung bzw. der Zurechnung von großer Bedeutung. Gefragt wird, wie sich jeder Akteur in bestimmten Situationen verhalten soll, sodass man die Grenzen des erlaubten bzw. des unerlaubten Verhaltens ziehen kann.¹⁶ Der strafrechtliche Handlungsbegriff definiert sich also in einem normativen Sinne, nämlich durch die Anwendung eines normativen Deutungsschemas.¹⁷ So stellt sich hierbei die Frage, wie das unerlaubte Verhalten durch die Berücksichtigung von Verhaltenserwartungen definiert werden kann, oder – anders formuliert – warum die Normadressaten ihre Verhaltensweisen an normativen Verhaltenserwartungen anderer orientieren sollen. Die Antwort darauf könnte in der Frage nach der Konstitution des verbindlichen Charakters der Norm liegen.

14 Nach diesem Ansatz wird die Bedeutung des Verhaltens nach normativen Organisationsprinzipien der Gesellschaft definiert. *Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen Strafrechts“, *ZStW* 107 1995, 844 ff., 847 ff.; *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main, 2012 (zitiert als „System“), S. 17; *Müssig*, Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis – Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht, in: *Pawlik et al.* (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, Berlin, 2007 (zitiert als „FS Jakobs“), S. 408.

15 *Jakobs*, Normative Erwartungen, in: Dencker et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tolksdorf zum 65. Geburtstag, Köln, 2014 (zitiert als: „FS Tolksdorf“), S. 281 ff.; *Müssig*, FS Jakobs, S. 408 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 34 ff. (35), 39 ff.

16 *Jakobs*, System, 15 ff., 26 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 29 ff. (34), 34 ff.; *ders.*, Handlung, S. 211 ff., als Frage der „Handlungszuschreibung“; *ders.*, in: FS Puppe, S. 57 ff.

17 *Jakobs*, System, S. 22 f., 28 ff.; *Kindhäuser*, Handlung, S. 211 ff., als Frage der „Handlungszuschreibung“.

1. Person und Rechtsfähigkeit

Die Schaffung von Rechtsverbindlichkeit beginnt zunächst bei der Anerkennung des Normadressaten als Person.¹⁸ Dies ist gerade die Konstitution der formellen Bindung, welche die Forderung an Normbefolgung und somit den Schuldvorwurf ermöglicht. Das strafrechtliche Verhalten kann dadurch als Sache der Verwaltung der Freiheit einer selbstverantwortlichen Person definiert werden. Der Normadressat wird dabei als freies Subjekt anerkannt. Gleichzeitig wird ihm die primäre Verantwortung zugewiesen, seine Freiheit so zu gestalten, dass er die der anderen nicht verletzt. In diesem Sinne hat *Hegel* die Anerkennung der Person als konstitutives Moment der freiheitlichen Rechtsordnung angesehen: „sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“.¹⁹ Die Bindung erklärt sich durch die Anerkennung der Möglichkeit der freien Entfaltung der Person unter gleichzeitigem Respekt der Freiheit der anderen. Dies bedeutet, dass die Ausübung von Freiheit auch mit dem Erwerb von Rechten und Pflichten einhergeht. Die Personalität wird dadurch als normatives Konstrukt angesehen, welches die Verwirklichung der Freiheit in einem formellen Sinn ermöglicht. M.a.W.: In einer freiheitlichen Rechtsordnung soll jeder das Recht haben, sich selbst mittels seiner Personalität zu entfalten.²⁰ Jedes rechtlich relevante Verhalten setzt demzufolge Rechtsfähigkeit voraus.²¹

Durch die Anerkennung der Personalität wird ebenso ein interpersonales Rechtsverhältnis konstituiert und auf dieser Grundlage bildet sich das Band zwischen den Normadressaten.²² Gleichzeitig wird auch die grundlegende normative (Verhaltens-)Erwartung fundiert, dass die Person sich normgemäß verhalten wird.²³ Die Selbstverantwortung jedes Normadres-

18 *Bautista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht, Baden-Baden 2017 (zitiert als „Vertrauen“), S. 220 ff.; *Jakobs*, System, S. 15 ff.; *Müssig*, FS Jakobs, S. 407 f.; *Pawlik*, Unrecht, S. 137 ff.

19 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1821 (zitiert als „Grundlinien“), § 36; vgl. *Jakobs*, Zur Genese der Rechtsverbindlichkeit, in: Höver (Hrsg.), Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität, Hamburg, 1999, S. 32 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, Tübingen, 2012 (zitiert als „Unrecht“).

20 *Hegel*, Grundlinien, §§ 40 Anm., 209 Anm.

21 *Hegel*, Grundlinien, §§ 36, 238; *Jakobs*, Das Schuldprinzip, Opladen, 1993 (zitiert als „Schuldprinzip“), S. 27; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision, Berlin, 1999 (zitiert als „Verbrechensbegriff“), S. 87.

22 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 220 ff.

23 *Jakobs*, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingung der Normgeltung, ARSP Beiheft 74 2000, 57.

saten begründet also das Vertrauen auf das richtige Verhalten anderer.²⁴ Der Vertrauensschutz basiert auf der Geltung der primären Verantwortung, den anderen nicht zu verletzen.²⁵

In diesem Kontext könnte man *Kindhäusers* Verständnis des Handelnden als Subjekt anführen, das seine Welt im Sinne der Normanerkennung gestalten soll.²⁶ Er soll sich für die Normbefolgung genug *motivieren*, um seine „physische und intellektuelle Fähigkeiten“ so einzusetzen, dass er die „Kosubjekte“ nicht verletzt.²⁷ Der Normadressat soll demzufolge selbst für seine Normbefolgungsbereitschaft sorgen.²⁸ So zeigt sich auch, dass die Konstitution der Rechtsverbindlichkeit ein schuldfähiges Subjekt voraussetzt. Die sich daraus ergebende Verhaltenserwartung bezieht sich genau auf die Haltung, dass bei der Verwaltung der Freiheit ein Minimum an Vorsicht erforderlich ist.²⁹ Der Normadressat und gleichzeitig Vertrauensempfänger soll den normativen Sinn seines Verhaltens verstehen können.³⁰ Ein unzurechnungsfähiger Akteur kann demnach keiner Norm widersprechen, weil sie für ihn nicht verbindlich ist.³¹ Er kann also das Vertrauen gar nicht enttäuschen.³² Und auch von einem zurechnungsfähigen Akteur, der sich in einer Zwangslage befindet, kann nicht erwartet werden, dass er sich rechtstreu verhält. Nach dem Schuldprinzip wird dem Normadressaten von der Normativität gerade in diesen Fällen der Unzumutbarkeit zugebilligt, sich normwidrig zu verhalten.³³ So lässt sich hier zusammenfassend feststellen, dass die Annahme eines schuldfähigen Normadressaten der

24 *Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961 (zitiert als „FS Schmidt“), S. 390.

25 *Stratenwerth*, in: FS Schmidt, S. 391; *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 233 ff.

26 Vgl. *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 29 ff.

27 Vgl. *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 29 ff., 39 ff.: „Die Zurechnungsstandards der erwarteten Fähigkeiten“ „beziehen sich auf den Täter als ein durch normative Erwartungen definiertes Kosubjekt, -als Person“.

28 *Jakobs*, ARSP Beiheft 74 2000, S. 61.

29 *Kindhäuser*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA1994, 215 f.

30 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 32 f., 34 f.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 214; *Jakobs*, Schuldprinzip, S. 26.

31 *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 217; *Jakobs*, System, S. 20 ff., 24; *Paulik*, Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?, in: Danecker et. al. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln, 2007 (zitiert als „FS Otto“), S. 147.

32 *Jakobs*, Strafrecht AT, 17/1, 18/1; *Paulik*, FS Otto, S. 147.

33 *Jakobs*, System, S. 63 f.; *ders.* Schuldprinzip, S. 26 ff., 30 f.; *Paulik*, FS für Otto, S. 147; *Müssig*, MünchK, 2. Aufl., Bd. 1, § 35, Rn. 39 ff.; vgl. auch *Kindhäuser*, Ge-

Ausgangspunkt des kommunikativen Verbrechensbegriffs ist. Das Strafrecht bezieht sich m.a.W. auf Normenttäuschungen, die nur durch verantwortliche Normadressaten begangen werden können.

2. Persönliche Entfaltung und Vertrauensschutz

Die normtheoretische Ansicht wird ferner auf konstitutive Prinzipien der freiheitlichen Rechtsordnung begründet, indem die Funktion der Ermöglichung sozialer Interaktion der persönlichen Entfaltung, also der individuellen Freiheit dient. In diesem Zusammenhang ist ebenso der Vertrauensschutz als Mandat der freiheitlichen Rechtsordnung anzusehen. Denn auf der materiellen Seite der Personalität wird das Gebot begründet, eine stabile Atmosphäre für die Entfaltung der Person zu schaffen.³⁴ Es reicht dann nicht aus, die Freiheit auf eine formelle Weise anzuerkennen. Sie soll verwirklicht werden.³⁵ Mit dem Vertrauensschutz können die Mitglieder der Rechtsordnung von der Ausübung ständiger Kontrollen befreit werden. Dementsprechend ist Vertrauen, die Zukunft antizipieren zu können.³⁶

Die Normadressaten dürfen demnach auf das richtige Verhalten der anderen vertrauen und das Recht soll seinerseits die Rechtsnormen als geltende bzw. verbindliche Orientierungsmuster schützen.³⁷ Der Vertrauensschutz ermöglicht also ihre Interaktion mit anderen. Diese Funktion des Vertrauensschutzes ist für *Kindhäuser* offensichtlich. Das Strafrecht wird seiner Meinung nach in Funktion der persönlichen Entfaltung im Sinne

fährdung, S. 36: „Es sind also nicht die Verhaltensmuster der Normen auf Biegen und Brechen zu oktroyieren, sondern die Verhängung der Strafe hat die Motivation zu rechtmäßigem Verhalten nur in dem Maße zu sichern, wie dies vom Standpunkt des Rechts aus akzeptabel ist: Von einem Subjekt ist in einer Interaktionsordnung (prinzipiell) nicht mehr zu verlangen, als zur effektiven Verwirklichung des rechtlichen Regelsystems erforderlich und ein beliebiges Subjekt zu leisten bereit wäre“.

34 Pawlik, Unrecht, S. 105.

35 Pawlik Unrecht, S. 104 f.; Kersting, Die Politische Philosophie der Neuzeit, in: Kersting (Hrsg.), Thomas Hobbes Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates, Berlin, 1996, S. 128 f.

36 Luhmann, Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, Stuttgart 1968, S. 10; Amelung, Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen, in: Arnold et. al. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München, 2005, S. 7 ff. (8).

37 Jakobs Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Berlin, 2008 (zitiert als „Norm“) S. 113 f.; ders., Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, Paderborn 2012 (zitiert als „Rechtsgüterschutz“) S. 19 ff.;

der „fairen Koordination der Freiheitsphären“³⁸ konzipiert und das durch die Straftat enttäuschte Vertrauen an die Normanerkennung mit der Verhängung der Strafe geschützt.³⁹

3. Handlungszuschreibung und Verhaltenserwartungen

Die Handlungszuschreibung soll sich ebenso in diesem freiheitlichen Sinne definieren. Die Überschreitung der Grenzen des erlaubten Verhaltens ist demzufolge als Sache der Überschreitung des individuellen freien Handlungsspielraums in sozialer Interaktion anzusehen. Als Verdeutlichung kann folgendes Beispiel dienen: Ob ein Autofahrer einen Fußgänger im Sinne des Tatbestandes der Körperverletzung schädigt, wenn er die Fahrbahn betritt, hängt davon ab, wie die Verhaltenserwartungen in dieser konkreten Situation des Verkehrs – genauer: nach der geltenden Verantwortungsverteilung zwischen den Verkehrsteilnehmern – definiert werden.⁴⁰ Die Antwort variiert je nach Anwendung der Freiheitssphäre in der konkreten Situation, die ihrerseits der Funktion der sozialen Interaktion im Verkehr gegenübersteht. So kommt es darauf an, ob der Fußgänger ein Kind oder ein Erwachsener war oder ob der Fahrer den Unfall mit einer Bremsung doch noch hätte verhindern können, was das Vertrauen seitens des Fußgängers aufrechterhalten könnte. Ein Normwiderspruch ist demnach die Enttäuschung einer normativen Verhaltenserwartung, die im Handlungskontext und im Hinblick auf das Prinzip der „fairen Koordination der Freiheitsphären“ bestimmt werden muss.⁴¹ Das Strafrecht reagiert also nicht auf eine Rechtsgutsverletzung. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, die Geltung normativer Verhaltenserwartungen zu schützen.⁴²

38 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 26.

39 *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 30.

40 *Bautista Pizarro*, Vertrauen, S. 252 ff.

41 Vgl. dazu *Rezinkowski*, StV 2009, 443 (444).

42 *Jakobs* Norm, S. 50 ff., *ders.* Rechtsgüterschutz?, S. 19 ff.; dadurch wird das naturalistisch fundierte „Rechtsgüterschutzdogma“ überwunden. Siehe dazu *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 228 ff.

II. Rechtsverbindlichkeit durch Kommunikation

1. Normen als Teil des sittlichen Lebens

Bisher wurden die Leistungen der Begriffe der Rechtsverbindlichkeit und des Vertrauensschutzes bei der Anerkennung der Personalität in der freiheitlichen Rechtsordnung für die Konzipierung eines kommunikativen Verbrechensbegriffs dargestellt. Im Anschluss soll noch dargelegt werden, wie der Inhalt der Verhaltenserwartungen bestimmt wird, welche die Interaktion in unterschiedlichen sozialen Bereichen regulieren und die als solche der Konstruktion des Deutungsschemas der Handlungszuschreibung dienen. Hierbei wird ein weiterer Legitimationsgrund für die normtheoretische Strafrechtslehre anerkannt, der sich wiederum im Begriff der Rechtsverbindlichkeit widerspiegelt. Genauer gesagt, geht es darum zu erkennen, dass die Normen Teil des sittlichen Lebens und dadurch des Normadressaten selbst sind. Die Motivation, diese zu respektieren, wird durch institutionelle Prozesse in der Gesellschaft gesichert. Die Norm weist Wirklichkeit in der Kommunikation auf, indem sie die Positivierung gesellschaftlicher Verhaltenserwartungen – d.h.: stabiler Erwartungsstrukturen – repräsentiert.⁴³ Deren Inhalt kann nicht durch die Ausübung von Zwang⁴⁴ oder durch die Berufung auf die Existenz einer Autorität oktroyiert werden.⁴⁵ Sie sind ebenso wenig ein bloßes intellektuelles Konstrukt. Die Normen

43 *Jakobs*, in: Höver (Hrsg.), S. 36 ff.; *ders.*, ARSP Beiheft 74 2000, 58; *ders.*, FS Tolksdorf, S. 281; *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1. Aufl., Frankfurt am Main, 1981, (zitiert als „Ausdifferenzierung“), S. 118 f.; *Müssig*, FS für *Jakobs*, S. 405 ff.; *Lesch*, Verbrechensbegriff, S. 184 ff.; zum positiven Charakter des Rechts siehe *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., München, 2010, § 3, Rn. 9.

44 *Jakobs*, in: Höver (Hrsg.), S. 30 ff. (35 f.); *Pawlik*, Kants Volk von Teufeln und sein Staat, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 2006, 287 ff. (288 f.).

45 *Austin*, Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law, 5. Aufl., London, 1885, S. 96: „the term of *superiority* signifies *might*: the power of affecting others with evil or pain, and to forcing them, through fear of that evil, to fashion their conducts to one’s wishes“; vgl. *Kersting*, Rechtsverbindlichkeit, Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes. Bemerkungen anlässlich der zugleich naturrechtlichen und modernitätseuphorischen Hobbes-Interpretation von Norbert *Campagna*, ARSP 84 1998, 368 f.

haben einen „Daseinsgrund“⁴⁶ und stellen stabile Verhaltenserwartungen dar, d.h., sie leiten die Kommunikation zwischen den Normadressaten.⁴⁷

Dieses Normverständnis steht seinerseits auch in Übereinstimmung mit den Prinzipien der freiheitlichen Rechtsordnung. Eine Rechtsordnung, die auf der gesellschaftlichen Praxis aufbaut, braucht keine motivationale Basis zur Normbefolgung bei den Normadressaten durch den Einsatz von Autorität zu schaffen.⁴⁸ Die Rechtsordnung soll ein Mittel zur persönlichen Entfaltung sein – genauer: die Verwirklichung der individuellen Freiheit bzw. eigenen Interessen ermöglichen.⁴⁹ Der Normadressat soll sich selbst in der Normativität anerkennen können.⁵⁰ Die Norm soll ihm eigen sein.⁵¹

2. Norm als stabilisierte Verhaltenserwartung

Aus einer normtheoretischen Sicht versteht sich die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen grundsätzlich durch die Feststellung der Trennung zwischen normativen und kognitiven Erwartungsstrukturen.⁵² Kognitive Erwartungen sind solche, die im Fall einer Enttäuschung „an die Wirklichkeit angepasst werden“⁵³ An den normativen Erwartungen wird demgegenüber trotz der Enttäuschung – d.h. kontrafaktisch – festgehalten.⁵⁴ Die Normen sind dann normative Erwartungen.⁵⁵ Das Recht differenziert die

46 *Durkheim*, Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 1400, Frankfurt am Main, 1991, S. 264.

47 *Müssig*, Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht – Zu Ansätzen einer Systematisierung, in: Rogal et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004 (zitiert als „FS Rudolphi“), S. 167.

48 *Pawlik*, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 2006, 279 ff.

49 *Pawlik*, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 2006, 287 ff. (288 f.).

50 *Pawlik*, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 2006, 280, 290; *ders.*, in: FS für Rudolphi, S. 222 f., 222.

51 Vgl. dazu *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie. Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1967, S. 94.

52 *Luhmann*, Ausdifferenzierung, S. 118 f.; *ders.*, Normen in soziologischer Perspektive, Soziale Welt XX/1969, 36.

53 *Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Wiesbaden, 2008 (zitiert als „Rechtssoziologie“), S. 42.

54 *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 42 f.; *ders.*, Ausdifferenzierung, S. 117 f.

55 *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 43.

Deutung des Verhaltens in *Sinn* oder *Natur*.⁵⁶ Wie bereits oben erläutert, kann man von einem schuldfähigen Normadressaten grundsätzlich erwarten, dass er sein Verhalten normgemäß ausrichtet. Von einem nicht schuldfähigen Subjekt kann man im Gegenteil nicht erwarten, dass er sich dafür motivieren kann, die Norm zu respektieren. Im Allgemeinen kann man aber auch die Grenzen zwischen normativen und kognitiven Verhaltenserwartungen gegenüber der Normadressaten als Prozess der „Zuständigkeitsverteilung“ in der Gesellschaft gegenüber der Verwaltung der Risiken bezeichnen.⁵⁷ Die Gesellschaft entscheidet durch einen Prozess der Ausdifferenzierung sozialer Bereiche, welche Verhaltenserwartungen stabil sind, sodass sie als gültige Verhaltensmuster angenommen werden können.⁵⁸ So lassen sich Verhaltenserwartungen in den unterschiedlichen Formen der gesellschaftlichen Zuständigkeitsverteilung bzw. in den darin bestehenden sozialen Rollen ausmachen. Für einen kommunikativen Verbrechensbegriff stellen diese stabilisierten Verhaltenserwartungen die Materie der Rekonstruktion des Deutungsschemas des Verhaltens dar – genauer: sie determinieren, wie die Risiken gegenüber der Freiheit anderer vom Standpunkt der jeweiligen Rolle verwaltet werden sollen. Was z.B. von einem „Arzt“ oder von einem „Produkthersteller“ oder von einem „Produktverbraucher“, von einem „Autofahrer“ usw. erwartet werden kann, lässt sich nur in Hinblick auf den ausdifferenzierten Interaktionsbereich determinieren. Die Festlegung des unerlaubten Verhaltens in der Strafrechtslehre kann infolgedessen die Entwicklung der Normativität in der gesellschaftlichen Praxis⁵⁹ nicht unbeachtet lassen.

III. Herausforderungen bei der Handlungszuschreibung

1. Vermittelte Subjektivität

Die Konstruktion der Strafrechtslehre auf der Basis des kommunikativen Charakters der Norm beinhaltet allerdings gewisse theoretische Herausfor-

56 *Jakobs*, ZStW 107 1995, 863 ff.; *ders.*, System, S. 20 ff. (24); vgl. auch *Luhmann*, Soziale Welt XX/1969, 36.

57 Siehe dazu *Jakobs*, in: FS Tolksdorf, S. 283.

58 Und dies als Resultat eines Lernprozesses durch Wirklichkeitsanpassung. *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 44; *ders.*, Ausdifferenzierung, S. 114 ff., (S. 116); *ders.*, Soziale Welt XX/1969, 36 ff.

59 *Müssig*, in: FS *Jakobs*, S. 405 ff. (S. 410); vgl. auch *Jakobs*, Norm, S. 51 f., 55 f., S. 52; *ders.* in: Höver (Hrsg.), S. 36 ff.

derungen. Die Interpretation der Bedeutung des Verhaltens soll einerseits die Stellung eines konkreten Subjekts in Anspruch nehmen. Andererseits soll sie den normativen Sinn seines Handelns durch die Anwendung objektiver Deutungskriterien bestimmen, die sich aus dem allgemeinen Koordinationsinteresse der Freiheiten herleiten. Die theoretische Herausforderung besteht gerade in der Vermittlung der Subjektivität in einem normativen Kontext.⁶⁰ Diese Frage entspricht der theoretischen Evolution der Strafrechtslehre, die zur Überwindung des Kausaldogmas angehalten ist und die den Kernpunkt des strafrechtlichen Handlungsbegriffs bildet.⁶¹ Die genaue Frage lautet, inwieweit ein in einem naturalistischen Sinne schädigender Kausalverlauf dem Handelnden zugerechnet werden kann. Geht man also von einem normativen Ansatz aus, so muss man die Zurechnung auf den Widerspruch gegen eine Verhaltensnorm fokussieren. Nach dem hier angedeuteten Verständnis muss dieser Widerspruch durch die Berücksichtigung normativer Prinzipien einer freiheitlichen Rechtsordnung definiert werden. Das Verhalten wird durch stabilisierte Verhaltenserwartungen so ausgerichtet, dass der eigene freie Handlungsspielraum dadurch respektiert wird. Dies bedeutet, dass die Forderung von Sorgfaltspflichten die Begründung bestimmter Zuständigkeiten braucht. Denn in einer freiheitlichen Rechtsordnung kann „nicht jeden alles angehen“, es besteht keine allgemeine Zuständigkeit für die Vermeidung jedes vorhersehbaren schädigenden Erfolges.⁶² Wie oben gezeigt, braucht die persönliche Entfaltung unbedingt ein Minimum an Ausrichtung des Verhaltens, um die Zukunft antizipieren zu können. Die Ermöglichung sozialer Interaktion als Basis jeder freiheitlichen Rechtsordnung führt also dazu, das Verhalten im Sinne der konstitutiven Organisationsprinzipien der Gesellschaft bzw. Zuständigkeiten⁶³ zu deuten. Versucht man im Gegensatz dazu, eine Verhaltensnorm bloß auf der individuellen Konstitution des Subjekts zu begründen, so widerspricht man ferner dem Ausgangspunkt des normativen theoretischen Ansatzes: Das Verhalten kann nur durch ein objektives Deutungsschema interpretiert werden.⁶⁴

60 Vgl. *Jakobs*, in: ZStW 107 1995, S. 849 ff.

61 Vgl. *Voßgätter genannt Niemann*, Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung, Frankfurt am Main, 2004, S. 141 ff.

62 *Lesch*, Strafbare Beteiligung durch „berufstypisches“ Verhalten?, JA 2001, 989 ff.; *Jakobs*, System, S. 26 ff. (27).

63 *Müssig*, in: FS Rudolphi, S. 170 ff.; *ders.*, in: FS Jakobs S. 408 f.; *Jakobs*, System, S. 26 ff. (27).

64 *Jakobs*, ZStW 107 1995, 849 ff. (852); *ders.*, System, S. 20, 22 f., 32 ff. (34).

2. Verhaltenssemantik und Handlungszuschreibung

Die Erfüllung solcher theoretischen Prämisse wird jedoch bei einigen bekannten Konstellationsfällen erschwert. Genau darum geht es bei der Diskussion des Regressverbots. Wie kann man etwa den Messerverkäufer für die Tötung eines Dritten durch den Käufer verantwortlich machen, wenn er den deliktischen Plan kennt? Ein Teil der Literatur hat versucht, solche Fälle auf der Grundlage des Vertrauensgrundsatzes in dem Sinne zu lösen, dass man sich bloß beim eindeutigen Vertrauensbruch durch den Anderen – d.h.: im Fall der Entdeckung der zeitnah durchzuführenden Straftat – auf die Vermeidung des Delikts einstellen soll.⁶⁵ Die Verantwortung für deliktisches oder fehlerhaftes Fremdverhalten lässt sich jedoch dadurch nicht generell erklären. Aus der Konstitution des interpersonalen Verhältnisses, das sich aus der Anerkennung der Personalität herleitet, lässt sich die Verantwortung für fremdes deliktisches Verhalten nur sekundär belegen.⁶⁶ Dies bedeutet m.a.W., dass die *kognitiv* festgelegte Enttäuschung einer normativen Verhaltenserwartung alleine nicht die Verantwortung für die daraus schädigenden Folgen begründen kann. Daraus folgt, dass die Verantwortung für das deliktische Verhalten anderer auf einer normativen Ebene fundiert werden muss. So kann man das unerlaubte Verhalten nicht allein aufgrund des Faktums des Wissens definieren.⁶⁷ Die Rechtspflicht, sich nach den individuellen physischen und intellektuellen Fähigkeiten auf die

65 Insbesondere durch die Unterscheidung zwischen dem *dolus directus* und *dolus eventualis*. Roxin, Was ist Beihilfe?, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden, 1995, S. 516; Puppe, NK, 4. Aufl., Bd. 1, Vor §§ 13, Rn. 170; Amelung, Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatsbestands, in: Samson et al. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 22 ff.; Otto, Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens, JZ 9 2001, 436 ff. (441 ff.); Ransiek, Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht. Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele, Wistra 1997, 44 ff.

66 Stratenwerth, in: FS für Schmidt, S. 390 ff. (390); Bautista Pizarro, Vertrauen, S. 233 ff.; Freund, Garantenpflicht bei arbeitsteiliger Beseitigung einer Gefahrenquelle- Wuppertaler Schwebebahn, NStZ 2002, 421 (424 f); ders., Erfolgsdelikt und Unterlassen, Berlin, 1992, S. 187 ff. (189 ff.); Renzikowski, Strafrechtliche Haftung bei Arbeitsteilung am Bau, StV 2009, 443 (446).

67 Kindhäuser, Zum Begriff der Beihilfe, in: Danecker et. al. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 359 f.: „die Verbotsmaterie soll nach objektiven Kriterien bestimmt werden“. Dadurch wird klar, „unter welchen objektiven Voraussetzungen ein Verhalten als verbotene Beihilfe anzusehen ist“ (S. 360); Lesch, JA 2001, 988 f.; ders., Beihilfe durch „rollenadäquates Verhalten?“, in: Lüderssen et al. (Hrsgs.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag, Ba-

Vermeidung schädigender Folgen einzustellen, braucht dann normative Konturen, will das Recht die soziale Interaktion ermöglichen. Der Fall der Begründung der Verantwortung für die Teilnahme an der Durchführung fremden Unrechts, insbesondere bei den sog. Alltagshandlungen, muss demnach nach spezifischen Regeln behandelt werden, aus denen man klare (normative) Kriterien zur Deutung der Semantik des Verhaltens im konkreten Handlungskontext ersehen kann.⁶⁸

Demnach besteht die Überschreitung des Regressverbots dann, wenn das Verhalten des Außenstehenden eindeutig nicht mehr nach seinem üblichen legalen Sinn, sondern gerade als Ermöglichung einer fremden Straftat zu interpretieren ist.⁶⁹ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Messerverkäufer sieht, dass der Käufer sich in dem Laden bereits mit einem anderen prügelt und nun das Messer verlangt.⁷⁰ Die Beteiligung erklärt sich also daraus, dass jeder einzelne Beitrag darauf abzielt, „zu einer deliktischen Ausführung fortgeführt zu werden“.⁷¹ Die normative Strafrechtstheorie, die auf gesellschaftstheoretischen Prinzipien fundiert ist, findet ferner bei dem kommunikativen Ausgangspunkt der sprachphilosophisch strukturierten Strafrechtslehre eine weitere wesentliche Erklärung: Der Außenstehende, der nicht mit dem Täter handelt, jedoch etwas zu der zukünftigen Straftat beiträgt, kann als Teilnehmer erst im Sinne einer „Obliegenheitsverletzung“ bezeichnet werden.⁷² Sein Verhalten soll die Bedeutung der Beteiligung erlangen, was von der Ausführung des Unrechts durch den Täter abhängt.⁷³

den Baden 2014, S. 457 ff.; *Caro John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, Baden-Baden, 2007, S. 35 ff.; *Jakobs*, System, S. 80 ff.

68 *Jakobs*, Beteiligung, in: Dölling (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003 (zitiert als „FS Lampe“), S. 566.

69 *Jakobs*, FS Lampe, S. 566.

70 *Jakobs*, FS Lampe, S. 566.

71 *Jakobs*, Natürlicher Zusammenhang versus gesellschaftliche Bedeutung. Zur Kausalität der Beihilfe, Steinberg (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Rüping zum 65. Geburtstag, München 2008 (zitiert als „FS für Rüping“), S. 26.

72 *Jakobs*, System, S. 77 ff. (81); *ders.*, Theorie der Beteiligung, Tübingen, 2014, S. 31 f.; vgl. dazu *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Auflage, Berlin/New York 1988, S. 415 ff. (S. 416).

73 *Jakobs*, in: FS Rüping, S. 20, Fn. 26; vgl. dazu *Kindhäuser*, in: FS Otto, S. 360 f.

IV. Schlussfolgerung

In diesen kurzen Zeilen wurde gezeigt, wie man gemeinsame Anhaltspunkte zwischen zwei unterschiedlich fundierten normativen Strafrechtslehren durch die Begriffe der Rechtsverbindlichkeit und des Vertrauensschutzes finden kann. Der Normativismus in der Strafrechtslehre nimmt unweigerlich die wesentlichen Grundzüge der Normtheorie in Anspruch. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, dass das daraus entwickelte Modell die Frage seiner Legitimation in einer freiheitlichen Rechtsordnung mitberücksichtigen muss.

Wert und Tatsache

Sprachanalytische Anmerkungen zu normativen Tatbestandsmerkmalen

Javier Contesse Singh

1. Semantik und Pragmatik bei normativen Tatbestandsmerkmalen

In seinem 1984 erschienenen Aufsatz „Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale“ stellt *Urs Kindhäuser* folgende drei Thesen auf:

(i) die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen hat ihre Berechtigung; (ii) diese Unterscheidung kann zwanglos getroffen werden und (iii) die Feststellung deskriptiver und normativer Tatbestandsmerkmale kann weitgehend nach demselben Schema verifiziert werden.¹

Diese Thesen werden in der strafrechtlichen Dogmatik nicht selten abgelehnt. So verweist *Wolf* mit Blick auf den angeblich fehlenden „theoretischen Wert“ der Scheidung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit auf die „Wertgetränktheit aller Tatbestandsmerkmale“². Verbreiteter ist die Meinung, wonach sich die Unterscheidung trotz ihrer theoretischen Plausibilität nur schwer treffen lasse.³ Und schließlich sind viele Autoren der Meinung, dass ein einheitliches Modell für die Anwendung deskriptiver und normativer Tatbestandsmerkmale nicht denkbar ist.⁴

1 *Kindhäuser*, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984, 466. Zur Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen, *Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin, 1958, 23 ff.; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Tübingen, 1983, S. 67 ff.

2 *Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Breslau, 1931, S. 59.

3 Siehe nur *Jakobs*, AT, 2. Aufl., Berlin, 1991, § 8 Rn. 52.

4 *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen, 1926, S. 5 ff.; jüngst *Puppe*, Wertung und Begründung in der Rechtsanwendung, in *Saliger* (Hrsg.): Festschrift für Neumann, Heidelberg, 2017, S. 323 ff., S. 332 (zitiert als: *Puppe*, in: FS-Neumann); *dies.*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl., Göttingen, 2014, S. 39 ff., S. 100 ff. (zitiert als: *Puppe*, Kleine Schule); *dies.*, Beweisen oder Bewerten, ZIS 2/2014, S. 66 ff.; *dies.*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrt-

In der Tat könnte man sich fragen, ob sich der Widerspruch zwischen diesen Meinungen und *Kindhäusers* nicht auf einer metasprachlichen Ebene auflösen ließe. Das wäre der Fall, wenn sich die Auseinandersetzung auf ein (bloßes) Definitionsproblem reduzieren ließe. Das heißt: Wenn das, was *Kindhäuser* unter „normativen Tatbestandsmerkmalen“ versteht, sich von dem unterscheidet, was die erstgenannten Autoren unter demselben Ausdruck verstehen, so wären die *sub specie* normative Tatbestandsmerkmale erfassten bzw. nicht erfassten Begriffe in beiden Fällen verschieden und die Kontroverse ein bloßes Scheinproblem.⁵ Genau das könnte in der aktuellen Diskussion um die normativen Tatbestandsmerkmale eintreten. Beispielsweise charakterisiert *Puppe* diejenigen Tatbestandsmerkmale, die sie als „bewertende“ bzw. „normative Begriffe“ bezeichnet, gemäß einem *pragmatischen* Kriterium als solche, die „eine Norm [implizieren], nach der ein Sachverhalt als richtig oder falsch beurteilt wird“.⁶ Dagegen begreift die herrschende Meinung die Unterscheidung *epistemisch*: Normative Tatbestandsmerkmale seien solche, deren Anwendung nicht durch bloße sinnliche Wahrnehmung, sondern erst durch einen Denkprozess erfolgen könne.⁷

Kindhäusers Auffassung stellt eine dritte Variante dar. Ihm zufolge beruhe die Unterscheidung auf der *semantischen* Differenzierung zwischen „natürlichen“ und „konventionellen Eigenschaften“, woraus die *ontologische* Unterscheidung zwischen „rohen“ und „behandelten (bzw. institutionellen) Tatsachen“ folge.⁸ Normative Tatbestandsmerkmale seien solche, die konventionelle Eigenschaften bezeichnen. Ebenso stellen Aussagen, durch

tum, GA 1990, 145 ff.; Haas, Methodische, rechtstheoretische und materiell-rechtliche Anmerkungen zum normativen bzw. unbestimmten Rechtsbegriff, in *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Ferrel/Zaczyk* (Hrsg.): Festschrift für Puppe, Berlin, 2011, S. 93 ff. (zitiert als: Haas, in: FS-Puppe).

5 Zu solchen „Pseudoproblemen“ in der Jurisprudenz, *Dworkin*, *Law's Empire*, Cambridge, 1986, S. 41 ff.

6 *Puppe*, *Kleine Schule*, S. 40: „Was die normativen Rechtsbegriffe von den deskriptiven unterscheidet ist dies: Sie implizieren eine Norm, nach der ein Sachverhalt als richtig oder falsch beurteilt wird.“

7 Das *locus classicus* stellt *M. E. Mayer*, *Lehrbuch*, Heidelberg, 1915, S. 182 ff. dar. Ein deutlicher Überblick findet sich in *Kunert*, *Die normativen Merkmale*, 23 S. ff. Kritisch zum erkenntnistheoretischen Kriterium, *Kindhäuser*, *Jura* 1984, 466 f.

8 *Kindhäuser*, *Jura* 1984, 467 f., 469 f. Zur Unterscheidung zwischen natürlichen und institutionellen Tatsachen, grundlegend *Searle*, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, Berlin, 2011, S. 37 ff., 40 ff.; *ders.* *Making the Social World*, Oxford, 2010, S. 90 ff., 123 ff.

die normative Tatbestandsmerkmale angewendet werden, behandelte bzw. institutionelle Tatsachen fest.⁹

Dies spricht dafür, die Analyse normativer Tatbestandsmerkmale so vorzunehmen, dass die verschiedenen Meinungen miteinander kommensurabel sind. Demzufolge ist es also nicht von theoretischem Wert festzulegen, ob bestimmte Begriffe – etwa „fremd“, „pornographisch“, „verwerflich“, „gut“ u.a. – als deskriptive oder normative Tatbestandsmerkmale einzuordnen sind, sondern vielmehr zu bestimmen, nach welchem Kriterium die Unterscheidung getroffen werden soll. Da aber der Begriff der normativen Tatbestandsmerkmale nicht eindeutig ist, erscheint es sinnvoll, den Fokus auf diejenigen Begriffe zu richten, die trotz der Uneinigkeit über das Unterscheidungskriterium von den meisten Autoren als normative Tatbestandsmerkmale gekennzeichnet werden. Die Rede ist hier von den sog. „ethischen Begriffen“, das heißt: diejenigen Begriffe, deren assertorische Verwendung sich ohne Zweifel als wertende bzw. evaluative Sprache verstehen lässt.¹⁰

Im Folgenden wird die These vertreten, dass auch bei jenen Begriffen die Feststellung normativer Tatbestandsmerkmale nach demselben Schema wie bei deskriptiven Merkmalen verifiziert werden kann, und zwar, weil es keinen Grund dafür gibt, die Möglichkeit, dass sich das einschlägige Werturteil als wahr (oder unwahr) erweist, von vornherein zu verneinen.

2. Die logische Stelle der Tatsachen bei Werturteilen

Die Überzeugung, dass Tatsachenbehauptungen und Werturteile streng voneinander zu unterscheiden sind, ist zum Gemeinplatz in der strafrechtlichen Dogmatik geworden. Während Tatsachenbehauptungen wahr oder falsch sind, liegen Werturteile außerhalb der Sprache der Wahrheit. Sie

9 *Kindhäuser* unterscheidet zwischen einerseits *deskriptiven* und *normativen* und andererseits *beschreibenden* und *wertenden* Merkmalen. Die letzte Unterscheidung ist pragmatischen Charakters. Daher könnten deskriptive und normative Merkmale sowohl beschreibend als auch bewertend gebraucht werden: Beschreibungen hätten die Funktion, plastische Bilder zu vermitteln, während Wertungen aus Vergleichen und Graduierungen resultieren. *Kindhäuser*, Jura 1984, 474. Im Folgenden werden aber beide Begriffe in diesem Sinne nicht verwendet.

10 Darunter zählt man nicht nur „gut“, „schlecht“ und deren Steigerungsformen (sog. „dünne ethische Begriffe“), sondern auch Begriffe wie „unhöflich“, „grausam“, „rücksichtslos“ oder „pornographisch“ (sog. „dicke ethische Begriffe“). Hierzu *Putnam*, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy*, Cambridge, 2002, S. 34 ff., m.w.N. (zitiert als: *Putnam*, *Collapse*); siehe auch *Puppe*, FS-Neumann, S. 329 ff.

bringen vielmehr persönliche Stellungnahmen zum Ausdruck, die sich, auch wenn sie keine bloßen Gefühlsäußerungen darstellen, nicht als wahrheitsgemäß verifizieren lassen.¹¹

In einer Reihe von Schriften hat *Puppe* eine besonders entschiedene Version dieses Verständnisses der Beziehung zwischen Tatsachen und Werten vertreten.¹² Im Vergleich zu den herkömmlichen Auffassungen versucht *Puppe* dennoch, nicht nur Tatsachenfeststellungen von Werturteilen deutlich zu trennen, sondern auch – und noch wichtiger – den *logischen Zusammenhang* zwischen beiden zu verdeutlichen. Obwohl Werturteile nach *Puppe* weder wahr noch falsch seien, hänge ihr Sinn und ihre Begründung von den Tatsachen ab, auf denen sie beruhen. Die Art dieser Abhängigkeit weise jedoch eine besondere Eigenschaft auf: Im Gegensatz zu Tatsachenbehauptungen, welche durch weitere – mit diesen Behauptungen logisch nicht verknüpften – Tatsachen (sog. „Indiztatsachen“¹³) bewiesen werden, würden Werturteile mit den als deren Basis fungierenden Tatsachen dergestalt in Zusammenhang stehen, dass diese Tatsachen „integraler Bestandteil der Bedeutung der wertenden Aussage“ darstellten.¹⁴ Unter Verweis auf *Hares* berühmte Erklärung des Worts „gut“ ist *Puppe* der Meinung, dass eine wertende Aussage wie „dies ist ein gutes Auto“ unverständlich ist, solange man nicht weiß, auf welche Sorte von Autos (auf welche Tatsachen) sich die Aussage bezieht.¹⁵

Puppes Rekurs auf *Hares* Lehre ist dennoch irreführend. Nach *Hare* lässt sich die Bedeutung des Begriffs „gut“ allein durch die Bestimmung seiner Anwendungskriterien nicht erklären.¹⁶ Während man die Bedeutung von „grün“ durch die iterative Andeutung von Fällen für die Verwendung des Worts erklären könne, sei die Beherrschung der Anwendungskriterien des Worts „gut“ nicht ausreichend für das Begreifen dessen, was mit der Verwendung des Worts in einem bestimmten Satz gemeint ist. Hieraus zieht *Hare* aber den Schluss, dass es bei der Bezeichnung „gut“ vielmehr eine *Kluft* zwischen Bedeutung und Anwendungskriterien gebe, insbesondere zwischen dem, was man mit „gut“ meint, und den Umständen, unter de-

11 *Engisch*, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: *Engisch* (Hrsg.), Festschrift für Mezger, München, 1954, S. 127 f.; *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, Tübingen, 1998, S. 22. Siehe auch *supra* Fn. 4.

12 Siehe *Puppes* Schriften *supra* Fn. 4.

13 *Puppe*, ZIS 2/2014, 66; *dies*, *Puppe*, FS-Neumann, S. 325.

14 *Puppe*, ZIS 2/2014, 66.

15 *Puppe*, ZIS 2/2014, 67.

16 *Hare*, *The Language of Morals*, Oxford, 1960, § 6, S. 94 ff. (zitiert als: *Hare*, *Language*).

nen man das Wort „gut“ anwendet.¹⁷ Dies ist aber nicht die Art von Zusammenhang zwischen Werturteilen und Tatsachen, die *Puppe* meint. Wer aus einer Menge Strafrechtsklausuren diejenige auswählt, die mit der schlechtesten Note bewertet worden ist, und sagt „dies ist eine gute Klausur“, bringt damit zur Sprache, dass er die Kriterien, mit denen akademische Gemeinschaften die Leistungen der Studierenden im Rahmen einer Klausur bewerten – die einschlägigen Anwendungskriterien – nicht kennt; nicht aber (unbedingt), dass er den Begriff „gut“ nicht versteht. Sofern es unter den gegebenen Umständen deutlich ist, dass die ausgewählte Klausur etwa als Vorbild dessen betrachtet wird, was man tun sollte, wenn man eine Klausur schreibt, wird auch deutlich, dass der Fehler ein Missverständnis bezüglich der Anwendungskriterien und nicht der Bedeutung von „gut“ ist.¹⁸

Daraus ergibt sich nicht, dass Tatsachen, die Werturteile tragen, mit den sog. „Indiztatsachen“ gleichzusetzen sind. Das Adjektiv „gut“ verhält sich synkategorematisch.¹⁹ Seine Bedeutung hängt in einer besonderen Weise von der Bedeutung des Begriffs ab, welchen es qualifiziert. Ein Messer ist nicht scharf *und* gut, sondern es ist gut, *weil* es scharf ist.²⁰ Oder anders formuliert: Ein gutes Messer ist nicht gut *und* ein scharfes Messer. Denn ein Messer, das aufgrund seiner Schärfe gut ist, mag unter anderen Umständen und zu sonstigen Zwecken nicht gut sein (wenn etwa zwei kleine Kinder mit einem Messer spielen wollen). *Puppess* Erklärung der Semantik von Werturteilen begreift aber die logische Struktur dieses „weil-Zusammenhangs“ nicht. Aus dem Umstand, dass bei Werturteilen ein solcher Zusammenhang zwischen Eigenschaften zu finden ist, ergibt sich nicht, dass die Tatsachen, auf welchen das Werturteil beruht, zum semantischen Inhalt des Werturteils gehören.

Eine solche Verwechslung zwischen Inhalt und Erfüllungsbedingungen mag sich nun dadurch erklären lassen, dass man das Verhältnis zwischen Werturteilen und Tatsachen einseitig betrachtet.²¹ Zu Recht verlangt *Puppe*, dass Wertaussagen in Bezug auf Tatsachen *begründet* werden.²² Doch

17 *Hare*, *Language*, § 7.1, S. 116.

18 *Hare*, *Language*, § 7.2. S. 117.

19 *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, 1989, S. 140 ff. Zur Semantik synkategorematischer Adjektiven, *Quine*, *Word and Object*, Cambridge, 2013, S. 94 f., S. 119.

20 *Kindhäuser*, GA 1990, 408.

21 Zur Unterscheidung zwischen Inhalt und Erfüllungsbedingungen, *Kindhäuser*, GA 1990, 409 ff.

22 *Puppe* FS-Neumann, S. 325 f.

lässt sich diese Anforderung nicht nur in dem Sinne interpretieren, dass die Wertung tragenden Tatsachen richtig identifiziert werden müssten, sondern auch in dem Sinne, dass Wertaussagen selbst, um berechtigt zu sein, Tatsachen feststellen sollten. Mit Blick auf das obige Beispiel: Nicht (nur) *anlässlich* der Tatsache, dass das Messer scharf ist, sondern (auch) *in* der Tatsache, dass ein scharfes Messer ein gutes Messer ist, sollte das Werturteil seine Begründung finden. In diesem Fall würde aber die einschlägige Tatsache nicht als Wertungsbasis, sondern als Wertungskriterium fungieren. Kurz gesagt: Das Werturteil wäre deshalb begründet, weil es wahr wäre.

Nonkognitivisten betrachten die Rede von solchen Tatsachen nun als sinnlos. Dies vermag zu erklären, weshalb *Puppe* die zweite interpretative Möglichkeit nicht berücksichtigt und stattdessen den semantischen Gehalt eines Werturteils mit seinen Wahrheitsbedingungen vermischt. Inwiefern dies einen sprachanalytischen Fehler darstellt, muss nun anhand der Analyse der nonkognitivistischen Grundlagen des juristischen Verständnisses wertender Begriffe ermittelt werden.

3. Präskriptivismus als Sprechakt-Fehlschluss

Im Allgemeinen wird Kognitivismus aus zweierlei Gründen abgelehnt. Zum einen wird von einem *pragmatischen* Standpunkt aus bestritten, dass Werturteile eine deskriptive Funktion erfüllen können. Bei Werturteilen würde der Sprecher nicht beabsichtigen, die Wirklichkeit zu beschreiben, sondern Stellungnahmen auszudrücken²³ oder das Verhalten anderer zu steuern.²⁴ Zum anderen wird von einem *ontologischen* bzw. *metaphysischen* Standpunkt aus eingewandt, dass Werturteile deshalb weder wahr noch falsch sein könnten, weil es so etwas wie ethische oder normative Tatsachen nicht gebe.²⁵

Im Bereich der juristischen Methodik spielt der pragmatische Einwand eine wichtige Rolle. Ebenfalls in Anlehnung an *Hares* hat *Haas* kürzlich die Meinung vertreten, bei „normativen Rechtsbegriffen“, für die „gut“ ein typisches Beispiel bildet, „findet keine Subsumtion im logischen Sinne des

23 *Stevenson*, *Ethics and Language*, New Haven, 1944, S. 81 ff.; *ders.*, *Facts and Values*, New Haven, 1963, S. 10 ff.; 55 ff.

24 *Hare*, *Language*, § 5, S. 79 ff.; § 6, 94 ff.

25 *Hume*, *An Enquiry concerning Human Understanding*, New York, 2008, S. 18 ff.; *Ayer*, *Language, Truth and Logic*, New York, 1952, S. 102 ff.

Wortes und damit auch keine *Rechtsanwendung* statt.“²⁶ Mit *Hare* stellt *Haas* fest, dass eine Aussage, dass etwas gut sei, sowohl eine deskriptive als auch eine präskriptive Verwendung zuließe.²⁷ Doch sei es die präskriptive Verwendung von „gut“, welche diesem Begriff die primäre und übliche Bedeutung gebe: Bei dieser Verwendung stelle die Kennzeichnung des Dings als „gut“ gemäß einem Wertmaßstab keine Charakterisierung, sondern eine *Empfehlung* des Dings dar, und zwar, weil nicht nur die Erfüllung des Wertmaßstabs, sondern der Wertmaßstab vom Sprecher selbst verteidigt werde.²⁸

Hares Versuch, die Bedeutung des Wortes „gut“ in Bezug auf seinen präskriptiven Charakter zu erklären, führt nun zu unhaltbaren semantischen Konsequenzen. Wie *Geach* gezeigt hat,²⁹ beruhen sprachphilosophische Auffassungen, welche die Bedeutung eines Begriffs in seinen üblichen Gebrauch auflösen wollen, auf der Verkennung der fundamentalen Unterscheidung zwischen der *Benennung* eines Dings als *p* und der *Prädikation* der Eigenschaft *p* von einem Ding.³⁰ Um diese Unterscheidung deutlich zu machen, mag man sich eines einfachen syntaktischen Mittels bedienen: Man hat den Satz, in welchem der fragliche Begriff vorkommt, in einen zusammengesetzten Satz einzubeziehen, bei dem logische Operatoren wie „ob“, „wenn, dann“ oder „falls, dann“ vorkommen. Die Einbeziehung ermöglicht, den Begriff in einem *prädikativen* Satz zu verwenden, welcher aber nicht *behauptet* wird, indem das Ding als *p* nicht *benannt* wird. Wird beispielsweise der Satz „dies ist ein gutes Messer“ in den konditionalen Satz „wenn dies ein gutes Messer ist, dann kaufe ich es“ eingebettet, so wird damit nicht behauptet, *dass* das Messer gut ist.³¹ Damit wird aber zugleich die eventuelle empfehlende Kraft des Satzes „dies ist ein gutes Messer“ beseitigt. Daher kann sich die *Bedeutung* des Worts „gut“ nicht in ihre empfehlende *Funktion* des Worts auflösen, denn wäre dies der Fall, so wäre der Satz „wenn dies ein gutes Messer ist, dann kaufe ich es“ zumindest exzentrisch: „wenn ich das Messer empfehle, dann kaufe ich es“.

26 *Haas*, FS-Puppe, S. 104.

27 *Haas*, FS-Puppe, S. 97 f.; *Hare*, *Language*, § 7.1., S. 111 ff.

28 *Haas*, FS-Puppe, S. 98.

29 *Geach*, *Ascriptivism*, *The Philosophical Review* 69, 1960, S. 221 ff.; *ders.*, *Assertion*, *The Philosophical Review* 74, 1965, S. 449 ff.

30 *Geach*, *The Philosophical Review* 69, S. 223.

31 Zur logisch-expressiven Funktion konditionaler Operatoren, *Brandom*, *Making it Explicit*, Cambridge, 1994, S. 297 ff.; *ders.* *Widererinnerter Idealismus*, Berlin, 2015, S. 21 ff. (zitierte als: *Brandom*, *Idealismus*).

Geachs Argument ermöglicht zu beachten, inwiefern rein expressivistische Konzeptionen evaluativer Sprache zu einer unhaltbaren Form von semantischem Skeptizismus führen. *Searle* hat dieses Problems als „Sprechakt-Fehlschluss“ bezeichnet, nämlich aus der Tatsache, dass ein bestimmtes Wort üblicherweise für die Vollziehung eines bestimmten Sprechakts verwendet wird, ableiten zu wollen, dass die Bedeutung des Wortes gerade der vollzogene Sprechakt ist.³² Aber dies gilt nicht nur für expressivistische bzw. emotivistische Auffassungen. Auch diejenigen Erklärungen wertender Sprache, die Werturteile zwar als weder wahr noch falsch, jedoch als allgemein gültig betrachten (*verbi gratia* *Hares* „universellen Präskriptivismus“)³³, stellen sich damit als ein solcher Fehlschluss dar.

4. „Objektivität ohne Objekte“

Der zweite Einwand gegen die Wahrheitsfähigkeit von Werturteilen erscheint insofern plausibler. In der Tat sind ethische bzw. normative Tatsachen nicht die Art von Entitäten, die man durch sinnliche Wahrnehmung in der empirischen Wirklichkeit erkennen könnte. Andererseits läuft die Annahme einer immateriellen, außerhalb des Bereichs des Physischen lokalisierten Realität der Werte auf eine Ontologie – den sog. „Platonismus“ – hinaus, die kaum jemand heute noch verteidigen würde.³⁴ Dies hat dazu geführt, die Wahrheitsfähigkeit aller Urteile, die wertende Begriffe anwenden, zu verneinen.³⁵

In seinem Plädoyer für eine „Objektivität ohne Objekte“³⁶ weist *Putnam* nun darauf hin, dass dieser Skeptizismus auf einem äußerst begrenzten Verständnis unserer Sprache beruht – und zwar, unserer *assertorischen* Sprache. Dieses Verständnis lässt sich durch drei unberechtigte Annahmen charakterisieren. Erstens: Sei eine Aussage objektiv wahr, so müssten Gegenstände existieren, mit denen sie übereinstimmen würde. Zweitens: Gebe es keine natürlichen Gegenstände, deren Eigenschaften die Aussage wahr machen würden, so müsse es nicht-natürliche Gegenstände geben, die diese

32 *Searle*, Sprechakte, Frankfurt am Main, 1971, S. 207 ff.

33 *Hare*, Language, § 2, S. 17 ff.; § 3, 32 ff.

34 Hierzu, *Putnam*, Ethics without Ontology, Cambridge, 2005, S. 15 ff.; 52 ff. (zitiert als: *Putnam*, Ethics). Für eine raffinierte Verteidigung einer Form naturalistischen Deskriptivismus, *Jackson*, From Metaphysics to Ethics, Oxford, 1998, S. 1 ff., 113 ff., 139 ff.

35 Paradigmatisch, *Mackie*, Ethik, Stuttgart, 1981, S. 11 ff.

36 *Putnam*, Ethics, S. 52 ff.

Funktion erfüllen. Drittens: Sei eine Aussage wahr, so müsse die Aussage eine Beschreibung der entsprechenden Gegenstände und Eigenschaften, die sie wahr machen, enthalten. Aus den drei Annahmen folge nun eine vierte Annahme: Die Betrachtung mancher Werturteile als objektiv wahr heiße, dass sie Beschreibungen (natürlicher oder nicht-natürlicher Gegenstände) seien.³⁷

Putnam zeigt, dass unsere sprachliche Praxis dennoch zahlreiche Urteile kennt, die einerseits *bona fide* assertorisch sind – die also Wahrheits- und Gltigkeitsprinzipien unterworfen sind –, aber andererseits keine Gegenstände beschreiben. Logische und mathematische Urteile sind hierfür deutliche Beispiele.³⁸ Stellt man etwa die folgende Behauptung auf: „wenn jeder Strafrechtler ein Jurist ist, dann ergibt sich daraus, dass jeder, der kein Strafrechtler ist, kein Jurist ist“, so *beschreibt* man damit weder eine logische Beziehung noch Gegenstände, die in einer derartigen Beziehung stehen.³⁹ Das heißt nicht, dass die Wahrheit logischer und mathematischer Aussagen aus bloßen Postulaten folge, dass sie also nicht demonstrierbar, sondern nur definierbar sei. Tatsächlich sind einige logische und mathematische Wahrheiten Postulate. Viele andere stellen aber eine Art dessen dar, was *Putnam* „begriffliche Wahrheiten“ nennt: Wahrheiten, die zwar nicht analytisch und falsifizierbar sind, sich aber im Rahmen unserer geltenden begrifflichen Schemata nicht sinnvoll negieren lassen.⁴⁰

In jedem Fall bringen *Putnams* Überlegungen zum Ausdruck, dass im Rahmen der logischen und mathematischen Forschung nicht die Frage nach der Existenz logischer und mathematischer Objekte von Belang ist, sondern die Frage nach der Objektivität der Logik und der Mathematik. Gleiches gilt für die Ethik und generell für die evaluativen Sprachpraktiken. Sobald man akzeptiert, dass es Aussagen gibt, die zwar *bona fide* wahr oder falsch sein können, jedoch keine *Gegenstände* beschreiben, erweist sich der metaphysische Skeptizismus gegenüber wahren (bzw. falschen) Werturteilen vielmehr als philosophisches Vorurteil – genauer: als *empiristisches* Vorurteil.

Deutlich drückt sich dies in der Rede von „sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen“ und „wahren oder falschen Tatsachenbehauptungen“ aus.⁴¹ Tatsachenbehauptungen sind weder wahr noch falsch, noch sind Tatsachen wahrnehmbare Entitäten. Da eine Tatsache nichts anderes als eine wahre

37 *Putnam*, *Ethics*, S. 52.

38 *Putnam*, *Ethics*, S. 55 ff.

39 *Putnam*, *Ethics*, S. 59.

40 *Putnam*, *Ethics*, S. 60.

41 *Puppe*, *ZIS* 2/2014, S. 66.

Behauptung ist,⁴² machen die Ausdrücke „wahre Tatsachenbehauptung“ und „wahrnehmbare Tatsache“ jeweils einen Pleonasmus und einen Kategorienfehler aus. Solange der Tatsachenbegriff durch eine solche „reifizierende“ Einstellung begriffen wird, kann es also nicht überraschen, dass die Möglichkeit einer wahrheitsfähigen, evaluativen Sprache so unplausibel erscheint.

5. Solipsistische Rechtsanwendung?

Damit wird nun nicht behauptet, dass Werturteile logischen und mathematischen Aussagen gleichen. Im Gegenteil sind die meisten Werturteile, die im Bereich der Anwendung strafrechtlicher Sanktionsnormen formuliert werden, Beschreibungen. Behauptet man beispielsweise, dass ein Mensch grausam ist oder ein Film pornographisch ist, so beschreibt man den Menschen *als* grausam oder den Film *als* pornographisch. Auch von Nonkognitivisten wird dies nicht unbedingt bestritten.⁴³ Bezüglich dieser Art von Begriffen – sog. „dicken“ bzw. „inhaltsreichen“ ethischen Begriffen – behaupten Nonkognitivisten vielmehr, dass erstens die beschreibende von der bewertenden Verwendung deutlich trennbar ist und zweitens die wahrheitsgemäße Anwendung jener Begriffe nur durch die Isolierung der beschreibenden Dimension erfolgen kann.⁴⁴

Den Versuch, eine derartige Aufspaltung zwischen beschreibenden und bewertenden Komponenten durchzuführen, findet man zum Beispiel in *Haas'* Analyse des Merkmals „öffentliches Interesse“ im § 2 Denkmalschutzgesetz Baden-Württemberg.⁴⁵ Wie oben dargelegt, geht *Haas* von der Prämisse aus, dass wertende Begriffe sowohl eine beschreibende als auch eine bewertende Verwendung zulassen. Der Unterschied bestehe darin, dass bei der bewertenden Verwendung der Sprecher nicht nur die Erfüllung des Wertmaßstabs, sondern auch den Wertmaßstab selbst verteidige. Der beschreibende Gebrauch des Begriffs des öffentlichen Interesses sei also nur dann geeignet, wenn der Gesetzgeber einen vollständigen Wertmaßstab festgelegt hätte, den der Rechtsanwender erkennen könnte.⁴⁶ Habe der Gesetzgeber dies jedoch nicht getan und sei die Alternative einer „Er-

42 *Patzig*, *Tatsachen, Normen, Sätze*, Stuttgart, 1980, S. 8 ff.; auch *Strawson*, *Truth*, in: *Pitcher* (Hrsg.), *Truth*, New Jersey, 1964, S. 32 ff.

43 So *Puppe*, FS-Neumann, S. 330.

44 *Puppe*, FS-Neumann, S. 332 f.

45 *Haas*, FS-Puppe, S. 97 ff.

46 *Haas*, FS-Puppe, S. 99.

mittlung der tatsächlichen Einstellung der Öffentlichkeit⁴⁷ nicht zu empfehlen, so sei der Begriff bewertend zu verwenden. „Die Verwaltungsbehörde würde damit – so Haas – stellvertretend für die Rechtsgemeinschaft einen verbindlichen Akt der Bewertung vollziehen.“⁴⁸ Infolgedessen finde hier keine „Subsumtion im logischen Sinne“ und somit keine „Rechtsanwendung“ statt.⁴⁹ Der Begriff des öffentlichen Interesses fungiere vielmehr als „Delegationsmerkmal“⁵⁰, das heißt, als „Rechtsbegriff, [der] so *auszulegen* [sei], dass er die Festlegung der Präferenz der Allgemeinheit an die Verwaltungsbehörde als rechtsanwendendes Organ innerhalb eines gewissen rechtlichen Rahmens delegier[e].“⁵¹

Aber in welchem Sinne kann „öffentliches Interesse“ *dies* bedeuten? Bei Haas' „Auslegung“ soll der Begriffsinhalt durch den Rekurs auf die Delegation der Festlegung an die Verwaltungsbehörde erfasst werden. Doch führt dies zu unhaltbaren semantischen Folgen. Es wäre zum Beispiel widersprüchlich zu sagen, dass die Verwaltungsbehörde den Begriff des öffentlichen Interesses deshalb falsch verstehe, weil sie ihn etwa mit dem des Gemeinwohls oder mit dem des staatlichen Interesses verwechsle. Und wäre dies ein Widerspruch, so wäre nicht nur die Kritik an der Auslegung der Verwaltungsbehörde, sondern bereits die Auslegung der Verwaltungsbehörde selbst und somit die Anwendung des Begriffs unmöglich. Denn wie wendet man einen Begriff an, dessen Bedeutung ausschließlich davon abhängt, was man *tut*, wenn man den Begriff anwendet?⁵²

Die Wurzel des Problems liegt in der Verkennung dessen, was *Brandom* in Bezug auf *Kant* die „semantische Autorität“⁵³ des Begrifflichen nennt: die Idee, dass die Bedeutung eines Begriffs zwar keine andere Basis als die sprachlichen Praktiken einer Gemeinschaft hat, jedoch allein keinem Begriffsanwender der Gemeinschaft zur Verfügung steht. Aus der Verkennung dieses konstitutiven Aspekts jeder diskursiven *Praxis* resultiert eine

47 Haas, FS-Puppe, S. 99.

48 Haas, FS-Puppe, S. 100.

49 Haas, FS-Puppe, S. 104.

50 Haas, FS-Puppe, S. 100.

51 Haas, FS-Puppe, S. 100.

52 Das ist nichts anderes als *Wittgensteins* Paradox des „Regelfolgens“, dessen Auflösung oft als Argument gegen die Möglichkeit einer „privaten Sprache“ verstanden wird. *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe I, Frankfurt am Main, 2006, §§ 201, 202. Hierzu *Kripke*, Wittgenstein über Regeln und Privatsprache, Frankfurt am Main, 2006.

53 *Brandom*, Idealismus, S. 23, 27, der zwischen zwei Formen semantischer Autorität unterscheidet, nämlich der Autorität dessen, worauf ein Urteil Bezug nimmt, und der Autorität dessen, was ein Urteil ausdrückt.

Form semantischem Skeptizismus,⁵⁴ welcher aber zu einer Art solipsistischer Rechtsanwendung führt. Bei *Haas* tritt dies infolge seines Versuches ein, das Zeichen des bewertenden Sprachgebrauchs (die Delegation an die Verwaltungsbehörde) in die Semantik des Begriffs einzubeziehen. Aber das Problem zeigt sich auch bei *Haas'* Rekonstruktion des beschreibenden Sprachgebrauchs des Begriffs.⁵⁵ Denn was *Haas'* Erklärung übersieht, ist die Tatsache, dass die Entscheidung zugunsten des wertenden Sprachgebrauchs bereits eine *interpretative* Entscheidung ist, die ein bestimmtes (Vor)verständnis des Begriffs ausdrückt. Und dieses gründet sich auf der Überzeugung, dass sich ein öffentliches Interesse nicht in der Präferenz der Allgemeinheit erschöpfen darf, sodass auch das Verständnis der Allgemeinheit des Begriffs falsch sein kann.

Wenn aber „öffentliches Interesse“ mit „Präferenz der Allgemeinheit“ nicht gleichbedeutend ist und das, was für die Anerkennung dieses Unterschieds vonnöten ist, eine normative bzw. evaluative Einsicht ist, dann fällt die Idee einer scharfen Trennung zwischen der beschreibenden und der bewertenden Komponente zwangsläufig zusammen.⁵⁶

6. Von der Pragmatik zur Semantik (und zurück)

Was die vorangegangenen Überlegungen zu zeigen versucht haben, lässt sich einfach formulieren: Die Objektivität der evaluativen Sprache, die Idee, dass unsere alltäglichen Urteile über das, was gut, grausam oder verwerflich ist, wahr oder falsch sein können, ist kein philosophisches Rätsel. Dafür sind weder gesicherte naturwissenschaftliche Begründungen noch eine inflationäre Metaphysik vonnöten. Ethische Fragen betreffen *praktische* Probleme und man kann nicht auf vernünftige Weise anstreben, wissenschaftliche und metaphysische Lösungen für praktische Probleme zu finden. Moralisches Wissen ist kein *know-that*, sondern ein *know-how*.

Offensichtlich bedeutet dies nicht, dass man nicht je nach Zweck zwischen beschreibenden und bewertenden Sprachverwendungen unterscheiden kann; und ebenso wenig heißt dies, dass deskriptive von normativen

54 So explizit *Haas*, FS-Puppe, S. 34 „Nicht zuzustimmen ist daher der im Verwaltungsrecht vertretenen Ansicht, dass im Prinzip nur *eine* Entscheidung der Verwaltungsbehörde richtig sein kann.“

55 *Haas*, FS-Puppe, S. 100.

56 *Putnam*, Collapse, S. 28 ff.; 74. Vgl. auch *McDowell*, Non-Cognitivism and Rule-Following, in: *Holtzman/Leich* (Hrsg.), Wittgenstein: to Follow a Rule, Oxford, 1981, S. 141 ff.

Merkmale nicht voneinander unterschieden werden können. Doch, wie *Kindhäuser* gezeigt hat, lässt diese Unterscheidung die Wahrheitsfähigkeit von Aussagen bei der Rechtsanwendung unangetastet. Denn sie betrifft nicht das, was man *tut* – die Pragmatik –, sondern nur das, was man *sagt* – die Semantik –, wenn man feststellt, dass ein Verhalten einen Tatbestand erfüllt. Beachtet man diesen Unterschied, so verfügt man über ein einheitliches Schema für die Ermittlung beider Klassen von Tatbestandsmerkmalen: Sowohl bei deskriptiven als auch bei normativen Merkmalen, einschließlich der ethischen wertenden Begriffe, lässt sich zwischen dem Inhalt und den Erfüllungs- bzw. Wahrheitsbedingungen des Merkmals unterscheiden, sodass in beiden Fällen die Rechtsanwendung subsumtiven Charakters ist. Dass dies jedenfalls keinen Grund für die Beseitigung der Unterscheidung ausmacht, zeigt u.a. die Unverzichtbarkeit der Differenzierung zwischen natürlichen und institutionellen Eigenschaften für die Abgrenzung zwischen Versuch und Wahndelikt.⁵⁷

Inwiefern dieses und weitere schwierige rechtsdogmatische Probleme mithilfe der Werkzeuge der analytischen Sprachphilosophie verdeutlicht werden können, hat *Urs Kindhäuser* uns seit der Erscheinung seiner Dissertation und während seiner gesamten akademischen Laufbahn meisterhaft gelehrt.

57 *Kindhäuser*, GA 1990, 417 ff.; *ders.* Versuch und Wahn. Zum Irrtum über Rechtstatsachen“, in: *Safferling* (Hrsg.), *Festschrift für Streng*, Heidelberg, 2017, S. 325 ff.

Normtheoretische Anmerkungen zum Strafgrund der Teilnahme

Beatriz Corrêa Camargo¹

1. Einleitung

Die Frage nach der Möglichkeit, das Unrecht der Teilnahme aus dem Unrecht der Haupttat herzuleiten, wird unter der Chiffre „Strafgrund der Teilnahme“ diskutiert.² In diesem Zusammenhang haben *Maurach* und *Gössel* bereits darauf hingewiesen, dass nicht immer klar ist, welche Frage konkret gestellt wird: So kann es sowohl um die Auslegung des Inhalts der Teilnahmeeregeln gehen als auch um die Begründung für das Bestehen dieser Regeln im Strafrechtssystem.³ Beide Aspekte sind indes eng miteinander verbunden: Die Analyse der Verantwortungsstruktur der Teilnahme erlaubt die Rekonstruktion der Begründung der Strafbarkeit dieser Beteiligungsform, während diese Begründung die Erklärung von Art und Maß der Verantwortung des Teilnehmers ermöglicht.

Zur Logik der Teilnahmeeregeln behauptete *Kindhäuser* anhand einer Analyse der Beihilfe Folgendes:

Wenn [...] die Beihilfe als solche *sub specie* Tatbestandsverwirklichung kein unerlaubtes Handeln ist, dann kann sie nicht Gegenstand der Zurechnung von Unrecht sein – jedenfalls nicht unter der Voraussetzung, daß auch das Unrecht des Gehilfen allein aus der Tatbestandsverwirklichung abzuleiten ist. Daher kann die Beihilfe nur Grund der Zurechnung sein, und als zuzurechnendes Unrecht kommt wiederum nur das Unrecht der Tatbestandsverwirklichung in Betracht. Die Beihilfe liefert also den Grund, dem Gehilfen das Unrecht des von ihm selbst nicht verwirklichten Tatbestands (bzw. eines entsprechenden Versuchs) als eigenes Unrecht zuzurechnen. Unter dieser Prämisse kann die Distink-

1 Für fachliche und sprachliche Hinweise bedankt sich die Verfasserin bei *Priv.-Doz. Dr. Kay H. Schumann*.

2 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Bd. II, München, 2003, § 26 Rn. 11.

3 Siehe *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Bd. II, Heidelberg, 1989, § 50 Rn. 49 ff.

tion von Täterschaft und Teilnahme nicht in einem differierenden Unrecht liegen. Vielmehr können sich Täterschaft und Teilnahme nur in der Form der Verantwortung für das tatbestandliche Unrecht unterscheiden.⁴

Nach Ansicht der Verfasserin bietet der Jubilar eine Perspektive, die es erlaubt, eine Reihe von Missverständnissen in der Beteiligungslehre klarzustellen.⁵ Mit Blick auf das hier gesetzte Thema sei zunächst darauf hingewiesen, dass die Teilnahme als Verantwortung für die Verletzung einer sekundären Pflicht zu konzipieren ist; eine Pflicht, die darin besteht, die primäre Pflichtverletzung des Täters nicht zu fördern.⁶ In ihrer Struktur ähnelt sie allerdings der Zurechnung bei der Alleintäterschaft,⁷ da, um sich der Worte *Belings* zu bedienen, die akzessorischen Bestrafungsformen der Teilnahme ein eigenes „gedankliches Gebilde“ aufweisen, das für die objektive und für die subjektive Seite der strafbaren Teilnahmehandlung einschlägig ist. Das heißt: die Verhaltensweisen „Helfen“ und „Anstiften“ müssen jeweils objektiv vorliegen und vom Vorsatz des Teilnehmers erfasst sein.⁸ Schließlich muss die Pflichtverletzung rechtswidrig und schuldhaft sein.

4 *Kindhäuser*, Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes: Anmerkung zum BGH Urteil vom 18.04.1996 1 Str 14/96 (LG Stuttgart), *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, S. 274.

5 Grundlegend hierfür: *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main, 1989; *Kindhäuser*, Volker Haas: Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre – Buchrezension, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 157, 2010; *Kindhäuser*, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft. In: *Bohnert* (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin, 2001 und *Kindhäuser*, Infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nr. 14, 2011.

6 *Mañalich*, Die Struktur der Mittelbaren Täterschaft. In: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin, 2011, S. 710.

7 Daher die Plausibilität der These von den Teilnahmeregeln als Verhaltensnormen. Im angloamerikanischen Raum wird diese Besonderheit von *Robinson*, *Rules of conduct and principles of adjudication*. *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, 1990, S. 737 f., anerkannt: Wenngleich der Autor die Teilnahme ebenso wie den Versuch als „sekundäres Verbot“ konzipiert, muss er zugestehen, dass nur bezüglich der Beihilfe und der Anstiftung der „Gefährdungscharakter“ der Handlung unabhängig von der Absicht des Handelnden ist.

8 *Beling*, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1930, S. 55 f.

Ziel dieses Beitrags ist es, von einem normtheoretischen Standpunkt aus (wie er von Autoren wie *Kindhäuser* eingenommen wird) die Diskussion über den Strafgrund der Teilnahme zu bereichern.

Zu diesem Zweck werden zunächst die Kerntheorien zum Strafgrund der Teilnahme dargestellt (2.). Anschließend wird ein kritischer Ansatz vorgestellt, der der Erklärung der Teilnahme als sekundäre Pflichtverletzung entgegengesetzt, sie führe zu unbefriedigenden Ergebnissen (3.). Im Zuge der Auseinandersetzung mit dieser Kritik werden die Vorschläge der gängigen Theorien zum Strafgrund der Teilnahme näher betrachtet und zurückgewiesen (4. und 5.). Zum Schluss wird auf die Perspektive des Jubilars zur Begründung der Teilnahmebestrafung näher eingegangen, wobei skizziert werden soll, inwiefern sie für diese Diskussion fruchtbar gemacht werden kann (6.).

2. Theorien zum Strafgrund der Teilnahme

Was die Begründung der Teilnahmestrafbarkeit im deutschen Rechtskreis anbelangt, sind grundsätzlich fünf Argumentationslinien von besonderer Bedeutung:

Nach der sogenannten reinen Verursachungstheorie besteht das Unrecht der Teilnahme in der Verursachung einer Rechtsgutsverletzung.⁹ Dadurch wird das Unrecht des Teilnehmers unabhängig vom Täterunrecht bestimmt, wobei es nur auf die unmittelbare Beziehung zwischen Teilnehmer und Rechtsgutsverletzung ankommt.¹⁰ Die besondere Schwierigkeit bei der Einnahme einer solchen Perspektive besteht darin, dass die Unrechtsbegründung durch eine solche unmittelbare Beziehung zum Erfolg zugleich dem extensiven Täterbegriff das Wort redet. Zudem ist diese Theorie nicht mit den Regeln des positiven Rechts vereinbar: Sie ignoriert nämlich die Tatsache, dass zwischen dem Beitrag des Teilnehmers und der Rechtsgutsverletzung die Person des Täters steht, dessen rechtswidrige

9 *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung: Untersuchungen zur Lehre von der „notwendigen Teilnahme“, Tübingen, 1992, S. 70; *Maurach/Gössel/Zipf*, § 50 Rn. 55; *Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung – Strafgrund, Agent Provocateur, Objektverwechslung, Berlin, 2004, S. 36 f.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 2004, § 22 Rn. 5; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, 1988, S. 168 f.

10 *Kindhäuser*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Baden-Baden, 2017 (zitiert als: Strafrecht), § 38 Rn. 12; *Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat, Köln, 2000, § 12 Rn. 117.

Pflichtverletzung dem schädlichen Erfolg überhaupt erst eine strafrechtliche Bedeutung verleiht.¹¹

Dieser Kritik versucht die Theorie zu entgehen, die den Grund für die Bestrafung der Teilnahme nicht in der eigenständigen, sondern in der akzessorischen Verursachung einer Rechtsgutsverletzung sieht.¹² Hier findet also der Umstand Anerkennung, dass die Beziehung zwischen Teilnahme und Rechtsgutsverletzung durch die rechtswidrige Handlung des Täters vermittelt wird. Dem Teilnehmer wird somit das vom Täter verwirklichte Unrecht zugerechnet.

Allerdings trifft die Kategorie der „Verursachung“ nicht den eigentlichen Kern der Beziehung zwischen Täter und Teilnehmer. Denn wenn gleich die Teilnahme auch einen kausalen Beitrag für den Erfolg leistet, lassen sich Anstiftung und Beihilfe nicht als bloße Verursachung eines Erfolgs (wie etwa des Todes des Tatopfers) verstehen, sondern als Beitrag zur Erfolgsherbeiführung durch den Täter: der Gehilfe hilft ihm bei der Ausführung *einer Straftat*, der Anstifter bestimmt ihn dazu.¹³ Deswegen kann die Teilnahme eher im Sinne einer Unrechtsteilnahmetheorie verstanden werden, die diese Form der Beteiligung als Förderung eines fremden Unrechts begreift.¹⁴

Über diese drei Ansätze hinaus wird die Bestrafung des Teilnehmers von manchen Autoren mit der Annahme begründet, dass er sich durch seinen Beitrag mit dem Unrecht des Täters solidarisiere.¹⁵ Darauf wird noch einzugehen sein, ebenso auf die täterbezogenen Theorien, nach denen der

11 Zur Kritik siehe *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin/New York, 1991, § 22 Rn. 4 f.; *Nikolidakis*, S. 39; *Otto*, § 22 Rn. 6; *Roxin*, § 26 Rn. 13; *Stratenwerth*, § 12 Rn. 118.

12 Hierzu *Roxin*, § 26 Rn. 26; *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden-Baden, 2013, § 26 Rn. 14; *Robles Planas*, La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid, 2003, S. 123.

13 In diesem Sinne *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), § 26 Rn. 14.

14 Siehe die Formulierungen von *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, 1985, S. 211 f.; *Jakobs*, § 22 Rn. 6 f.; *Maurach/Gössel/Zipf*, § 50 Rn. 3; *Otto*, § 22 Rn. 8 ff.; *Stratenwerth*, § 12 Rn. 121. Kritisch *Heghmanns*, Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 147, 2000, S. 473; *Robles Planas*, S. 123.

15 Siehe *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen, Tübingen, 1986, S. 50 f. Hierzu *Maurach/Gössel/Zipf*, § 50 Rn. 59; *Nikolidakis*, S. 33; *Roxin*, § 26 Rn. 22; *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), § 26 Rn. 16.

Teilnehmer für die soziale Desintegration des Täters bzw. seine Verstrickung in Schuld oder in Unrecht verantwortlich gemacht werden soll.¹⁶

3. Konsequenzialistische Kritik zur Ableitung des Teilnahmeunrechts aus dem Unrecht der Haupttat

In der deutschen Strafrechtswissenschaft ist *Lüderssen* einer der Autoren,¹⁷ der die These bestreitet, dass dem Teilnehmer die Verwirklichung des Tatbestands durch den Täter als eigenes Unrecht zuzurechnen ist.¹⁸

Als Vertreter der Verursachungstheorie räumt *Lüderssen* ein, dass für bestimmte Fallgruppen keine adäquate Lösung gefunden werden könne, nämlich wenn die Zurechnung des Erfolgs mangels rechtswidriger Handlung des Täters keinen überzeugenden Grund für die Bestrafung des Teilnehmers darstelle.¹⁹ Das sei insbesondere bei der Teilnahme am Selbstmord der Fall. Denn selbst die reine Verursachungstheorie wolle nicht den Arzt, der dem Selbstmörder das tödliche Medikament überlasse, wegen einer Tötung bestrafen, auch wenn er dadurch den Tod eines Menschen verursacht habe.²⁰

Dennoch sieht *Lüderssen* die Akzessorietätsthese mit noch größeren Inkonsistenzen konfrontiert. Denn echte Akzessorietät würde doch bedeuten, dass wenn das Ausbleiben einer Haupttat den Teilnehmer entlaste, ihre Begehung doch den Teilnehmer immer belasten müsste. So widersprechen die akzessorischen Theorien zum Strafgrund der Teilnahme ihren eigenen Prämissen, wenn sie den Teilnehmer ungestraft lassen wollten, obwohl er zur Pflichtverletzung des Täters beigetragen habe. Das sei zum Beispiel der Fall beim Gefangenen, der zu seiner Flucht den Gefängniswärter anstiftet, des Polizisten, der als Agent Provocateur eingesetzt werde, oder

16 *Gropp*, 1992, S. 75 f.; *Stein*, S. 101 ff.; *Nepomuck*, Anstiftung und Tatinteresse, Berlin, 2008, S. 90 ff., 93 ff. m.w.N.

17 Es gibt andere Autoren, die diese These ebenfalls bestreiten. Nennenswert aus normtheoretischer Perspektive ist vor allem die Ansicht *Renzikowskis*, der die Teilnahme als Verantwortung aufgrund der Verletzung einer Verhaltensnorm begreift, die sich von der Verhaltensnorm des Täters unterscheidet. Grundlegend hierzu: *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen, 1997, S. 122 ff.

18 *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden, 1967, S. 25, 29, 164 ff.

19 *Lüderssen*, Der Typus des Teilnehmeratbestandes. In: *Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa – Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, Baden-Baden, 1996, S. 450 ff.

20 Siehe *Lüderssen*, in: *Kühne* (Hrsg.), S. 460 f.

auch des Patienten, der den Arzt zur Sterbehilfe auffordere.²¹ Diese drei Fallkonstellationen möchte die Verfasserin nun unter der Prämisse analysieren, dass der Teilnehmer im Sinne der Unrechtsteilnahmetheorie deshalb haftet, dass er fremdes Unrecht fördert. Dabei wird sich die Diskussion an der Annahme *Kindhäusers* orientieren, nach der sich Täterschaft und Teilnahme in der Form der Verantwortung für dasselbe objektive Unrecht unterscheiden.

4. *Agent Provocateur: mangelnder Teilnehmervorsatz?*

Nach vorherrschender Meinung ist die rechtliche Akzeptanz der Förderung fremder Straftaten durch den Agent Provocateur auf dessen Vorsatz zurückzuführen. Die gängige Erklärung basiert auf der Differenzierung zweier Momente des Teilnehmervorsatzes: Der „doppelte Vorsatz“ des Teilnehmers bezieht sich hierbei nicht nur auf die eigene Beihilfe- bzw. Anstiftungshandlung, sondern auch auf die Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Erfolgs durch den Täter. Danach handelt der Agent Provocateur, selbst wenn er durch seine Handlung den Beginn der Verbrechensausführung verursachen will, ohne Vorsatz, denn er nimmt den Erfolg der Haupttat nicht in Kauf, sondern geht in Wirklichkeit davon aus, dass die Ausführung der Tat vor ihrer Vollendung abgebrochen wird.²²

Diese Lösung ist mit der Zurechnungsstruktur der Teilnahme schwer zu vereinbaren. Zunächst einmal muss das Erfordernis eines doppelten Vorsatzes des Teilnehmers mit der Tatsache in Einklang gebracht werden, dass sowohl aus sprachlicher, als auch aus rechtlicher Sicht Anstiftung und Beihilfe zu einem bestimmten Verhalten bereits in dem Moment stattfinden, in dem der Täter unter dem genannten Einfluss bzw. mit der erhaltenen Hilfeleistung beginnt, die tatbestandliche Handlung auszuführen. Nur dann, aber auch schon zu diesem Zeitpunkt kann man sagen, dass die strafbare Handlung des Täters vom Anstifter bestimmt bzw. vom Gehilfen gefördert worden ist. Die Kenntnis des Teilnehmers, dass er die Ausführung der Straftat beeinflusst, ist sodann notwendig und ausreichend, um ihm den vom Täter verwirklichten Versuch zuzuschreiben.

Dies bedeutet nicht, dass die Aussicht auf die Verwirklichung des normwidrigen Verhaltens für die Konstruktion der Teilnahmeverantwortung ir-

21 Lüderssen, in: Kühne (Hrsg.), S. 452.

22 Nikolidakis, S. 58, 61; Roxin, § 26 Rn. 8; Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), § 26 Rn. 11 f.

relevant wäre. Denn sonst würde der Grund für die Bestrafung der Teilnahme unabhängig von der tatsächlichen Verwirklichung des Unrechts durch den Täter sein und würde im Sinne der Korrumpierungstheorien in der bloßen Tatsache bestehen, dass sich der Täter für das Unrecht entschieden hat.²³ Nach diesen Theorien würde das Unrecht der Teilnahme unauflöslich mit der handlungswirksamen Nicht-Anerkennung der Norm durch den Täter vervollständigt, weil der Teilnehmer bereits entweder den Täter sozial desintegriert oder zu seiner Degeneration wegen mangelnder Rechtstreue beigetragen hat.²⁴

Beide Variationen der Korrumpierungstheorie sind unterschiedlichen Kritiken ausgesetzt.²⁵ Grundsätzlich soll das Strafrecht nicht dazu dienen, eine den Normen gegenüber zustimmende Haltung des Bürgers sicherzustellen.²⁶ Eine solche Zielsetzung kollidiert mit dem Neutralitätsgebot des Rechts;²⁷ vielmehr sollen Rechtsgüter durch die Beachtung der Verhaltensnormen geschützt werden. Der entscheidende Punkt für die Strafbarkeit der Teilnahme besteht also nicht bloß darin, dass der Täter seine Pflicht zur Einhaltung der Norm verletzt, sondern dass der Täter das normwidrige Verhalten unter der Verletzung seiner Gehorsamspflicht verwirklichen kann.²⁸ Auf diese Weise entsteht keine sekundäre Pflichtverletzung des Teilnehmers, wenn seiner Ansicht nach das verbotene Verhalten durch den Täter undurchführbar ist. Der Apotheker, der annimmt, den Täter eines untauglichen Versuchs in seiner Pflichtverletzung dadurch zu fördern, dass er ihm ein harmloses Pulver als scheinbares Gift verkauft, wird daher nicht als Gehilfe eines vorsätzlichen Tötungsdelikts bestraft. Der Täter desavouiert in diesem Fall die Norm; der Teilnehmer hingegen nicht.

Das Erfordernis eines „doppelten Vorsatzes“ ist also insofern berechtigt, als dass der Teilnehmer vom fördernden Charakter seiner Handlung zur Verwirklichung sowohl des subjektiven als auch des objektiven Unrechts des Täters wissen muss. Problematisch ist vielmehr die Annahme, dass der Agent Provocateur seine Pflicht nicht verletzt, weil er immer ohne Vorsatz

23 So *Heghmanns*, S. 487 f.

24 Hierzu *Otto*, § 22 Rn. 3 f.; *Robles Planas*, S. 120; *Roxin*, § 26 Rn. 16 e 17; *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), § 26 Rn. 15 m.w.N.

25 *Bloy*, S. 207, 252; *Haas*, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen – zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Berlin, 2008, S. 132; *Nikolidakis*, S. 21, 28 f.; *Roxin*, § 26 Rn. 16.

26 *Haas*, S. 132.

27 Siehe *Kindhäuser*, *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho*, übersetzt von *Mañalich*, Ita Ius Esto, 2012, S. 64.

28 In diesem Sinne *Gropp*, 1992, S. 77.

handelt. Denn in der Regel geht er ja nicht davon aus, dass der Täter nur einen untauglichen Versuch begeht.²⁹

In diesem Sinne erklärt die Solidarisierungstheorie die Zurechnung des Teilnehmers ebenfalls nicht. So darf nicht Solidarisierung mit dem Täter untersagt werden, sondern vielmehr höchstens Solidarität gegenüber dem Rechtsgut rechtlich bestimmt werden, wenn eine strafrechtliche Pflicht das Unterlassen des Beitrags zur Straftat gebieten soll.³⁰ Als Grundlage für die Existenz einer solchen Pflicht weist der Gedanke der Solidarisierung mit fremdem Unrecht auf ein Gesinnungsstrafrecht hin, das für die Begründung der Verantwortung des Teilnehmers genauso inadäquat ist wie für die Bestrafung des Täters.³¹

In diesem Zusammenhang erweist sich auch die Unzulänglichkeit der akzessorischen Verursachungstheorie als Strafgrund der Teilnahme. Zwar verdient sie im Vergleich zur Korrumpierungstheorie Beifall, da sie zumindest die Bedeutung der Rechtsgutsverletzung für die Bestrafung des Teilnehmers anerkennt. Allerdings zeichnet sie sich durch eine gewisse Inkongruenz aus, da sie für die Erklärung der Zurechnungsform der Teilnahme Kausalität und Akzessorietät als Kategorien identischer logischer Ebenen heranzieht.³²

Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität würde der Rechtsgutsangriff durch den Teilnehmer bereits zu dem Zeitpunkt stattfinden, zu dem ein Anstifter einen Täter zu beeinflussen beginnt.³³ Damit taucht die Akzessorietät als Fremdkörper in der Zurechnung des Anstifters auf: Wenn nämlich die Kausalität der Teilnahmehandlung bereits mit der Annäherung des Teilnehmers an den zukünftigen Täter in Gang gesetzt werden soll, gibt es keinen Grund, für die Bestrafung der Teilnahme auf den Beginn der Haupttat zu warten. Denn ein notwendig so verstandener „Versuch“ des Teilnehmers würde bereits das personale Unrecht der Teilnahme in sich tragen. Somit wird die Person des Täters in ihrer Bedeutung auf die Rolle eines reinen Kausalfaktors reduziert – eine bloße Bedingung des Teilnah-

29 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme – eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München, 1977, S. 11 f.

30 Vgl. Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, 1993, S. 90.

31 Siehe Roxin, § 26 Rn. 23 m.w.N.

32 Bloy, S. 254.

33 Bloy, S. 254 f.

meerfolgs.³⁴ Für die Bestrafung des Agent Provocateur würde das heißen, dass es keinen Grund gäbe, ihn nach der Einwirkung auf den Täter straflos zu lassen.³⁵

Als Formen der Zurechnung des vom Täter verwirklichten Unrechts aufgrund einer sekundären Pflichtverletzung begründeten Beihilfe und Anstiftung die personale Verantwortung des Teilnehmers für das tatbestandliche Geschehen. Wenn also kraft der Versuchsstrafbarkeit die Bestrafung der Teilnahme ebenso wie beim Täter nicht an den Erfolgseintritt gekoppelt wird, so folgt doch aus der Annahme, dass das normwidrige Verhalten Gegenstand der individuellen Zurechnung des Teilnehmers ist, dass auch ihm die Möglichkeit einzuräumen ist, seine Reue in die Tat umzusetzen, wenn er zur Erfolgsverhinderung wirksam in das Geschehen eingreift. Deshalb soll dem Agent Provocateur nach Versuchsbeginn der Haupttat die „goldene Brücke“ des Rücktritts erhalten bleiben. Für die bereits eingetretenen Folgen muss er jedoch wie jeder Teilnehmer prinzipiell haften.

Die Vorsatzlösung der herrschenden Meinung entspricht deswegen nicht den eben genannten Verantwortungsvoraussetzungen auf der sekundären Pflichtebene. Denn selbst in Fällen, in denen der Agent Provocateur den Erfolg nicht verhindern kann oder will, wird man ihn dafür nicht bestrafen wollen.³⁶ Darüber hinaus soll die Förderung der Haupttat durch den Agent Provocateur keineswegs für alle Deliktstypen straffrei sein, insbesondere nicht, wenn konkrete Risiken für höchstpersönliche Rechtsgüter damit verbunden sind.³⁷

34 *Bloy*, S. 190 f., 255. Um die Schwierigkeiten der akzessorischen Verursachungstheorie zu überwinden, schlägt *Roxin* vor, den Strafgrund der Teilnahme als akzessorischen Rechtsgutangriff zu verstehen. Diese Formulierung ist allerdings derselben Kritik ausgesetzt, zumal nicht näher dargelegt wird, worin genau dieser Angriff bestehen soll. Vgl. *Roxin*, § 26 Rn. 11, 26–30, 41–51.

35 Also dem Problem der Legitimation der Strafbarkeit der versuchten Anstiftung gem. § 30 I StGB ganz ähnlich. Kritisch dazu *Camargo*, Der Anstiftungsversuch im deutschen Strafrecht. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 110, 2016, S. 741 f.; *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung – Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Berlin, 1972, S. 129, 143–150; *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, § 30 Rn. 30 f.

36 Hierzu *Nikolidakis*, S. 71 ff. Die Frage nach der Bestrafung des Agent Provocateur in solchen Fällen ist allerdings umstritten – siehe *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), § 26 Rn. 12.

37 *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, S. 688.

In Wirklichkeit lässt sich die Straffreiheit des Agent Provocateur erst dadurch erklären, dass seine Tätigkeit für Ermittlungszwecke benötigt wird.³⁸ Das bedeutet, dass der Agent Provocateur nur unter bestimmten Bedingungen die Erlaubnis hat, zu fremden Straftaten anzustiften oder diese zu ermöglichen. Der Grund, ihn nicht zu bestrafen, lässt sich daher vielmehr als Rechtfertigungsgrund seiner Teilnahme an einer fremden Straftat betrachten anstatt einer Verneinung seiner Pflicht, die Förderung fremder Normverletzungen zu unterlassen.³⁹

Nur aus diesem Blickwinkel lässt sich eine entsprechende Interessensabwägung diskutieren. So besteht zum Beispiel Einigkeit über die Angemessenheit der Strafflosigkeit des Agenten im Falle der Ermittlung des illegalen Drogen- und Waffenhandels, was häufig damit begründet wird, dass diese Intervention eine Gefährdung von Rechtsgütern beseitigen kann.⁴⁰ Inakzeptabel sei es dagegen, das Leben anderer Personen durch Anstiftung zum Mord zu riskieren, um Verbrecher zu enttarnen.⁴¹

5. Die Bestrafung der Teilnahme an einer Straftat, die eine Rechtsposition des Teilnehmers betrifft

5.1. Die sogenannte notstandsähnliche Lage des Teilnehmers

Bezüglich der von *Lüderssen* angesprochenen übrigen Fallgruppen stellt sich die Frage, ob sich die Verneinung der Strafbarkeit des Teilnehmers als notwendiges Ergebnis darstellt und inwiefern dies auf den Strafgrund der Teilnahme zurückzuführen ist.

Für den Fall des Gefangenen, der einen Gefängniswärter zur Erleichterung seiner Flucht nach § 120 StGB anstiftet, nimmt *Lüderssen* auf den Vorschlag *Roxins* Bezug, demzufolge in diesem Fall eine „notstandsähnliche Lage“ des Teilnehmers anzuerkennen sei. Dasselbe gelte für den Straffälligen, der einen anderen zu seiner Strafvereitelung anstiftet (§ 258 StGB).

38 *Batista*, Concurso de agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro, Rio de Janeiro, 2008, S. 185.

39 Zu dieser Lösung, *Maurach/Gössel/Zipf*, § 51 Rn. 40; *Köhler*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Berlin, 1997, S. 530 f. *Lüderssen*, Strafgrund, S. 26; *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), § 26 Rn. 12; *Stratenwerth*, § 12 Rn. 150; *Zaffaroni/Alagial/Slokar*, Manual de Derecho Penal – Parte General, Buenos Aires, 2006, § 250 Rn. 3.

40 *Jescheck/Weigend*, S. 688; *Köhler*, S. 531; *Roxin*, § 26 Rn. 8.

41 *Köhler*, S. 531.

Die Begründung dafür, Gefangene und Straffällige nicht wegen Anstiftung zu solchen Straftaten zu bestrafen, sieht *Roxin* darin, dass wenn es dem Gefangenen selber nicht verboten ist, seine Freiheit durch Ausbruch oder Flucht zu erlangen, ihm auch nicht die Möglichkeit genommen werden sollte, andere Menschen für zur Erreichung dieses Ziels heranzuziehen.⁴² Diese Lösung ergebe sich aus dem Strafgrund der Teilnahme, denn der Teilnehmer könne nicht für den Angriff auf Rechtsgüter bestraft werden, die ihm gegenüber nicht geschützt seien.⁴³

Dieser Gedanke widerspricht zunächst einmal der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Bestrafung einer Teilnahme an Sonderdelikten. Außerdem müssen die kriminalpolitischen Erwägungen, die gegen die Kriminalisierung der Verhaltensweisen solcher Personen unter bestimmten Umständen sprechen, nicht auf die Beurteilung ihrer Teilnahme an anderen strafbaren Handlungen durchschlagen. Das Verständnis für den Freiheitstrieb von Häftlingen und Straffälligen muss also nicht für ein generalisierendes Absehen von Verboten bzw. die Entschuldigung strafbarer Teilnahme gelten.

Dass Menschen kein Recht darauf haben, mit allen Mitteln für ihre Fortbewegungsfreiheit zu kämpfen, zeigt sich in den negativen Auswirkungen im Strafvollzug im Falle des Entweichens oder beispielsweise noch in der Behandlung des Angeklagten im Strafprozess, der Kraft des *nemo-tenetur*-Grundsatzes nicht als Zeuge vernommen wird, sich aber gleichwohl wegen Anstiftung zur falschen Aussage Dritter strafbar machen kann.⁴⁴

Die staatliche Rechtspflege wird besonders gefährdet, wenn private Personen oder sogar dafür zuständige Amtsträger dazu herangezogen werden, zu verhindern, dass andere Menschen der Justiz zugeführt werden. Deswegen bedeutet es keinen Wertungswiderspruch, Gefangenen die Flucht selbst nicht zu verbieten, sie allerdings wegen der Teilnahme an fremden Straftaten (einschließlich §§ 120 und 258 StGB) zur Verantwortung zu ziehen, soweit sie zur Verfolgung des Fluchtprojekts begangen werden. Denn der Grund für die (fehlende) Strafbarkeit wegen einer Handlung, die in eigener Person verwirklicht wird, ist nicht mit dem Strafgrund der Teilnahme an fremden strafbaren Handlungen identisch.

42 *Roxin*, § 26 Rn. 46 f.

43 *Roxin*, § 26 Rn. 47.

44 Diskutiert wird hingegen, ob von der Bestrafung des Angeklagten als Anstifter zu §§ 153 und 154 um des *nemo-tenetur*-Grundsatzes Willen abgesehen werden sollte. Hierzu *Vormbaum*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, § 153 Rn. 113.

5.2. Tötung auf Verlangen als strafbare Teilnahme

Ein weiteres Problem bereitet die Teilnahme an der strafbaren Verletzung eines Rechtsguts, das vom Teilnehmer selbst getragen wird, wie etwa bei der Tötung auf Verlangen. Anders als in den notstandsähnlichen Fällen beabsichtigt der Teilnehmer hier keine Verletzung fremder Güter.

Lüderssens These zufolge wird dem Teilnehmer nicht der vom Täter verwirklichte Tatbestand des § 216 Abs. 1 StGB zugerechnet, sondern die reine Verursachung des Todes eines Menschen, so dass es sowohl bezüglich des erfolgreichen Suizidenten oder sonst Sterbewilligen richtig sei zu sagen, dass sie i.S.v. § 212 StGB einen Menschen getötet hätten.⁴⁵ Der Grund, sie trotzdem nicht zu bestrafen, liegt für *Lüderssen* darin, dass das Strafrecht kein Rechtsgut vor dessen eigenem Träger schützen solle.⁴⁶ Das Unrecht entstehe aus einer Beziehung zwischen Personen und niemals aus dem Verhältnis von einer Person zu einem Objekt oder in Bezug auf sich selbst, wie es bei Suizid und Euthanasie der Fall sei.⁴⁷

Abgesehen von dem handlungstheoretischen Ansatz *Lüderssens* scheint es an dieser Stelle wichtig zu hinterfragen, inwiefern die Anstiftung zum Totschlag an sich selbst als eine Handlung des Sterbewilligen verstanden werden kann, die nur ihn selbst betrifft. In diesem Sinne bringt die frühere Variation der Unrechtsteilnahmetheorie einen wichtigen Gedanken für die Erklärung des Strafgrundes der Teilnahme zum Ausdruck, nämlich die Idee, wonach die Teilnahme eine Störung des Rechtsfriedens darstelle.⁴⁸ Denn durch die Teilnahme wird die Rechtsgemeinschaft eigentlich als solche betroffen, weil die vom Täter verletzte Pflicht und die sich darauf beziehenden Pflichten des Teilnehmers einen öffentlichen Charakter haben und sich eben nicht auf die Interaktion zwischen Täter und Opfer als möglichen Regelungsgegenstand der Verhaltensnorm beschränken (wie man aber dagegen die Ansicht *Lüderssens* interpretieren könnte).

45 *Lüderssen*, in: *Kühne* (Hrsg.), S. 456. Ihm zufolge enthalten die Verhaltensnormen grundsätzlich keine Beschreibung des Täters, d.h. der Person, die das verbotene Verhalten vollzieht. Siehe *Lüderssen*, S. 131.

46 *Lüderssen*, S. 132; *Lüderssen*, in: *Kühne* (Hrsg.), S. 454.

47 *Lüderssen*, in: *Kühne* (Hrsg.), S. 460.

48 So beispielsweise die Formulierung *Ottos*, der ursprünglich auf die rechtstreue Gesinnung des Teilnehmers abstellte – *Otto*, Straflöse Teilnahme? In: *Warda/Waider/Hippel/Meurer* (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin, 1976, S. 208 f.; *ders.*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87, 1975, S. 562. Zur Entwicklung dieses Gedankens siehe *Nikolidakis*, S. 30 f.; *Stein*, S. 109 ff., m.w.N.

Das bedeutet zunächst einmal, dass wenn es möglich wäre zu sagen, dass ein Suizid unter den Tatbestand des § 212 StGB subsumiert werden könnte, weil der Suizident einen Menschen getötet habe, die Normbefolgung zunächst einmal etwas wäre, was der Suizident nicht sich selbst, sondern der Rechtsgemeinschaft als solcher schulden würde. Die Absurdität eines Suizidverbotes beruht aber auf der rechtsstaatlichen Funktion der strafrechtlichen Verhaltensnormen als soziale Koordinationsregeln. In einem demokratischen Rechtsstaat sollen Rechtsgüter nicht um ihres abstrakten Wertes willen geschützt werden, sondern als Mittel zur Selbstbestimmung ihrer Träger.⁴⁹ Deswegen ist die infrage kommende Auslegung des Totschlagtatbestands als eine Vorschrift, unter die auch der Suizid zu subsumieren ist, nicht ohne Weiteres vertretbar.

Dieses Verständnis der Funktion der strafrechtlichen Verhaltensnormen gilt auch dann, wenn der Rechtsgutträger über seine Güter nicht eigenhändig verfügt, sondern dazu eine andere Person heranzieht. Da die Verhaltensnorm dem Zweck dient, dem Einzelnen die Möglichkeit der Aufrechterhaltung seines Güterbestandes zu sichern, ist die Einwilligung des Rechtsgutträgers selbst grundsätzlich eine Bedingung, die situativ den Geltungsgrund der Norm aufhebt, womit der Handelnde im konkreten Fall keinen Grund höherer Ordnung hat, die verletzende Handlung zu unterlassen.⁵⁰

Auf diese Weise hängt die Frage einer sekundären Pflichtverletzung des Sterbewilligen als Teilnehmer eines Totschlags in erster Linie davon ab, ob die Einwilligung in dem betreffenden Rechtssystem uneingeschränkt gilt.⁵¹ Die Möglichkeit einer Beschränkung der Einwilligung lässt sich hin-

49 *Kindhäuser*, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 157, 2010, S. 501.

50 Zur Erklärung der Einwilligung als Metaregel, die den Geltungsgrund der Norm fallweise aufhebt, siehe *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung – Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht, Baden-Baden, 2009, S. 83, S. 87 ff.; *Kindhäuser*, GA 2010, S. 501 f.

51 Die brasilianische Rechtsordnung kennt keine Vorschrift, die die Einwilligung zum Gegenstand hat; anders als das deutsche Strafrecht, das sowohl die Anwendung dieses Instituts in Fällen des Sittenverstoßes nach § 228 StGB ausschließt als auch eine bedeutsame Strafmilderung für die Tötung auf Verlangen vorsieht (§ 216 Abs. 1 StGB). In der Praxis wird das Institut in Brasilien indes ohne Weiteres anerkannt und die Grenzziehung ist im Wesentlichen ganz ähnlich wie in Deutschland. Für die Behandlung dieser Frage in Brasilien, siehe *Minabim*, O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis, *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, n. 9, jul./dez. 2008, S. 274–288.

gegen nur legitimieren, wenn sie auf Gründen basiert, die über das individuelle Schutzinteresse des selbstverantwortlichen Sterbewilligen hinausgehen. Um rein paternalistische Lösungen zu vermeiden, wird zum Teil argumentiert, dass das Tötungsverbot trotz der Zustimmung des Opfers weiter gelten müsse, da es nicht nur einen individuellen, sondern vielmehr einen generellen Schutz des Lebens gewährleiste.⁵² Es geht also nicht um ein angebliches Recht der Gemeinschaft, den Einzelnen zum Weiterleben zu zwingen, sondern um die gesamtgesellschaftliche Erwägung, dass das Leben aller Gemeinschaftsglieder nur dann gleichermaßen gewährleistet ist, wenn die Tötung generell unterbunden wird.⁵³ Diese Argumentation kann zumindest solange gegen Kritik verteidigt werden, wie keine Vorschriften erlassen werden, die sowohl die Einwilligungsvoraussetzungen als auch die rechtliche Verbindlichkeit der Entscheidung des Sterbewilligen regeln.⁵⁴ Der Grund für die Bindung des Täters an die Norm auf der Ebene seiner Pflichtenbindung muss daher gleichfalls für den Teilnehmer gelten, dessen Eigenschaft als Rechtsgutsträger weder den Täter noch ihn selbst entpflichtet, wenn zugleich *andere* Interessen durch das in Rede stehende Verbot gleichermaßen geschützt werden sollen.

Aus dieser Perspektive folgt, dass die Person, die einen anderen zu ihrer eigenen Tötung bestimmt, immerhin einen Grund hat, das Tötungsverbot über sein Recht auf Verfügung des eigenen Lebens hinaus zu beachten. Die Anerkennung der Pflicht zur Einhaltung der Norm in Fällen, in denen die Einwilligung nicht akzeptiert wird, bedeutet aber nicht, dass die Person, die ihren eigenen Tod fordert, notwendigerweise betrafft werden muss. Die Sterbehilfe stellt einen Sonderfall dar, weil sie Situationen einschließt, in denen die Ausführung des Suizids physisch bzw. psychisch schwierig für denjenigen ist, der nicht mehr leben will.⁵⁵

Die Erwägung der Straflosigkeit des Sterbewilligen ließe sich in diesem Sinne besser als eine Frage der Schuld verstehen, d.h. als Anerkennung der

52 Zum Argument einer abstrakten Gefahr für das Rechtsgut in diesen Fällen, siehe *Mañalich*, S. 98; *Hirsch/Neumann*, „Indirekter Paternalismus“ im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). In: *Hirsch/Neumann/Seelman* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, S. 77.

53 Siehe *Mañalich*, S. 96 ff.; *Kindhäuser*, GA 2010, S. 503; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2017, § 216 Rn. 3.

54 Über die Notwendigkeit prozeduraler Sicherungen im Falle der Entkriminalisierung der Tötung auf Verlangen, *Hirsch/Neumann*, in: *Hirsch/Neumann/Seelman* (Hrsg.), S. 80, 96.

55 Hierzu *Hirsch/Neumann*, in: *Hirsch/Neumann/Seelman* (Hrsg.), S. 78 ff.

Menschlichkeit der Person, die nicht mehr leben will und diesen Schritt nicht alleine schafft. Da die Beurteilung der Pflichtverletzung des Teilnehmers nicht identisch ist mit dem Urteil über seine Schuld, besteht immerhin die Möglichkeit, die Unzumutbarkeit der normgemäßen Motivation unter den gegebenen Umständen zu akzeptieren und die Strafbarkeit des Teilnehmers aufgrund mangelnder Schuld abzulehnen.

Die These *Lüderssens*, dem Teilnehmer seine eigene Tötung als bloßen Verursacher zuzurechnen, lässt die Tatsache außer Acht, dass die von der anderen Person für die Tötung eingesetzten Mittel verboten und andere Interessen des Lebensschutzes außer denjenigen des Teilnehmers selbst betroffen sind.

Damit lässt sich mit *Bloy* sagen, dass auch wenn der Teilnehmer nicht direkt gegen das Tötungsverbot verstößt, er zur Verantwortung gezogen wird, weil er sich gegen den Achtungsanspruch des Rechtsgutes richtet, der von der Verhaltensnorm ausgeht.⁵⁶

Nach den obigen Überlegungen lässt sich festhalten, dass die normative Zurechnungsstruktur der Teilnahme in der Analyse ihres Strafgrundes nicht übersehen werden sollte. Nicht überzeugend sind deswegen diejenigen Ansätze, die aus der angenommenen Begründung der Teilnahmestrafbarkeit Folgen herleiten wollen, die den bereits etablierten Zurechnungsmodellen widersprechen, wie es zum Beispiel *Roxin* bezüglich des Zurechnungsausschlusses hinsichtlich Rechtsgutsträgers als Teilnehmer tut. Mit dem Gedanken eines „akzessorischen Rechtsgut Angriffs“ möchte er nämlich das Ausbleiben einer Bestrafung des Sterbewilligen durch die Annahme begründen, dass niemand ein eigenes Rechtsgut in strafrechtlich relevanter Weise angreifen könne.⁵⁷ Was allerdings als „Rechtsgutsangriff“ gilt, hängt letztlich von den positiven Regeln des Strafrechts ab.

6. Teilnehmerhaftung als flankierende Absicherung des strafrechtlichen Normgeltungsschutzes

Eine normtheoretische Perspektive einnehmend schlug *Haas* in jüngerer Zeit eine neue Begründung für das Verständnis der Teilnahmeregeln vor: In dem von ihm entwickelten Modell zieht er eine Analogie zu dem Schikaneverbot im Zivilrecht heran. Dieser Rechtsmissbrauch zeichnet sich dadurch aus, dass die störenden Folgen für Dritte aus einer Tätigkeit herrüh-

⁵⁶ *Bloy*, S. 263.

⁵⁷ Siehe *Roxin*, § 26 Rn. 8 und 44.

ren, die an sich nicht rechtswidrig ist (§ 226 BGB). Trotz der prinzipiellen Rechtsausübungsfreiheit in Bezug auf eine bestimmte Handlung sei das Verhalten *qua* Schikaneverbot zu unterlassen, weil es zum reinen Zweck der Drittschädigung vollzogen werde.⁵⁸

Haas zufolge kann das Teilnahmeanrecht als Verletzung einer vorgelagerten Rechtsposition des Betroffenen in gleicher Weise erklärt werden. Denn obwohl die Teilnahmehandlung nicht dem Inhalt der Verbotsnorm widerspiegelt, besteht nach *Haas* ihr missbräuchlicher Charakter darin, dass sie ausschließlich zulasten des Rechtsgutträgers gehe.⁵⁹

Um die Problematik des Agent Provocateur aufzugreifen: Das Modell der vorgelagerten Rechtsposition des Betroffenen könnte die mangelnde Zurechnung des Agenten durch das Argument begründen, dass der Freiheitsmissbrauch zum Zweck der Drittschädigung nicht vorliege. Dasselbe müsste dann auch für die Verneinung einer sekundären Pflichtverletzung des Sterbewilligen gelten.

Allerdings beschränkt sich der Vorschlag von *Haas*, ähnlich wie die Ansätze *Lüderssens* und *Roxins*, auf die Täter-Opfer-Beziehung. Damit wird *Haas* der Tatsache nicht gerecht, dass der strafrechtliche Schutz von Rechtsgütern nur mittelbar durch die Sicherung der Verhaltensnormgeltung erfolgt. Wie hier zu zeigen versucht wurde, muss neben den Rechtsgüterschutz auch die zentrale Bedeutung der Normgeltung im Strafrechtssystem für die Erklärung der Teilnahmestrafbarkeit berücksichtigt werden.

Die Teilnahme ist in ihrer Struktur als akzessorische Haftung für das vom Täter verwirklichten Unrecht zu verstehen. Im Sinne der vom Jubilar vertretenen Unrechtsteilnahmetheorie,⁶⁰ stellt sich die Teilnahme als Verletzung einer sekundären Pflicht dar, die darin besteht, fremde Straftaten nicht zu fördern. Durch seine Beteiligung an der primären Pflichtverletzung des Täters verletzt der Teilnehmer den von der Norm begründeten Achtungsanspruch des Rechtsguts.

Die Begründung für die Bestrafung des Teilnehmers lässt sich folglich nicht nur unter Berücksichtigung der Rechtsposition des Betroffenen verstehen, sondern erklärt sich ebenfalls durch das Postulat des Normgeltungsschutzes: Unter diesem Gesichtspunkt ergäbe es nämlich keinen Sinn, die Begehung von Straftaten zu sanktionieren, umgekehrt aber ihre

58 *Haas*, S. 134, 136.

59 Laut *Haas*, S. 135 f., ist die schadenbezogene Zwecksetzung des Teilnehmers allerdings nur als Interpretation des Handlungskontextes und nicht als festzustellende Tatsache zu verstehen, da die Möglichkeit bleiben soll, dass der Teilnehmer wegen bedingten Vorsatzes verantwortlich gemacht wird.

60 *Kindhäuser*, Strafrecht, § 38 Rn. 16.

unmittelbare Förderung zu erlauben. In den Worten *Kindhäusers*: Die Bestrafung der Teilnahme flankiert die Geltung strafrechtlicher Primärnormen.⁶¹

Wenn also argumentiert wird, dass der Grund für die Existenz der strafrechtlichen Teilnehmerhaftung in dem risikoe erhöhenden Charakter unterstützender oder anstiftender Handlungen bezüglich der fremden Begehung einer Straftat liegt,⁶² dann kann die relevante Gefahr nicht einfach in der Befähigung oder Bestimmung des Täters, die Straftat auszuführen, bestehen, sondern auch darin, was die jeweilige Teilnahmehandlung im Sinne des Normgeltungsschutzes bedeutet.

61 *Kindhäuser*, Zum Begriff der Beihilfe. In: *Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen* (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, Köln, 2007, S. 369.

62 So wie es die angelsächsische Tradition versteht – hierzu, *Kutz*, Christopher. The Philosophical Foundations of Complicity Law. In: *Deigh/Dolinko* (Hrsg.). The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law, Oxford, 2011, S. 149f. In Deutschland begründet z.B. *Renzikowski* die Teilnahmehaftung mit dem Gedanken einer abstrakten Rechtsgutgefährdung durch den Teilnehmer (siehe *Renzikowski*, S. 69).

Das strafrechtliche Milderungsgebot im Mehrebenensystem des Völker-, Europa- und des nationalen Rechts

Gerhard Dannecker

Das strafrechtliche Milderungsgebot hat in den vergangenen Jahren die nationale Rechtsprechung wie auch den EuGH und den EGMR mehrfach beschäftigt. So mussten sich der BGH¹ und das BVerfG² in der jüngsten Vergangenheit mit einer vom deutschen Gesetzgeber nicht intendierten Ahndungslücke im Gesetz über den Wertpapierhandel (WpHG) durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz befassen. Auch im Rahmen der Entwicklung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im EU-Recht stellten sich infolge weggefallenen Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Bulgaren und Rumänen neue Fragen im Zusammenhang mit dem Grundsatz *lex mitior*.³ Beide Themenkomplexe betreffen sowohl das nationale als auch das unionsrechtliche Milderungsgebot, so dass sich die Frage nach dem Verhältnis des nationalen Meistbegünstigungsprinzips (§ 2 Abs. 3 StGB) zum unionsrechtlichen Milderungsgebot des Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh, der Verfassungsrang hat,⁴ stellt. Weiterhin hat die Große Kammer des EGMR das Meistbegünstigungsprinzip in Art. 7 EMRK, der den Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“ garantiert, verortet und als Bestandteil bzw. Ausfluss der Vorhersehbarkeit qualifiziert.⁵

Das nationale, das unionsrechtliche und das in der EMRK verankerte Milderungsgebot sind in Deutschland geltendes Recht, weichen aber in Rang (Verfassungsrang oder einfachrechtlicher Grundsatz) und Inhalt (Milderungs- oder Meistbegünstigungsgrundsatz) voneinander ab. Es handelt sich hierbei um ein anschauliches Beispiel für das Phänomen des integrierten Staates⁶ in Europa, der sich in immer größeren Anteilen seiner Ak-

1 BGHSt 62, 13.

2 BeckRS 2018, 9553.

3 Dazu EuGH, NVwZ-RR 2016, 933, 933 (*Paoletti*).

4 Dazu *Eser*, in: Meyer/Bernsdorf, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2014, Art. 49 Rn. 34; *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 49 Rn. 7.

5 EGMR, NJOZ 2010, 2726.

6 Dazu *Grawert*, in: Lhotta/Oebbecke/Reh, Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte: sozial- und rechtswissenschaftliche Zugänge, 1997, S. 133 f.

tivitäten als „Mitglied“-Staat und nicht mehr als singuläres Staatssubjekt definiert. Dadurch ist eine Verbundstruktur entstanden, die durch eine Vervielfachung sich ergänzender, überlagernder und verzahnter Rechtsebenen gekennzeichnet ist. Angesichts dieser Entwicklung muss sich die Strafrechtswissenschaft mit den internationalen und europäischen Einflüssen, insbesondere mit dem Recht der Europäischen Union und der EMRK, befassen sowie die nationalen und supranationalen Garantien und Grundsätze zusammenführen und ordnen. Nur wenn dieser Prozess der Internationalisierung und Europäisierung durch die Rechtswissenschaft begleitet wird, kann gewährleistet werden, dass die Durchdringung des nationalen Strafrechts in rechtsstaatlichen Bahnen verläuft und der in der Europäischen Union zu schaffende Raum nicht auf einen solchen der Sicherheit reduziert wird, sondern die Bezeichnung „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ verdient. Um es mit den Worten des Jubilars, dem dieser Beitrag in langjähriger Freundschaft gewidmet ist, zu formulieren, geht es um „die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung“.⁷ Dieser Aufgabe soll im Folgenden in Bezug auf das Milderungsgebot nachgegangen werden.

I. Internationale Entwicklungen als Gebot der Anerkennung des Milderungsgebots als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit

1. Ausgestaltung des unionsrechtlichen Milderungsgebots entsprechend Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR

Fragt man nach der Ausgestaltung des Milderungsgebots im nationalen, im Unions- und Völkerrecht, so ist neben den Regelungen in § 2 StGB und Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh insbesondere Art. 15 Abs. 1 Satz 3 IPbPR zu nennen, der das Milderungsgebot explizit neben dem Grundsatz „nullum crimen sine lege“ und dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot garantiert, um den „modernen Tendenzen einer Humanisierung des Strafrechts“ zu entsprechen. Diese Garantie wird im Sinne des Meistbegünstigungsprinzips ausgelegt, d.h. dass nicht nur das Gesetz zum Zeitpunkt der Verurteilung zu berücksichtigen ist, wenn es milder als das Tatzeitrecht ist, sondern dass auch die zwischenzeitlich mildeste Rechtslage dem Täter zu-

⁷ Kindhäuser, ZStW 121 (2009), S. 954.

gutekommen muss, selbst wenn diese zwischenzeitlich wieder verschärft worden ist.⁸

Entsprechend diesem Vorbild garantiert die Grundrechtecharta unter dem Titel „Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Strafen und Straftaten“ in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 und 2 GRCh das Gesetzlichkeitsprinzip und schließt hieran unmittelbar in Satz 3 das Gebot der Rückwirkung milderer Strafvorschriften an. In Absatz 2 findet sich eine Einschränkung des Gesetzlichkeitsprinzips für nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbare Handlungen, und Absatz 3 beinhaltet das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip, nach dem das Strafmaß gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein darf. Das Milderungsgebot wird überwiegend, da in Anlehnung an Art. 15 Abs. 1 Satz 3 IPbPR eingeführt, als Meistbegünstigungsprinzip gedeutet, das auch mildere Zwischenrechtslagen berücksichtigt,⁹ obwohl dies dem Gesetzeswortlaut jedenfalls nicht unmittelbar zu entnehmen ist. Dadurch soll einem unverhältnismäßigen Strafeinsatz entgegengewirkt werden.¹⁰ Außerdem soll aufgrund der Nähe des Milderungsgebots zum Grundsatz „nullum crimen sine lege“ in Art. 49 Abs. 1 Satz 1 GRCh Willkürschutz speziell beim Einsatz staatlicher Strafe garantiert werden.¹¹ Entsprechend der deutschen Tradition soll das Milderungsgebot lediglich Fälle erfassen, in denen über die Sanktionierung noch nicht rechtskräftig entschieden ist.¹²

Das Freiheitsgrundrecht des Art. 49 GRCh verpflichtet zunächst die Union. Auch die Mitgliedstaaten werden gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh verpflichtet, soweit sie Unionsrecht durchführen. Das ist auch dann der

8 Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005, Art. 15 IPbPR, Rn. 7; Nowak, CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 15 IPbPR Rn. 18 ff.; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 424 ff.

9 Jarass, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, Art. 49 Rn. 7; Eser, in: Meyer/Bernsdorf, Charta der Grundrechte der EU, Art. 49 Rn. 34; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, S. 478; Gaede, wistra 2011, 365, 368, 372 f.; ders., wistra 2017, 41, 47; Voet von Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 49 Rn. 9; a.A. Dannecker in LK, 12. Auflage 2007, § 2 Rn. 60 f.

10 Schützendübel, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, 2012, S. 112 ff.; siehe auch Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, S. 407 ff.; Chr. Schröder, FS Mehle, 2009, S. 597, 604 ff.

11 So Gaede, wistra 2011, 365, 367 f.; ders., wistra 2017, 41, 47; Rothenfuß/Jäger, NJW 2016, 2689, 2694 f.; Basak, in: Matt/Renzikowski, 2013, § 2 Rn. 6; siehe auch Hassemer/Kargl, in NK-StGB, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 20 ff.

12 EuGH, DÖV 2015, 1070, Rn. 56 f. (Delvigne); zustimmend Gundel, EuR 2016, 176, 185 f.; ebenso Gaede, wistra 2011, 365, 367.

Fall, wenn nationale Straf- bzw. Sanktionsvorschriften zur direkten oder indirekten Durchsetzung von Unionsrecht angewandt werden.¹³

2. Verortung des Meistbegünstigungsgrundsatzes in Art. 7 EMRK durch den EGMR

In der EMRK findet sich keine explizite Regelung des Milderungsgebots. Art. 7 EMRK nennt lediglich das Gesetzlichkeitsprinzip und verbietet rückwirkende Strafschärfungen. Gleichwohl hat die Große Kammer des EGMR¹⁴ in der Rechtssache *Scoppala/Italien* aus der Vorhersehbarkeit der Strafe das Milderungsgebot hergeleitet. Dabei stützte sich die Große Kammer maßgeblich auf die internationalen Entwicklungen in Bezug auf das Milderungsgebot, die seit der Entscheidung der EKMR in der Rechtssache „X/Deutschland“¹⁵ stattgefunden haben. Das gelte insbesondere für das Inkrafttreten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, die in Art. 9 die rückwirkende Anwendung eines nach der Tat ergangenen milderen Gesetzes garantiert. Zu erwähnen sei weiter die Europäische Menschenrechtserklärung, die in Art. 49 I im Wortlaut von Art. 7 EMRK abweiche und das Milderungsgebot vorsehe. Schließlich habe der EuGH im Fall *Berlusconi*¹⁶ ausgesprochen, dieser Grundsatz sei Teil der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten. Auch der französische Kassationshof habe diesen Grundsätzen im Urteil vom 19. 9. 2007 (06–85899) zugestimmt. Schließlich sei die Anwendung des milderen Gesetzes im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs bestimmt und in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien bekräftigt. Aus diesen Gründen sei anzunehmen, dass sich in den letzten 40 Jahren in Europa und allgemein international ein Konsens entwickelt habe, dass es ein Grundsatz des Strafrechts ist, das mildere Strafgesetz anzuwenden, auch wenn es nach der strafbaren Handlung in Kraft getreten ist.¹⁷

Zur Fundierung des Milderungsgebots wird dargelegt,¹⁸ dass Art. 7 EMRK das Milderungsgebot zwar nicht ausdrücklich erwähne, es

13 EuGH, Slg. 2011, I-11035 Rn. 48 (*Garenfeld*); EuGH, EuZW 2013, 302, 302 ff. (*Åkerberg Fransson*); mit Anm. Dannecker, JZ 2013, 616, 617.

14 EGMR Nr. 10249/03–17.9.2009 (*Scoppola v. Italien Nr. 2*), NJOZ 2010, 2726.

15 EKMR, 1978, DR, Bd. 13, S. 70 ff.

16 EuGH, Slg. 2005, I-3565 Rn. 154 ff. (*Berlusconi u.a.*).

17 EGMR, NJOZ 2010, 2726, Rn. 105 ff.

18 EGMR, NJOZ 2010, 2716, Rn. 107 ff.

aber dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit entspreche, von dem Art. 7 EMRK ein wesentlicher Teil sei. Hiernach sei von einem Strafgericht zu erwarten, dass es für jede strafbare Handlung die Strafe verhängt, die der Gesetzgeber für angemessen hält. Zu einer schwereren Strafe nur deswegen zu verurteilen, weil das zur Zeit der Tat vorgesehen war, würde bedeuten, dass man zum Nachteil des Beschuldigten die Regeln über die zeitliche Folge von Strafgesetzen anwendet. Es würde außerdem bedeuten, eine dem Beschuldigten vorteilhafte Gesetzgebung vor der Verurteilung außer Betracht zu lassen und fortzufahren, Strafen zu verhängen, die der Staat und die Gemeinschaft, die er repräsentiert, jetzt für übermäßig hält. Die Verpflichtung, unter mehreren Strafvorschriften die dem Beschuldigten günstigste anzuwenden, sei eine Klarstellung der Regeln über die zeitliche Folge von Strafgesetzen, die einem anderen wesentlichen Element des Art. 7 EMRK entspricht, nämlich der Vorhersehbarkeit von Strafen. Deshalb garantiere Art. 7 EMRK stillschweigend auch den Grundsatz der rückwirkenden Anwendung mildereren Strafrechts.

II. Das Milderungsgebot im Unionsrecht und im nationalen Recht

1. Die Milderungsgebote als rechtsstaatliche Begrenzung des Strafrechts

Die Anerkennung des Milderungsgebot als Verfassungsgrundsatz besagt zunächst nichts über dessen Inhalt, sondern bedeutet lediglich, dass der Gesetzgeber hierüber nicht zu verfügen in der Lage ist. Der EuGH hat das Milderungsgebot, wie dargelegt, als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Europarechts anerkannt,¹⁹ bevor diese Garantie in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh aufgenommen wurde. Dabei ist anerkannt, dass das Milderungsgebot jedenfalls die mildere Bestrafung für den Fall einer vor dem Eintritt der Rechtskraft erfolgten begünstigenden Änderung der Rechtslage gewährleistet.²⁰ Der Regelungsstandort des Milderungsgebots zwischen dem Gesetzlichkeitsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verdeutlicht, dass dieser Grundsatz den Richter an das zum Zeitpunkt der Verurteilung

19 EuGH, EuZW 2005, 369, 371 Rn. 68 f. (*Berlusconi u.a.*); *Dannecker*, FS Schroeder, S. 761, 765 ff.

20 *Nowak*, CCPR Commentary, Art. 15 IPbPR Rn. 18 ff.; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, Art. 15 IPbPR Rn. 7.

bindet und zugleich im Kontext des Verbots unverhältnismäßiger Strafen zu verstehen ist.²¹

Das BVerfG und auch die h.M. im Schrifttum sieht im nationalen Milderungsgebot ein einfachrechtliches Prinzip, das aus Billigkeitsgründen lediglich eine Rechtswohltat beinhalten soll.²² Hierbei wird jedoch erkannt, dass dieses Gebot in der Zeit der Aufklärung als Folge der Proportionalität von Verbrechen und Strafe und zur Vermeidung richterlicher Willkür als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, zumal die Gesetze damals der Durchführung einer vernunftgeleiteten Reform des Strafrechts durch Abschaffung übertrieben harter Strafen dienten.²³ Hieraus ergab sich die Notwendigkeit, Gesetze, die nach Begehung der Tat als zu streng oder nicht mehr erforderlich angesehen und deshalb geändert oder aufgehoben wurden, nicht mehr anzuwenden. Bereits diese Fundierung macht deutlich, dass es sich beim Milderungsgebot nicht um eine Rechtswohltat aus Billigkeitsgründen handelt, sondern um eine rechtsstaatliche Begrenzung des Strafrechts.²⁴ Im Ergebnis sieht auch der EGMR,²⁵ wie dargelegt, das Milderungsgebot im Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verankert, von dem Art. 7 EMRK ein wesentlicher Teil sei.

2. Das unionsrechtliche Milderungsgebot in der Rechtsprechung des EuGH

Voraussetzung für das Eingreifen des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh ist die Eröffnung des Anwendungsbereichs der GRCh. Nach Art. 51 Abs. 1 GRCh gelten die Unionsgrundrechte „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Dadurch soll ein lückenloser Grundrechtsschutz gewährleistet werden, der insbesondere auch den im Ausbau begriffenen „Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts“ umfasst (vgl. Art. 67 Abs. 1 AEUV).²⁶ „Durch-

21 Näher dazu unten III. 2.

22 BVerfGE 81, 132, 136 f.; OLG Stuttgart, NStZ-RR 1999, 379, 380; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2017, § 2 Rn. 4; *Jäger*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2017, § 2 Rn. 28; kritisch dazu bereits *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 445 ff.; *ders.* in: LK, 12. Aufl. 2007, § 2 Rn. 6 f., 55 ff.; *Gaede*, AnwK-StGB, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 3 f.

23 Näher dazu *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 88 ff.

24 Näher dazu *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, S. 445 ff.

25 EGMR Nr. 10249/03–17.9.2009 (*Scoppola v. Italien* Nr. 2), NJOZ 2010, 2726=HRRS 2011 Nr. 600.

26 *Borowsky*, in: NK-GRCh, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 16.

führung“ des Unionsrechts bedeutet dabei Umsetzen oder Vollziehen, insbesondere im Bereich der Grundfreiheiten,²⁷ aber auch im Bereich des Sekundärrechts (Verordnungen, Richtlinien).²⁸

a. *Erstreckung des Milderungsgebots auf Richtlinien, Verordnungen und Rahmenbeschlüsse*

In der Entscheidung *Antoine Kortas*²⁹ hat der EuGH die Geltung des Grundsatzes des mildereren Gesetzes und die unmittelbare Wirkung von Richtlinien auch ohne deren Umsetzung in nationales Recht bejaht. Der Grundsatz *lex mitior* gebiete es, von dem Gesetz auszugehen, welches die Tat am mildesten beurteilt.³⁰ Ein nachträglicher Wegfall des Verbots – mag dieser auch durch ein Ablaufen der Umsetzungsfrist zwischen Tatbegehung und Entscheidung bedingt sein – müsse zur Straflosigkeit führen.³¹ Entsprechend wurde im Fall „*Awoyemi*“ für unerheblich erklärt, dass die Umsetzungsfrist für die Richtlinie noch nicht abgelaufen war.³² Durch die Umsetzungsfrist bei Richtlinien solle den nationalen Gesetzgebern lediglich eine unter Praktikabilitätsgesichtspunkten unabdingbare Frist eingeräumt werden; in materieller Hinsicht sei hingegen die Anwendung des richtlinienwidrigen Gesetzes mit Inkrafttreten der Richtlinie nicht mehr erwünscht, weil der europäische Gesetzgeber eine andere rechtliche Grundanschauung getroffen habe, die durchgesetzt werden müsse. Solange eine nationale Gesetzesänderung nicht auf der besonderen Zeitgebundenheit des Gesetzes beruhe, sondern auf einem Wandel der Rechtsanschauung, sei eine Einschränkung des Milderungsgebots nicht vertretbar. Vielmehr müsse dem Gebot verhältnismäßiger Gerechtigkeit Rechnung getragen werden. Dies stimmt mit der h.M. zum nationalen Recht überein, dass die Sonderregelung für Zeitgesetze (§ 2 Abs. 4 StGB) im Falle einer geänderten Rechtsanschauung des Gesetzgebers nicht anwendbar ist,³³ sondern das Milderungsgebot trotz der Regelung des § 2 Abs. 4 StGB eingreift.

27 *Borowsky*, in: NK-GRCh, Art. 51 Rn. 24a ff. m.w.N.

28 *Heuer*, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC, S. 200 ff. m.w.N.

29 EuGH, EuZW 1999, 476 ff (*Antoine Kortas*); EuGH, Urt. v. 1.6.1999, C-319/97.

30 EuGH, EuZW 1999, 476, 477 (*Antoine Kortas*); EuGH, Urt. v. 1.6.1999, C-319/97 Rn. 16.

31 EuGH, NJW 1984, 2022 (*Auer*); vgl. aber EuGH, Slg. 1983, 2727.

32 EuGH, EuZW 1999, 52 ff. (*Awoyemi*).

33 *Jäger*, in: SK-StGB, § 2 Rn. 46; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl. 2014, StGB, § 2 Rn. 38.

b. Keine Erstreckung des Milderungsgebots auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts

In der *Berlusconi*-Entscheidung musste sich der EuGH mit der Frage auseinandersetzen, ob das strafrechtliche Milderungsgebot auch dann eingreift, wenn ein Mitgliedstaat eine strafrechtliche Norm, zu deren Statuierung er aufgrund einer Richtlinie verpflichtet ist, aufgehoben hat und nach der neuen nationalen Regelung Strafflosigkeit eingetreten ist, weil das EU-rechtlich gebotene Gesetz vom nationalen Parlament außer Kraft gesetzt worden ist.

Generalanwältin *Kokott*³⁴ kam in ihren Schlussanträgen zu dem Ergebnis, dass aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts die frühere strafrechtliche Regelung weiterhin anwendbar sei. Ein nachträglich erlassenes gemeinschaftsrechtswidriges Strafgesetz stelle gar kein anwendbares milderes Strafgesetz dar.³⁵

Der EuGH³⁶ kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis: Der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes gehöre zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und sei damit Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die der nationale Richter bei der Anwendung des nationalen Rechts zu beachten habe. Eine Richtlinie dürfe aber nicht dazu führen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Angeklagten festzulegen oder zu verschärfen.³⁷

Dem EuGH ist zuzustimmen, denn der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie vorgelagert ist die Frage, ob sich der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts bei einer nationalen Norm auch auf die in dieser Norm liegende derogierende Wirkung entsprechend dem staatsrechtlichen Prinzip „*lex posterior derogat legi priori*“ erstreckt. Dies hätte zur Folge, dass eine nationale Norm für rein inländische Sachverhalte außer Kraft gesetzt wäre, während dieselbe Regelung für grenzüberschreitende und die Europäische Union betreffende Sachverhalte fortbestünde, also in Geltung wäre. Damit käme der Europäischen Union gleichsam die Kompetenz zur Anordnung der Fortgeltung nationaler Strafnormen für unionsrechtlich relevante Fälle zu. Eine solche Kompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts wird von der ganz h.M. jedoch, sieht man von Art. 325 AEUV bezüglich

34 Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge vom 14.10.2004, Slg. 2005, I-3568.

35 Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, Rn. 165.

36 EuGH, EuZW 2005, 369 ff. (*Berlusconi u.a.*); kritisch dazu *Satzger*, JZ 2005, 998 ff.

37 So die ständige Rechtsprechung seit dem Urteil EuGH, Slg. 1987, 3969, Rn. 13 (*Kolpinhuis Nijmegen*).

Strafnormen zum Schutz der finanziellen Interessen ab, zutreffend verneint.³⁸ Eine Erstreckung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auch auf die derogierende Wirkung eines nationalen Gesetzes würde im Ergebnis über einen bloßen Anwendungsvorrang hinausgehen und zum Geltungsvorrang des Unionsrechts führen. Eine so weitreichende Wirkung des Unionsrechts hat der EuGH jedoch stets abgelehnt.³⁹ Das Vorrangprinzip ist von vornherein nicht darauf gerichtet, eine im nationalen Recht bestehende oder entstandene Lücke durch hinzugedachtes nationales Recht zu füllen.⁴⁰ Hier wird deutlich, dass die Rechtsgeltungsfrage dem Eingreifen der Verfassungsgarantien (Gesetzlichkeitsprinzip und Milderungsgebot) vorgelagert ist.

c. *Einschränkungen des Milderungsgebots nach § 52 Abs. 1 GRCh*

Art. 52 Abs. 1 GRCh lässt auch für Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh gesetzlich vorgesehene Einschränkungen zu, „wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten im Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen“. Einschränkungen müssen also den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie den Wesensgehalt des eingeschränkten Rechts achten.⁴¹ Bei der Auslegung dieses Schrankenregimes sind das übrige Primärrecht, die EMRK, gemeinsame Verfassungsüberlieferungen sowie die Erläuterungen zur Auslegung der Charta gebührend zu berücksichtigen. Die Charta ist aber in Anlehnung an die EMRK darauf verpflichtet, einen wirksamen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.⁴² Dies bedeutet, dass Unionsgrundrechte nicht beliebig durch einfachgesetzliche Regelungen eingeschränkt werden dürfen.

38 EuGH, Slg. 1981, 2595, 2618 (*Casati*); EuGH, Slg. 1989, 221 f. (*Cowan/Trésor public*); BGHSt 25, 190; vgl. auch BGHSt 27, 182; 41, 131 f.; Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 54 ff.; Gröbblinghoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 141, jeweils m.w.N.

39 Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1270 (*Costa ./. ENEL*).

40 Satzger, JZ 2005, 998, 1000.

41 Siehe dazu Borowsky, in: NK-GRCh, Art. 52 Rn. 3, 18 ff. m.w.N.

42 Borowsky, in: NK-GRCh, Art. 52 Rn. 13, 24 f.; Jarass, in: Jarass Charta der Grundrechte der EU, Art. 52 Rn. 34; Gaede, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 70 ff., jeweils m.w.N.

Gleichwohl legt der EuGH Art. 52 Abs. 1 GRCh vom EuGH insgesamt „einschränkungsfreundlich“ aus.⁴³ Dadurch entsteht die Gefahr, dass Grundrechte weitgehend entwertet, weil der freien Würdigung des Gesetzgebers preisgegeben werden. Daher ist es unverzichtbar, an Gemeinwohlgründen und Rechten anderer anzusetzen, die zur Legitimität der zur Tatzeit geltenden Strafnormen zusätzlich vorliegen müssen. Außerdem muss der Schutz vor Willkür hinsichtlich des Aburteilungszeitpunktes gegeben sein.⁴⁴ Wenn die Verpflichtung der Charta, einen wirksamen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, ernst genommen wird, muss sie der Gesetzgebung Grenzen setzen. Dies kommt vor allem bei der Behandlung von Zeitgesetzen, die in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh nicht geregelt ist, sowie bei Ahndungslücken zum Tragen.⁴⁵

III. Die Sonderregelung für Zeitgesetze in § 2 Abs. 4 StGB und die Behandlung von Ahndungslücken als Testfall für den unionsrechtlichen Grundrechtsschutz

Angesichts des Anwendungsvorrangs des primären Unionsrechts, dem auch die europäischen Grundrechte unterliegen, und der Anerkennung als Ausprägung des Art. 7 EMRK ist davon auszugehen, dass das nationale Milderungsgebot als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nunmehr auch Verfassungsrang und damit absoluten Charakter erlangt hat und deshalb dem Gesetzgeber Schranken setzt. Dies wirft zum einen die Frage auf, ob die nationale Einschränkung des Milderungsgebots für Zeitgesetze (§ 2 Abs. 4 StGB) mit Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh und Art. 7 EMRK vereinbar ist, und zum anderen, ob das Milderungsgebot eine nachträglichen Schließung versehentlich entstandener Strafbarkeitslücken durch den Gesetzgeber entgegensteht.⁴⁶

43 Siehe dazu *Gaede*, *wistra* 2011, 365, 369, 370 ff. m.w.N.

44 Näher dazu *Gaede*, *wistra* 2011, 365, 369; *ders.*, *wistra* 2017, 41, 48.

45 Näher dazu unten sogleich unter III.

46 *Jäger*, in: SK/StGB, § 2 Rn. 24; *Satzger*, in: SSW-StGB, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 16; *Gaede*, *wistra* 2011, 365, 372 f.; *ders.*, *wistra* 2017, 41, 49; *Rossi*, ZIP 2016, 2446 f.

1. Verdrängung der Sonderregelung für Zeitgesetze in § 2 Abs. 4 StGB durch Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh vor?

§ 2 Abs. 4 StGB schränkt das Milderungsgebot bei Zeitgesetzen, die nur für eine bestimmte Zeit gelten sollen, ein. Ein Zeitgesetz ist nach der gesetzlichen Anordnung auch noch anzuwenden, wenn es infolge Zeitablaufs außer Kraft getreten ist, um zu verhindern, dass das Gesetz, das nur für vorübergehende Verhältnisse gedacht ist, seine Verbindlichkeit gegen Ende der Geltungszeit verliert. Wäre die Norm mit ihrem Außerkrafttreten vom Strafrichter nicht mehr anzuwenden, so würden viele Täter darauf spekulieren, dass vor diesem Zeitpunkt noch kein rechtskräftiges Urteil ergehen wird. Hierin kann eine Nachwirkung des eigentlich nicht mehr anwendbaren Gesetzes gesehen werden.⁴⁷ Da Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh keine solche Durchbrechung des Milderungsgebots enthält, stellt sich die Frage, ob das unionsrechtliche Milderungsgebot Vorrang vor § 2 Abs. 4 StGB hat. Diese Frage stellte sich im Zusammenhang mit der Einschränkung von Grundfreiheiten Angehöriger von Mitgliedstaaten, die neu der EU beigetreten waren (Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Bulgaren und Rumänen), und dem späteren Wegfall dieser Einschränkungen.⁴⁸

Der EuGH nahm hierzu in der Rechtssache *Paoletti*⁴⁹ Stellung und kam zu dem Ergebnis, dass die Strafbarkeit des damaligen Geschehens nicht entfallende, weil sich die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens nicht geändert habe, sondern nur der vorgelagerte tatsächliche Sachverhalt. Eine gegenteilige Entscheidung liefe darauf hinaus, diese Art von Handeln ab dem Zeitpunkt zu fördern, zu dem ein Staat in den Prozess zum Beitritt zur Union eingetreten ist, weil die Arbeitskräftehändler dann über die Gewissheit verfügten, später straffrei auszugehen. Das erreichte Ziel stünde also im Widerspruch zu dem vom Unionsgesetzgeber angestrebten Ziel, die Arbeitnehmerfreizügigkeit erst ab dem Beitritt Rumäniens zu gewähren.

Damit kommt derselbe Gesichtspunkt wie bei der Einschränkung des *lex mitior*-Grundsatzes bei Zeitgesetzen zum Tragen. Daher kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH bei der Bestimmung der Grenzen des Milderungsgebots zu ähnlichen Ergebnissen kommen wird, wie sie auch im nationalen Recht vertreten werden.

47 Tiedemann, FS K. Peters, 1974, S. 193, 195; T. Walter, FS Tiedemann, 2008, S. 969, 983.

48 Ablehnend Mosbacher NSStZ 2015, 255; bejahend Tuengerthal/Rothenböfer wistra 2014, 417.

49 EuGH, NVwZ-RR 2016, 933, 933(Paoletti); dazu Gazin, Europe 12/2016, 17; Gundel, BayVBl. 2017, 649, 653.

2. Milderungsgebot und intertemporale Ahndungslücken

Im Kontext gesetzlicher Neuregelungen treten immer wieder Fehler des Gesetzgebers auf, die zu einer Ahndungslücke führen.⁵⁰ Als aktuelles Beispiel kann die Strafbarkeit der Marktmanipulation durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz genannt werden, bei der es zu einer eintägigen temporalen „Ahndungslücke“ gekommen ist.⁵¹

Der 5. Strafsenat des BGH⁵² verneinte eine Ahndungslücke.⁵³ Die Verweisungen in den Strafgesetzen auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften am 2.7.2016 seien nicht „ins Leere“ gegangen. Vielmehr führten die Bezugnahmen in den Strafnormen dazu, dass die EU-rechtlichen Regelungen bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit)anwendbar erklärt worden seien. Es sei der Wille des deutschen Normgebers ersichtlich, unionsrechtliche Vorschriften ungeachtet ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit im nationalen Recht in eine Blankettnorm aufzunehmen.

Auch das BVerfG⁵⁴ verneinte in seinem Nichtannahmebeschluss eine Ahndungslücke mit der Begründung, das nationale Strafrecht nehme nicht zwingend die außerstrafrechtliche Verbotsnorm in Bezug, die in Geltung sein müsse, sondern könne auch lediglich den Wortlaut der Verbotsnorm in Bezug nehmen und so zur Bestrafung ermächtigen. Denn Verweisungen in Blankettgesetzen seien regelmäßig ein bloßer Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen;⁵⁵ der in Bezug genommene Normtext werde in die Verweisungsnorm inkorporiert, so dass letztere autonom und unabhängig von der Bezugsnorm die Rechtsfolge bestimmt. Es komme nicht darauf an, ob die Bezugsnorm ihrerseits eine Rechtsfolge ausspricht und bereits „gilt“ oder noch nicht „gilt“. Voraussetzung einer wirksamen Inbezugnahme sei

50 Dazu bereits BGH NStZ 1992, 535, 536 (Kälbermastentscheidung).

51 Das Vorliegen einer Ahndungslücke bejahend *Bergmann/Vogt*, wistra 2016, 347, 351; *Bülte/Müller*, NZG 2017, 205, 210 ff; *Gaede*, wistra 2017, 41, 46; *Jäger*, in: SK-StGB, § 2 Rn. 19; *Jahn/Brodowski*, FS Neumann, 2017, S. 883, 893 ff; *Lorenz/Zierden*, HRRS 2016, 443, 448; *Möllers/Herz*, JZ 2017, 445, 446 ff; *Rothenfußler/Jäger*, NJW 2016, 2689, 2691 ff; *Rothenfußler*, AG 2017, 149 ff; *Rossi*, ZIP 2016, 2437, 2443; *Szesny*, BB 2017, 515, 518.

52 BGH EWiR 2017, 165 m. Anm. *Janssen/Wessing*; NJW 2017, 966 m. Anm. *Rossi*; NStZ 2017, 234 m. Anm. *Pananis*; NZG 2017, 236 m. Anm. *Brand/Hotz*; NZWiSt 2017, 146 m. Anm. *Bergmann/Vogt*; WuB 2017, 309 m. Anm. *Moellers/Herz*.

53 Ebenso *Klöhn/Bittner*, ZIP 2016, 1801 ff.; *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 2/2017 Anm. 5.

54 BVerfG, Beschluss vom 03.05.2018 – 2 BvR 463/17, Rn. 9.

55 Vgl. dazu BVerfGE 47, 285, 312; 143, 38, 55.

lediglich, dass die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind; die Strafbarkeit seines Verhaltens sei für den Normunterworfenen dann in gleicher Weise vorhersehbar, als wäre der Normtext in die Blankettnorm aufgenommen worden.

Das BVerfG verneint hier das Vorliegen einer Ahnungslücke mit schlüssiger Argumentation, die aber gleichwohl konstruiert und auf den ersten Blick wenig überzeugend erscheint. Man kann Zweifel an der Auslegung des Strafgesetzes durch den BGH haben.⁵⁶ Der vom BVerfG gewählte Weg war hingegen richtig und wurde konsequent verfolgt: Zunächst wurde das Inkrafttreten der Strafnorm des § 52 WpHG geprüft und der Zeitpunkt der Rechtsgeltung ab 2.7.2016 bestimmt. Sodann wurde als Inhalt der Regelung die Inbezugnahme des Wortlauts der unionsrechtlichen Verbotsnorm im Wege der Auslegung ermittelt und diese Auslegung als für den Bürger vorhersehbar (Art. 103 Abs. 2 GG) bewertet. Das Milderungsgebot kam somit nicht zum Tragen, zumal das BVerfG dieses Gebot als Rechtsinstitut einfachen Rechts einordnet und deshalb nicht prüfen durfte.⁵⁷

Hätte das BVerfG eine Inbezugnahme der EU-rechtlichen Verbotsnormen bejaht, so wäre es zu einer Regelungslücke gekommen, die der Gesetzgeber nachträglich geschlossen hat. Ob eine solche Lückenschließung wirksam ist, hängt entscheidend von der Auslegung des Milderungsgebots als Meistbegünstigungsgebot ab, wie es der EGMR anerkannt hat. Diese Auffassung dürfte weder beim EuGH, der sich nicht an die Rechtsprechung des EGMR gebunden sieht, noch beim BVerfG auf Akzeptanz stoßen, denn dann können einmal entstandene Ahnungslücken nicht mehr durch nachträgliche Zwischengesetze geschlossen werden, wie dies das BVerfG zulässt,⁵⁸ wenn die Straflosigkeit nicht über eine längere Zeitspanne bestand.⁵⁹ Unter Berufung auf die Entscheidung BVerfGE 81, 132, 137⁶⁰ hat das BVerfG⁶¹ in Bezug auf das Fahrpersonalgesetz die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber eine zwischenzeitlich entstandene Ahnungs-

56 Siehe dazu *Gaede*, *wistra* 2017, 41, 45.

57 Zu den Konsequenzen für die Einordnung des § 2 StGB als Regelung des zeitlichen Anwendungsbereich von Strafgesetzen siehe unten IV.

58 BVerfGE 81, 132 ff.

59 Vgl. BVerfGE 81, 132, 137; dazu *Dannecker*, *Das intertemporale Strafrecht*, 1993, S. 433.

60 Ebenso OLG Stuttgart, *NStZ-RR* 1999, 379 f.; OLG Bamberg, *BeckRS* 2011, 18191; OLG Düsseldorf, *NJW* 2008, 930 f.; OLG Koblenz, *NVZ* 2008, 311, 312 f.

61 BVerfG *NJW* 2008, 3769.

lücke ohne Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nachträglich schließen kann. Dem Meistbegünstigungsprinzip komme kein spezifisch verfassungsrechtlicher Schutz zu; es sei weder von Art. 103 Abs. 2 GG umfasst, noch liege eine von Art. 3 Abs. 1 GG untersagte Ungleichbehandlung vor.

Seit Inkrafttreten der Grundrechtecharta ist das Milderungsgebot aber auf eine neue Grundlage gestellt und mit Verfassungsrang garantiert, so dass einer nachträglichen Korrektur einer Ahnungslücke nunmehr die Unionsverfassung entgegenstehen kann.⁶² Eine Einschränkung des unionsrechtlichen Milderungsgebots ist, wie dargelegt, nach Art. 52 Abs. 1 GRCh möglich, und zwar unter Achtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Wesensgehalts des eingeschränkten Rechts. Eine Einschränkung des Milderungsgebots in Fällen einer Ahnungslücke bei der Umsetzung von Unionsrecht könnte damit begründet werden, dass gleichheitswidrige Begünstigungen einzelner Bürger zu vermeiden sind, die nicht auf einer besseren Rechtserkenntnis beruhen. Außerdem sollen Taten nicht ohne überzeugenden Grund ungeahndet bleiben, an deren Unrechtscharakter keine Zweifel bestehen, während vor der Gesetzgebungspanne abgeurteilte und nach ihrer Beseitigung begangene identische Taten uneingeschränkt bestraft werden. Bei einer solchen Argumentation bliebe jedoch unberücksichtigt, dass der Gesetzgeber bei der Strafgesetzgebung von vornherein unter einer besonderen Sorgfaltspflicht steht und dem Bestimmtheitsgebot Rechnung tragen muss. Ihm darf nicht gestattet werden, seine eigene Fehlleistung auf Kosten der Einschränkung eines europäischen Grundrechts ohne jede begrenzende Rechtfertigungslast zu korrigieren.⁶³ Der Bürger darf gerade darauf vertrauen, dass gesetzliche Änderungen der Rechtslage vom Gesetzgeber auch tatsächlich gewollt sind. Der nicht sorgfältig arbeitende Gesetzgeber muss sich an seiner Entscheidung festhalten lassen, wenn er keine Gründe benennen kann, die über die allgemeinen Gründe für die Schaffung des Tatbestandes hinausgehen. Deshalb verstoßen Korrekturen unfreiwillig entstandener Ahnungslücken grundsätzlich gegen Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh und dürfen nicht mehr vorgenommen werden.⁶⁴

62 Dazu *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, S. 429 ff.

63 *Gaede*, *wistra* 2011, 365, 373.

64 *Fischer*, StGB, § 2 Rn. 12; *Gaede*, in: AnwK-StGB, § 2 Rn. 4; *ders.*, *wistra* 2011, 365, 367 ff.; *Schmitz*, in: MüKo-StGB § 2 Rn. 18; *Chr. Schröder*, FS Mehle, S. 601 ff.; *Schützendübel*, Die Bezugnahme auf EU-Verordnungen in Blankettgesetzen, 2012, S. 124; *Stachelin*, BB 2000, 1663 f.; *Jäger*, in: SK-StGB, § 2 Rn. 17.

IV. *Rechtsgeltung und Milderungsgebot im Mehrebenensystem des Völker-, Europa- und des nationalen Rechts*

Die Frage nach der Rechtsgeltung ist dem Grundrechtsschutz des Art. 49 GRCh und des Art. 103 Abs. 2 GG wie auch Art. 7 EMRK vorgelagert und bestimmt sich nach dem staatsrechtlichen *lex-posterior-derogat-legi-priori*-Grundsatz. Entsprechend hat sowohl das BVerfG die Geltung der WpHG-Straftatbestände ohne Rückgriff auf § 2 Abs. 1 StGB, wonach der Verurteilung das zur Zeit der Tat geltende Gesetz zugrunde zu legen ist, als auch der EuGH in der Berlusconi-Entscheidung die Rechtsgeltung der italienischen Strafnorm losgelöst vom nationalen bzw. unionsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip bestimmt und unabhängig vom Milderungsgebot entschieden. Daher handelt es sich bei § 2 StGB um eine Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs von Strafgesetzen – die Frage, in welchem Zeitraum sich die von dem Tatbestand erfassten Sachverhalte und Vorgänge ereignet haben müssen, damit die Regelung zur Anwendung kommt – und nicht um eine Rechtsgeltungsregel.⁶⁵

Die bei der Anwendung geltender Strafrechtsnormen einzuhaltenden Garantien ergeben sich sodann aus Art. 103 Abs. 2 GG und dem in § 2 Abs. 4 StGB geregelten Meistbegünstigungsprinzip sowie aus Art. 49 Abs. 1 und 2 GRCh, die nebeneinander zur Anwendung kommen können. Angesichts der bisherigen „einschränkungsfreundlichen“ Auslegung des Milderungsgebots durch den EuGH ist davon auszugehen, dass es dabei zu einer weitgehend einheitlichen Auslegung des Milderungsgebots kommen wird, bei der sich das vom EGMR anerkannte Meistbegünstigungsprinzip wohl nicht durchsetzen dürfte.

65 So aber Jäger, in: SK-StGB, § 2 Rn. 3; Schmitz, in: MüKo-StGB, § 2 Rn. 5 ff.; Mohrbotter, ZStW 88 (1976), 923, 927; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder-StGB, § 2 Rn. 1; Satzger, in: SSW-StGB § 2 Rn. 9.

El desistimiento de la tentativa desde la perspectiva analítica-teleológica

Alejandro David

I. Introducción

Esta contribución está basada en mi tesis doctoral “El desistimiento de la tentativa. Fundamento de su impunidad y naturaleza jurídica” dirigida por el Prof. Kindhäuser y defendida en la Universidad Austral de Buenos Aires. Ella constituye un intento de divulgar los fundamentos de la teoría analítica-teleológica del querido profesor en el ámbito académico argentino.

En concreto, aquella investigación tuvo por objeto analizar el fundamento de la impunidad del desistimiento y sus repercusiones prácticas sobre el requisito objetivo de eficacia a la luz de la teoría analítica-teleológica. Las principales conclusiones de la tesis constituyen el contenido de este trabajo.

II. Concepto y ubicación sistemática

De acuerdo con la teoría analítica-teleológica,¹ el contenido y el fin de la norma de sanción son iguales en todos los tipos de delitos. Específicamente, la finalidad de cada norma de sanción es garantizar el reconocimiento -con eficacia para la acción- de la respectiva norma de comportamiento.

En este sentido, el desistimiento constituye un presupuesto negativo de la norma de sanción: en caso de desistimiento no se le aplica la pena al autor. Por tanto, la determinación del desistimiento debe partir del fin de la norma de sanción y no de la finalidad de la norma de comportamiento: aquel no se refiere al carácter prohibido de una conducta, sino a la responsabilidad penal por una contradicción de la norma. Lo expuesto permite ubicar sistemáticamente al desistimiento como una causa personal de supresión de la pena (*Strafaufhebungsgrund*).

1 Para un profundo desarrollo, ver *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1ª ed., Frankfurt am Main, 1989.

Desde esta perspectiva, asumiendo como premisa que el fin de la pena es asegurar la validez de la norma de comportamiento, el desistimiento solo puede conducir a la impunidad cuando el sujeto revierta o rectifique el déficit de reconocimiento de la norma, que su conducta ha puesto de manifiesto.

Mediante la acción de desistimiento, el sujeto debe expresar que, en última instancia, quiere seguir la norma, en la cual se puede seguir confiando, a fin de cuentas, como pauta de conducta vinculante.

III. El fundamento de la impunidad del desistimiento

La impunidad del desistimiento se puede fundamentar desde dos grandes perspectivas, según se parta del fin de la norma de comportamiento o del fin de la norma de sanción.²

Desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos -fin de la norma de comportamiento-, la impunidad del desistimiento se basa en la efectiva salvación del bien jurídico -u objeto de acción- puesto en peligro por la acción de tentativa. Se pone el acento sobre el “valor de resultado”, donde lo único relevante es la evitación de la lesión.

Por el contrario, desde el aseguramiento de la vigencia de la norma de comportamiento -fin de la norma de sanción-, solo el restablecimiento de su validez podrá sustentar la impunidad del desistimiento. Esta perspectiva le otorga mayor relevancia al “valor de acción”, puesto que la supresión de la pena dependerá de que la conducta de desistimiento pueda interpretarse como expresión de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción.

No resulta convincente considerar la salvación del objeto de acción amenazado como fundamento del desistimiento. No es compatible con el concepto de desistimiento de la teoría analítica-teleológica. Como presupuesto negativo de la norma de sanción, la mera referencia a ésta determina la falta de plausibilidad del punto de vista de los bienes jurídicos. Se confunde los fines de las normas de comportamiento y los de la norma de sanción

2 Puede comprobarse cierta correspondencia de ambas fundamentaciones con las orientaciones opuestas en torno a los fines del Derecho penal. Cfr., en este sentido, *Alcácer Guirao*, Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, 1ª ed., Bogotá, 2004, *passim*. Asimismo, la oposición entre aquellas dos fundamentaciones también es planteada por *Bloy*, *Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung*, JuS 1987, p. 528 ss.

e implícitamente se desconoce la distinción entre norma e imputación como categorías del hecho punible. Además, es inaplicable en el caso de tentativa inidónea, donde precisamente no hay nada que salvar.³

De allí que el punto de partida debe ser la norma de sanción en virtud de una consideración lógica: los argumentos en favor de la supresión de pena en caso de desistimiento deben ser de la misma índole que aquellos que sustentan la punibilidad de la tentativa.⁴ La razón es evidente: las consecuencias jurídicas del desistimiento radican precisamente en desvirtuar las razones que fundamentan el castigo de la tentativa.

Por tanto, el fundamento de la impunidad del desistimiento consiste en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa, porque el desistimiento suprime justamente el fundamento de su punibilidad.

Como categoría de la norma de sanción, la legitimidad de la tentativa deriva de su finalidad: garantizar la validez de la norma de comportamiento, y su prohibición radica en que, como conducta, expresa su no reconocimiento como razón eficaz para la acción. La tentativa resulta punible porque constituye una “contradicción de la norma” (*Normwiderspruch*).

El quebrantamiento de la vigencia de la norma constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa como única consecuencia susceptible de reparación simbólica *ex post*, en tanto la imposición de la pena reafirma comunicativamente la vigencia de la expectativa de conducta como pauta vinculante, a pesar de su defraudación y de manera contrafáctica.

Desde esta perspectiva, el desistimiento se caracteriza por operar de igual modo que la pena: el sujeto manifiesta que se puede continuar confiando en la norma de conducta, de modo tal que ya no es necesario restituir su validez aplicando una pena. Al tomar distancia de una contradicción de la norma ya iniciada, el sujeto devuelve a los cosujetos la confianza en que la norma será respetada.⁵

De esta forma, el desistimiento cumple la misma función que la norma de sanción: restablece la vigencia de la norma de comportamiento y, por

3 Tal como expone *Kindhäuser*, *Gefährdung*, p. 218 nota 9, esta objeción también se aplica a la teoría del puente de oro y a la teoría del premio, en tanto ambas se basan en el argumento que el desistimiento resulta impune en pos de la protección de los bienes jurídicos.

4 En sentido similar, cfr. *Jakobs*, *El desistimiento como modificación del hecho*, en: *Estudios de Derecho Penal*, trad. de peñaranda ramos, Madrid, 1997, 325, (título original: *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*, *ZStW* 1992, 82–104); *Murmann*, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg, 1999, p. 27 ss.; *Heintschel-Heinegg*, *Versuch und Rücktritt* *ZStW* 109 (1997), p. 29, p. 37.

5 En esta línea, cfr. *Murmann*, *Versuchsunrecht*, p. 28.

tanto, hace innecesaria la aplicación de una pena, ya que opera como un “subrogado”, un “equivalente funcional” que satisface su misma finalidad simbólica.⁶

Con el inicio de la tentativa, verificados los presupuestos de imputación, se configura irremediamente el injusto de acción culpable y, en consecuencia, se entra en el ámbito de lo punible. La conducta posterior de desistimiento, aun cuando deje intacta la existencia del aquel injusto de acción, restaura la validez de la norma y suprime la necesidad de pena de la tentativa, porque la pena innecesaria carece de fundamento legítimo.

IV. *El fundamento de la impunidad del desistimiento y su requisito objetivo de eficacia*

En este trabajo se parte de la regulación legal del desistimiento en los códigos penales alemán, español y argentino.

El § 24 StGB establece que: “..no será castigado por tentativa, quien voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación..”; el art. 16.2 CP español dispone que “..quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado..” y el art. 43 CP argentino determina que “el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

6 Cfr. Alcácer Guirao, Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en el derecho penal, Bogotá, 2006, p. 280, quien, sin embargo, señala que la concepción del desistimiento como subrogado de la pena no implica abandonar la protección de bienes jurídicos como fin esencial del Derecho penal, ni renunciar a una configuración del injusto de tentativa basado en el peligro para el bien jurídico. Desde su perspectiva, establece una nítida distinción entre los presupuestos para el castigo de la tentativa -el peligro para el bien jurídico como merecimiento de pena- y el fundamento de su sanción -el quebrantamiento de la vigencia de la norma como necesidad de pena-. Con relación al fundamento de la tentativa, cfr. Alcácer Guirao, La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2013, p. 350 ss. Sobre la distinción entre merecimiento y necesidad de pena, cfr. Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, Frankfurt/M, 1990, *passim*; Luzón Peña, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Tomo 46, I, enero-abril 1993, p. 21, p. 25.

En estos textos legales se aprecia una doble exigencia:⁷ la concurrencia de un requisito objetivo -eficacia como evitación de la consumación – y la de un requisito subjetivo -voluntariedad-, donde el primero se plantea sobre la base de la distinción entre tentativa acabada e inacabada. Para la tentativa inacabada requiere el abandono de la ulterior ejecución del hecho, mientras que la tentativa acabada requiere la evitación de la consumación o del resultado.

Esta investigación se limita al análisis específico del requisito objetivo de eficacia, sin que ello implique desconocer la importancia de la voluntariedad, requisito que más ha concitado la atención de doctrina y jurisprudencia⁸ hasta el punto de haberse escrito mucho más sobre ella que sobre el fundamento mismo del desistimiento.

Planteado entonces el tema, surge un primer interrogante ¿cuándo cabe afirmar la existencia de un desistimiento eficaz? Si la respuesta fuese “cuando se evite el resultado”, entonces la misma pregunta se podría reformular en los siguientes términos: ¿cuándo se puede interpretar la acción del sujeto como evitación del resultado?

La tesis de partida será que solo se cumplirá con el requisito de eficacia cuando pueda imputársele al sujeto la evitación del resultado, lo que nos remite a definir cuáles han de ser estos criterios de imputación.

La cuestión solo tiene relevancia práctica para la tentativa acabada, es decir, para los supuestos de desistimiento activo, en los cuales el sujeto ya ha realizado -según su representación- todo lo necesario para la realización del resultado. Por definición, en la tentativa inacabada el sujeto todavía mantiene el dominio del curso causal lesivo por él iniciado, de modo que evitar o no el resultado dependerá totalmente de su decisión de abandonar la ejecución ulterior del hecho o de continuar actuando.⁹ Por el contrario, en la tentativa acabada el curso causal lesivo se encuentra fuera del dominio del sujeto, por lo que, para evitar el resultado, deberá iniciar otro curso causal que neutralice la relevancia lesiva de aquel.

7 Expresamente el § 24 StGB y el art. 16.2 del CP español e implícitamente el art. 43 del CP argentino.

8 Mientras que se le deparó una atención mucho más modesta al requisito de eficacia. Incluso, hasta no hace mucho tiempo, ni siquiera era objeto de análisis en la literatura de habla hispana.

9 Cfr. *Alcácer Guirao*, Estudios, p. 262; *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), p. 29, p. 52: en la tentativa inacabada, el no continuar con la acción importa ya la opción óptima para evitar el resultado. Y ello más allá de las discrepancias en torno a qué significa “abandonar la ulterior ejecución del hecho”; sobre esto, cfr. por todos *Kindhäuser*, Strafrecht. AT, 6ª ed., Baden-Baden, 2013, p. 261.

De este modo, centrado el análisis en la eficacia del desistimiento de la tentativa acabada, la solución dependerá de la perspectiva que se adopte con relación al fundamento de la impunidad del desistimiento.

Si se parte de la protección de bienes jurídicos, se evitará el resultado con la efectiva salvación del objeto de acción, para lo cual alcanzará la mera colocación de una causa para ello, sin que tenga mayor relevancia la calidad de la acción de salvación. Por el contrario, desde la perspectiva del fin de la norma de sanción, cuya corrección es defendida en este trabajo, se planteará la exigencia de una cierta cualidad de la conducta para que se le pueda atribuir el significado de rectificación de la contradicción de la norma.

V. La exigencia de una acción calificada -prestación óptima- como consecuencia de la ratio de la impunidad del desistimiento

Para que la acción de desistimiento suprima la necesidad de pena de la tentativa se le debe atribuir el significado intersubjetivo de expresión personal de reconocimiento del Derecho.

En consecuencia, para rectificar el mensaje de contradicción a la norma de comportamiento, no bastará con realizar lo que ella prescribe: evitar intencionalmente la conducta antinormativa; por ejemplo, la lesión de un bien jurídico.

Será necesaria una acción que vaya más allá de lo exigido por la norma de conducta, que exprese un reconocimiento reforzado, indudable, inequívoco de la norma.¹⁰ Por eso, ya no será suficiente evitar el resultado, sino que el sujeto tendrá que realizar todo lo que resulte prácticamente necesario para ello, todo lo que esté en sus manos. Solo esta aportación óptima podrá ser interpretada cualitativamente como rectificación de la contradicción de la norma.

Solo cuando el sujeto se esfuerce por anular por completo el riesgo generado por su acción anterior,¹¹ el desistimiento podrá ser considerado como restablecimiento de la vigencia de la norma. Si conscientemente deja de realizar la acción más segura, solo estará anulando parte del riesgo crea-

10 Fundamentación lógica de este plus cualitativo: no está en la misma situación el sujeto que no infringió el deber que el sujeto que sí lo hizo mediante una acción de tentativa, es decir, un sujeto que ya puso de manifiesto que no quiere seguir la norma, que no la reconoce como una razón eficaz para la acción.

11 Siempre y cuando, además, que no se produzca efectivamente el resultado típico. Por ello también se habla del "requisito de eficacia" del desistimiento.

do. Habrá neutralizado la relevancia causal lesiva de la conducta previa solo parcialmente y, por tanto, habrá dejado la evitación del resultado en parte en manos del azar, lo que cabe interpretar como una postura de indiferencia frente al ordenamiento jurídico.

La fidelidad al Derecho tiene carácter absoluto: o se es fiel o no se es fiel; no existe una posibilidad intermedia,¹² del mismo modo que la norma se sigue o no se sigue. La rectificación debe ser completa, desplazar totalmente el riesgo creado y no dejar ningún espacio para el azar en la evitación del resultado.

Ahora bien, puesto que en el desistimiento se trata de evitar que la antinormatividad supervenga a “la infracción de deber” ya iniciada, es decir, que se consume el delito doloso de resultado, a fin de determinar si la acción de desistimiento cumple con el requisito de prestación óptima, resulta ineludible la referencia al bien jurídico u objeto de acción como parámetro de la relevancia causal de la conducta de tentativa para lesionarlo o, en su caso, ponerlo en peligro.

La dicotomía entre las dos perspectivas teleológicas desde las cuales se puede fundamentar la impunidad del desistimiento -protección de bienes jurídicos o garantía de la vigencia de la norma- no implica una oposición de fondo.¹³ Es cierto que replica la estricta distinción entre fin de la norma

12 En el sentido de una posición de indiferencia o poco comprometida con los bienes jurídicos, cfr. *Murmann*, *Versuchsunrecht*, p. 64.

13 En el mismo sentido, cfr. *Alcácer Guirao*, *Estudios*, p. 17, p. 284 ss. Desde la perspectiva de este autor, el fin de protección de bienes jurídicos no está alejado del fin de protección de la vigencia de la norma como pudiera parecer. En este sentido, afirma que “...la protección de ese grado de seguridad persigue garantizarle al ciudadano que sus bienes jurídicos serán respetados por terceras personas...En otras palabras: mientras el fin de protección de bienes jurídicos protege las condiciones materiales de la libertad: vida, salud, propiedad..., el fin de protección de la vigencia de la norma protege las condiciones subjetivas de desarrollo de esa libertad, en tanto rodea la disposición personal de dichos bienes de un entorno de seguridad y tranquilidad. Podría hablarse, en este sentido, de una relación complementaria entre ambos fines: la protección de bienes jurídicos implicará *eo ipso* la protección de la vigencia de la norma y, de forma inversa, la protección de la vigencia de las normas motivará al respeto de las normas y, por ello, a la protección de bienes jurídicos...” En cualquier caso, para *Alcácer Guirao*, la protección de bienes jurídicos constituye el fin principal del que depende y, por tanto, al que se subordina axiológicamente el fin de garantizar esa confianza de seguridad. La razón es evidente: para la libertad del ciudadano lo fundamental es la disponibilidad del bien jurídico, antes que la confianza en que no será lesionado. Sin la disponibilidad del bien no hay nada que asegurar. El ciudadano está interesado prioritariamente en su vida y solo secundariamente en la seguridad de que será respetada.

de comportamiento y fin de la norma de sanción; y, en tanto las reglas de imputación se incluyan dentro de estas últimas como su complemento indispensable, también respeta la distinción analítica entre normas e imputación como categorías del hecho punible. Sin embargo, en esta investigación también se asume la recíproca referencia entre los conceptos “antinormatividad” e “imputación” como una relación pragmática que no se opone a aquella separación.

En rigor, tras el concepto analítico-teleológico de hecho punible, como constructo interpretativo constituido por reglas prescriptivas y adscriptivas con un valor declarativo específico -la contradicción de una norma de comportamiento-, subyace una relación complementaria de integración entre antinormatividad y reglas de imputación y, en especial, entre los fines específicos de las normas de comportamiento y las normas de sanción.¹⁴ Se trata de dos aspectos de un único sistema de normas institucionalizado que se realzan de acuerdo con la dirección del enfoque que se adopte,¹⁵ pero donde siempre está presente una referencia mediata o inmediata a la protección de los bienes jurídicos. En efecto, si bien su protección constituye la finalidad inmediata de las normas de comportamiento, también las normas de sanción asumen esa misión, aunque de forma mediata a través de la protección de la validez de aquellas normas de comportamiento.¹⁶

Retomando la cuestión sobre la calidad de la acción de desistimiento, cabe asumir que la situación ante el Derecho de quien ya ha quebrantado la norma de conducta mediante su acción de tentativa no es la misma que la del sujeto que no lo ha hecho.

14 Cfr. *David*, El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, p. 129 ss.

15 Cfr. *Silva Sánchez*, Normas y acciones en Derecho Penal, 1ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 26–33, de quien se toma el ejemplo de los semáforos. Allí, el autor describe que, como fuente de orientación, “la luz verde explica de modo institucionalizado la expectativa (normativa) del conductor de que no se le crucen otros vehículos...esta expectativa es compatible obviamente con el fenómeno cognitivo de que hay conductores que no respetan el semáforo y defraudan (cognitivamente) la expectativa del conductor al que el semáforo verde le da vía”. Por el contrario, como mandato o prohibición, el semáforo rojo expresa, ciertamente, frente al conductor que lo tiene ante sí, “la expectativa normativa de quien, por su parte, lo tiene verde, de que no se produzca una colisión. Pero difícilmente puede afirmarse que no prohíbe nada a nadie o que en todo caso esa dimensión directiva constituye simplemente un efecto secundario”; paréntesis en original.

16 En este sentido, *Alcácer Guirao*, Estudios, p. 284, afirma que “el código de comunicación socialmente relevante para efectos jurídico-penales es el respeto a los bienes jurídicos”.

Para todos los ciudadanos rige, como deber abstracto, el criterio de corrección jurídica de la norma de comportamiento: por ejemplo, en los delitos de resultado, la prohibición de colocar una causa para su producción. Ya se encuentra establecido *ex ante* cómo no debe ser una conducta: causal para producción de un resultado típico; solo puede quedar más o menos abierto si, *ceteris paribus*, un comportamiento determinado lo producirá.

Ahora bien, si frente a una situación de hecho concreta, el sujeto tiene capacidad de acción para realizar lo normativamente adecuado, aquella norma abstracta se concreta pragmáticamente en el deber concreto de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Si, en virtud de su poder físico y de sus conocimientos, el sujeto asume que su conducta exhibe las características que, *ceteris paribus*, harán supervenir la antinormatividad -producción del resultado típico-, entonces su deber concreto es omitirla. Si no lo hace, se le imputa una “infracción de deber” – punible, si además es culpable- con independencia de la efectiva producción del resultado. Este es justamente el caso del sujeto que, con su acción de tentativa, ha quebrantado la vigencia de la norma de comportamiento y que, por tanto, ha entrado en el ámbito de lo punible.

Esta evidencia de situaciones diferentes entre este sujeto -autor de tentativa- y los demás -aquellos que se mantienen fieles al Derecho- debe repercutir en una exigencia calificada para la acción de desistimiento que torne innecesaria la pena de la tentativa.

Veamos: con el inicio de la tentativa, el sujeto ya infringió el deber concreto (*Pflicht*) de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Sin embargo y a pesar de la contradicción de la norma que ello implica, ese deber concreto sigue vigente: sería absurdo sostener que cesa y que el autor de tentativa dispone de un “espacio de libertad” o algo similar. Sigue vigente, pero transformado en un deber concreto de desistir, al menos, en la forma de cualquier acción adecuada para evitar la producción del resultado. Pero como este deber concreto de desistir representa la continuación de aquel deber concreto de evitar intencionalmente la realización del tipo penal -antinormatividad-, la mera observancia de esa exigencia, tras haber desautorizado la norma de comportamiento, no puede conducir a una exención extraordinaria como la impunidad del desistimiento.

Por tanto, quien ya ha cuestionado la validez de la norma con su conducta previa de tentativa, deberá realizar una aportación extraordinaria para que su rectificación pueda ser interpretada intersubjetivamente como reconocimiento personal del Derecho. Y esa prestación extraordinaria debe ir más allá del contenido del deber concreto transformado en deber de desistir.

De este modo, como no cesa la vigencia del deber concreto de evitar la realización del tipo de resultado después de contradecir la norma, una vez quebrantada, la impunidad que ofrece el ordenamiento jurídico con la institución del desistimiento constituye una oportunidad extraordinaria.

Y en este sentido, a pesar de que pueda parecer contradictorio, el desistimiento constituye, por un lado, un deber y, por el otro, una oportunidad. Tras el inicio de la tentativa, especialmente tras la pérdida del control del riesgo que implica la tentativa acabada, el sujeto ya resulta punible -con la pena de la tentativa- por el injusto de acción imputado. Si, además, se produce el resultado, es decir, si al valor declarativo subjetivo de la conducta como “infracción de deber” se le añade el valor declarativo objetivo, se le impondrá una pena distinta: la del delito consumado correspondiente.

El sujeto puede eludir la imposición de esta sanción por delito consumado evitando el resultado mediante cualquier tipo de acción. En otras palabras, la observancia del deber actualizado tras el inicio de la tentativa solo impedirá el castigo por el delito consumado¹⁷ y no el de la tentativa ya realizada. No obstante, el ordenamiento jurídico la ofrece al sujeto la posibilidad extraordinaria de quedar exento también de la pena por la tentativa anterior, siempre y cuando realice una prestación calificada, cualitativamente distinta de la mera evitación causal del resultado.

Mientras que el deber concreto de evitarlo se satisface con cualquier acción en ese sentido -y, así, en tanto se evite efectivamente, se exime de la pena por el delito consumado-, la oportunidad de la impunidad deberá exigir, además de ausencia de resultado, la realización de la prestación óptima. Este es el sentido con el que cabe interpretar de *lege lata* el requisito de “evitar la consumación” del § 24 StGB o de “impedir la producción del resultado” del art. 16.2 del CP español.

17 Podría afirmarse que dicha consecuencia se debe a la inexistencia de merecimiento de pena del delito consumado, en tanto se acepte la distinción entre merecimiento y necesidad de pena en correspondencia con la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción. En este sentido, cfr. *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, 1993, p. 39, nota 73, donde afirma que el merecimiento de pena es decidido por el legislador en vista de las normas de conducta penales y la necesidad específicamente penal de aseguramiento de una medida suficiente de reconocimiento con eficacia para la acción de las normas forma parte de la determinación de las reglas de imputación. De todas maneras, no está lo suficientemente clara cuál es la relevancia dogmática del merecimiento de pena dentro de la teoría del delito.

VI. *Conclusión*

Como presupuesto negativo de la norma de sanción, el desistimiento constituye una rectificación o reversión del déficit de reconocimiento de la norma puesto de manifiesto con la conducta de tentativa.

Sistemáticamente cabe ubicar al desistimiento como una causa personal de supresión de la pena (*Strafaufhebungsgrund*).

El fundamento de su impunidad consiste en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa, porque el desistimiento suprime justamente el fundamento de su punibilidad. Opera como un sustituto o equivalente funcional, ya que satisface su misma finalidad simbólica.

Con referencia al requisito objetivo de eficacia y, en especial, con relación a la tentativa acabada, para que pueda imputársele al sujeto la evitación del resultado, deberá realizar la aportación óptima, la más segura, de modo que revierta totalmente el riesgo creado con la tentativa, no dejando espacio para el azar. Solo así se le podrá atribuir el significado intersubjetivo de expresión personal de reconocimiento del Derecho.

Contra a espuma dos dias: em torno do direito penal e dos direitos humanos fundamentais

José de Faria Costa

Julgamos, tendo em vista a natureza deste trabalho a que se junta a asunção plena de se levar a cabo um texto sem a clássica arquitectura dos rodapés cheios de notas, que o mais adequado e argumentativamente fecundo e transparente será começar por enunciar um conjunto de perguntas radicais que darão o mote para o que, de seguida, se quer racionalmente disreterear. Enunciemo-las, pois.

Que sentido tem a gramática dos direitos humanos fundamentais, mesmo que, eventualmente, submetida à lógica consequencialista da ponderação de custos e benefícios? Será esta lógica o novo fio condutor de uma compreensão pan-explicativa do mundo e, em particular, da juridicidade penal? O direito penal não possui estruturas próprias que há muito tematizam os conteúdos que a nova gramática dos direitos humanos fundamentais quer surpreender e agarrar? Além disso: podem os direitos humanos fundamentais constituir apenas um limite, uma simples âncora ou um mero “sinal vermelho” para as razões utilitaristas ou funcionalistas das quais partiria o direito penal? Não deveria ser justamente o contrário? Não deveriam os direitos humanos fundamentais honrar o seu matricial sentido de *fundamenta* e configurar o ponto de partida — não de chegada — da juridicidade penal?

Passemos, por conseguinte, às respostas que devem ser entendidas — como qualquer resposta quando trabalhamos com as chamadas “ciências do espírito”, na célebre distinção de *Dilthey* — como constantes afeiçoamentos, reflectidas escavações no território que se estuda e, por sobre tudo, assentimento de que as conclusões a que se chega não são o *nec plus ultra* do pensamento pensado, quanto mais do pensamento pensante. O que não quer dizer, por outro lado, que tudo o que se vai disreterear mergulha no mar sem fim do dissolvente relativismo estéril e refractário a qualquer consequência positiva.

Deste jeito, afirme-se, sem mais delongas, que, segundo o nosso modo de perceber as coisas, o crime nada mais é do que a ruptura de uma relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Esta expressão de conflitualidade manifesta-se na perversão de uma especial e fundante relação

construída a partir de cinco elementos reciprocamente interligados em teia, os quais podem ser facilmente encontrados no nosso matricial modo-de-ser com os outros: *solidariedade*, *liberdade*, *segurança*, *igualdade* e *justiça*. Elementos que se unem através do cimento agregador da *dignidade* da pessoa humana.

Este primevo modo-de-ser prende-se com uma relação ético-existencial de um “eu” concreto, de carne e osso, que, precisamente pela sua condição, só pode ser se o “outro” existir. Mais. Um “eu” que só pode ser se tiver o “outro”, se cuidar do “outro”, se cuidar de si cuidando o “outro” e cuidando este, cuidar de si. De sorte que “sou”, por isso e inarredavelmente, ser-com-os-outros. Daí que seja abertura solidária, janela, porta de entrada para que a vinda do “outro” “me” faça, recebendo-o. Por isso a nossa condição é sempre uma condição de perigo, enquanto manifestação de incompletude, de projecto, ser em aberto. Se somos tudo isso, não somos necessariamente acabamento, consumação, clausura, fechamento. O projecto, a incompletude, a abertura faz de nós seres frágeis. Seres de cuidado. Seres de cuidado-de-perigo. Fragilidade do “eu” para consigo próprio. Fragilidade do “eu” para com o outro. Fragilidade do “eu” para com o mundo. E assim o ser-á-diferente se revela em *solidariedade* com todos os outros. E esta solidariedade, como bom é de ver, nada tem de romântico ou de lamechas é antes a expressão de uma inquestionável *necessitas*. Porquê? Pela razão simples que se ela se não exprimisse pura e simplesmente não seríamos. Não existiríamos como comunidade de homens e mulheres historicamente situada. Este o dado. Esta a razão. Tudo o que se possa glosar a partir daqui, deturpando a essência das coisas, é manifestação, no mínimo, de miopia analítica. Na verdade, desde há muito que se sabe que, de um ponto de vista estritamente antropológico, somos seres inacabados e que, por conseguinte, sem o cuidado do “outro”, sem a solidariedade do “outro” de todo não seríamos.

Daí também que eu seja impulso de e para a *liberdade*, porquanto não estou determinado por nenhum voto de silêncio, de clausura, por nenhuma quadrícula, por nenhum deus que me diga desde os confins dos tempos o que sou e o que eu serei. Serei, por conseguinte, as escolhas das minhas escolhas com que os “outros”, cruzando-se comigo, na replicação infinita de diálogos que terei e não terei, me irão enriquecer e me irão fazer. Sou, pois, a liberdade em movimento contínuo que o meu ser da linguagem é capaz de descobrir na sua própria casa, que é a casa comum da comunicação em comunidade. Impulso para o “outro” que tem o limite da autonomia responsável do meu “eu”, que se não pode dissolver no outro. O meu “eu”, não obstante ser impensável sem o “outro”, não deixa de ser também uma estrutura espiritual, feita de esponja e não uma mera trans-

parência. Estrutura espiritual que absorve mas tem espessura e densidade. A espessura férrea da auto-determinação.

Mas sou, de igual maneira, impulso de e para a *segurança*, o que faz com que me seja terra estranha e inabitável o reino do caos. Da mesma forma que eu sou ser-com-os-outros em liberdade e para a liberdade, eu sou também ser-com-os-outros em segurança e para a segurança. Pois a fragilidade do meu “eu”, que se abre solidariamente à liberdade, sua e dos outros, só pode ser condição para a afirmação da minha relação de ser-com-os-outros se “eu” puder ser seguro e não prosaicamente estar seguro. Se estou, *rectius*, se sou em relação de cuidado-de-perigo é porque aceito também a relação de segurança que o “outro” me dá e que é aquela que me impele a ser “eu” inteiro, se bem que sempre em infinitas aberturas que são novas ou tão só réplicas ou manifestações infinitas de réplicas que a linguagem foi construindo. Ser seguro é estar isento de cuidados ou preocupações, em situação de tranquilidade, livre de perigos: a minha segurança passa pela abertura solidária com que “eu” me seguro com os outros e pelos outros. Por certo, mas quem é este “outro” nas organizações políticas em que qualquer comunidade se exprime ou cristaliza? Este “outro” é também e de forma vincada, hoje, o Estado. Sim, o Estado exprime, por extensão, o “outro” que nos segura e em quem acreditamos para nos segurar.

Mas tudo isso pressupõe que o ser-pessoa, como ser-aí-diferente-com-o-outro, participe na relação comunicacional enquanto unidade material de sentido, susceptível de manifestar intencionalidade que o “outro” reconhece como tal. Uma relação, portanto, que postula a *igualdade*, que só se realiza entre iguais. Entre um “eu” e um “outro” que, embora seja um ser-aí-diferente, não deixa de ser igual em termos de capacidade discursiva. Pois, se assim não fosse, as modificações que se operam no mundo das significações externas que o “outro” apreende não seriam percebidas por este como relação ou acto comunicacional. Vale por dizer: o “outro” percebe que o que vê, sente ou ouve corresponde à abertura e entrega do ser-aí-diferente que a relação de cuidado possibilita; o “outro”, quando assim não é, apercebe-se do bloqueamento, do fechamento, da ausência total de sentido autonomamente responsável, apercebe-se do “ruído” total na teia comunicacional. Por isso podemos chamar a debate a regra de ouro das relações entre os homens: o princípio da reciprocidade.

Todavia, a igualdade, a segurança, a solidariedade e a liberdade só ganham sentido pleno se puderem ser vividas e vivificadas por uma ideia de *justiça*. Sim, sou livre, estou seguro, sou cuidado, vivo em uma sociedade de iguais mas exijo que me tratem com justiça. Quero, por exemplo, que a minha pena concretamente aplicada o seja por força da minha culpa, que é seu fundamento e limite. É este ideal de se viver uma justiça justa, que é

tudo menos um pleonasmo, que faz com que, individual e colectivamente, ele se encontre sempre no mais íntimo de nós como valor assíntótico. Na verdade, se historicamente, em momento algum, houve sociedade que tivesse vivido, nem que fosse por segundos, uma justiça plena, isso não implica que se não lute, construindo caminhos, refazendo conceitos, destruindo preconceitos, alterando normas, para que, em cada época histórica, se fique mais perto desse ideal. Ideal que, indubitavelmente, se terá de reconstruir nos dias vindouros. Tal como cada um de nós é infinitamente igual na infinita diversidade de uma vida vivida, também qualquer comunidade, politicamente organizada, enquanto existir, justamente como comunidade politicamente organizada, é infinitamente diversa na sua constante identidade.

Por fim, a *dignidade humana* é um daqueles postulados que se impõem por si e em si. Pouco ou nada há a dizer. Mais: qualquer bordadura ou glosa que se possa levar a cabo, em vez de enriquecer o seu sentido mais profundo como que o fragiliza, como que o enfraquece. Coisas há que delas se não deve falar. Coisas há que ao delas se não falar se agigantam. Coisas há que pela sua nobreza intrínseca devem permanecer silenciosas e as únicas palavras que eventualmente se podem ouvir nada mais serão do que a confirmação de que o valor nelas embutido foi respeitado.

Porém, se nada há a dizer sobre o fundamento fundante da própria dignidade, quando se reflecte, de forma crítica e cruzada, sobre o seu sentido e sobre a sua natureza ou plasma conjuntivo existente em qualquer comunidade, já há muitas coisas ou, pelo menos, algumas coisas a desenhar, de maneira rigorosa, se a cotejamos com a estrutura dogmática do direito penal. Na verdade, se a dignidade da pessoa humana tem a densidade axiológica que todos lhe reconhecem por que razão não é ela tutelada pelo direito penal através da definição de um tipo legal de crime próprio? Ora, esta pergunta é crucial, porquanto com a sua resposta se aclara ou põe a descoberto um pilar essencial do direito penal das actuais sociedades democráticas, plurais e hipercomplexas: o bem jurídico-penal. Assim, e estamos quase a enunciar um redundância, a tutela pelo direito penal relativamente a bens jurídicos só pode ser levada a cabo quando esses mesmo bens jurídicos ascendem à categoria de bens jurídico-penais. E se não é aqui o lugar indicado para mostrar os critérios de construção hermenêutica, de conformação intra-sistemática e de natureza jurídico-constitucional que permitem que simples bens jurídicos possam beneficiar da categoria de bens jurídico-penais, sempre se poderá e deverá sublinhar que uma dimensão de concretude deve ser a marca de água a encontrar em qualquer bem jurídico-penal. Na verdade, basta um olhar, ainda que ligeiro e despreocupado, sobre a tábua dos crimes de um qualquer código penal para

nos darmos conta de tal realidade. Assim, vida humana, integridade física humana, honra, liberdade, auto-determinação sexual, património, para só enunciarmos os mais representativos, não deixam dúvidas precisamente no que se refere à implícita concretude que tais pedaços da realidade representam. De certa maneira, independentemente de qualquer leitura que se quer mostrar muito actual e *à la page* para honrar o que quer que seja do mero funcionalismo, o que encontramos naquela concretude é a expressão funda e penetrante dos dois territórios ônticos do ser humano: o *ser* pessoa livre, solidária e igual e o *ter* que se quer outrossim, solidário, igual e livre. Ora, acontece que o valor *dignidade da pessoa humana*, é tão denso e tão vasto que, pela sua própria natureza, se mostra refractário a qualquer concretude. Mais. A dignidade da pessoa humana é antes e definitivamente o plasma, o tecido conjuntivo, e não buraco negro que tudo suga ou absorve, que permite dar densidade a todos aqueles pedaços da realidade da vida, da realidade da vida axiológica que estão prontos a ser alcandorados a bens jurídico-penais, na constante dinâmica entre neo-criminalização e descriminalização. É, precisamente, aquele pedaço de luz normativa que não só permite que melhor fique recortado o pedaço da realidade que se quer proteger mas que, outrossim, lhe empresta vida axiológica.

Neste horizonte onto-antropológico, *solidariedade, liberdade, segurança, igualdade e justiça* — para além da própria vida humana, pressuposto implícito de tudo o que se acaba de dizer — aparecem como os verdadeiros direitos humanos fundamentais que, entrelaçados através do fino mas resistente fio da inviolável dignidade humana, dão sentido material ao conceito de crime. São valores que aí estão, em maior ou em menor medida e tirando algumas oscilações históricas em excepcionais e nefastos momentos de quase-suspensão da juridicidade, desde a formação e a maturação daquilo que significou e ainda significa um ganho civilizacional inestimável: o direito penal de matriz liberal. São estes, portanto, os genuínos direitos humanos fundamentais de primeira “geração.” Pois são estes os valores que, ao lado da vida humana, tocam mais de perto aquilo que há de mais humano e de mais fundamental no nosso modo-de-ser enquanto homens e mulheres de carne e osso e inseridos em comunidade historicamente situada.

Por outro lado, ninguém ignora que a forte tensão e o difícil equilíbrio entre liberdade e segurança definem os limites do ilícito penalmente típico. Aliás, a própria Constituição o reconhece, sem hesitações, quando bem lemos o art. 18º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. Contudo, outrossim, ninguém ignora que o que actualmente se observa é serem as exigências de segurança a ter forte preponderância sobre as exigências de liberdade. As derivas securitárias estão aí. Muitos — não todos, felizmente

— parecem querer render-se a esse canto de sereia. Como se fosse uma coisa natural ou uma coisa decorrente das doutrinas do contrato social a afirmação de um direito penal do inimigo. Nada, mesmo nada, que se possa dizer imediatamente evidente. Bem ao contrário. Uma tal questão é bem mais complexa do que a sua redução ao binómio que se exprime entre “direito penal do inimigo” e “direito penal do ‘amigo’”. Na verdade, o que urge perguntar é: quem define aquelas categorias? Depois, o fundamento do direito penal pode bem ser encontrado em outras paragens teóricas que não as que se centram no chamado contrato social.

Para além disso, cabe destacar um importante aspecto para a compreensão do conteúdo do ilícito-típico. Como se sabe, a dogmática jurídico-penal costuma tematizar a mencionada tensão entre liberdade e igualdade não propriamente através dos *direitos* envolvidos, mas por meio da estrutura heurística e altamente fecunda do *bem jurídico*. E é bom que seja assim. Esta objectivização tem a sua razão de ser. Em primeiro lugar, embora a isto não se resuma, o direito penal convoca sempre, em maior ou menor medida, uma dimensão ôntica ou empírico-fenomenológica que corresponde ao sentido originário e bruto de uma ordem normativa construída com sangue, suor e lágrimas: o crime torna-se mais nítido ao manifestar-se também no plano do real-verdadeiro, ao afectar determinados objectos no mundo sensível. Na verdade, esta tardo-modernidade parece estar cada vez mais apostada em afastar-se e em afastarmo-nos do reino do sensível e atirar-nos para o universo do virtual. E o direito penal acompanha essa tendência. Pensemos nos bens jurídicos supra-individuais ou até nos bens jurídicos difusos. Tudo realidades onde os laços de ligação ao mundo sensível se tornam cada vez mais ténues ou, no limite, inexistentes. Em segundo lugar, a gramática dos direitos humanos fundamentais significa, ideologicamente, a exaltação do sujeito. Logo, arrasta consigo uma tendência subjectivizante que pode facilmente desaguar nas versões mais radicais da teoria do ilícito pessoal, de forma a remeter o desvalor do resultado para o sócio das noções jurídico-penalmente inúteis.

O nosso tempo é, pois, entre outras coisas, uma época que se constrói de subjectividades de “eus” solitários que vivem no próprio deserto do seu sempre presente, uma época que se assume e em que até grandes franjas dos seus intervenientes sentem comprazimento quando se diz que o seu modo-de-ser e de viver é “aquoso” quando não até “gasoso”. Uma época que, por isso mesmo, quer o direito não como valor e dimensão onto-anropológica do nosso modo-de-ser individual e colectivo ou, se não quisermos ir tão longe, ao menos vê-lo como um dado, *un fait*, que torne a nossa vida comunitária minimamente estável e duradoura. Uma época em que o direito parece não encontrar guarida e, muitas vezes, antes ser olhado

de viés e até como empecilho ao desenvolvimento económico ou, pior ainda, como travão ao pensamento aberto e renovador. Uma época, pois, em que o direito é visto e valorado como mero instrumento que está ao serviço das mais diferentes estratégias, especialmente da estratégia da subjectivização solipsista. Sem dúvida alguma é indesmentível que a modernidade — e por exasperação a chamada tardo-modernidade — trouxe o sujeito para a ribalta do pensamento normativo, para não falarmos sequer no próprio pensamento científico. O desenvolvimento e a expansão da gramática dos direitos humanos foi, ao mesmo tempo, em um processo de auto-alimentação, isto é, auto-poiético, causa e consequência desta subjectivização. E é claro que esta tendência havia de chegar, mais cedo ou mais tarde, ao direito penal. Ou seja: o sujeito, se bem que criminoso, teria de assumir a centralidade do discurso objectivamente desvalioso que o ilícito-típico representa. De sorte que não haja nada de estranho ou de ruptura — bem ao contrário — no florescimento de um ilícito-típico ancorado no sujeito. Neste sentido, a estrada aberta pelo chamado ilícito pessoal não é mais do que uma decorrência que a “natureza das coisas”, envolvida pelos ventos da história, deixava adivinhar. Para onde isso nos leva é um outro problema. Mas clarifiquemos ainda um pouco mais as coisas. Que o criminoso tenha ascendido à ribalta dos problemas atinentes à problemática criminal é um dado que devemos considerar axiologicamente positivo, desde que o vejamos em estreita e directa conexão reversa com a vítima. Porém, a onda de preocupações que esse dado faz espalhar no terreno teórico das coisas penalísticas prende-se, sem espaço para dúvidas, com uma ideia de prevenção. Sim, a criminalidade deve ser vista como um mal social. E o que urge levar a cabo são políticas públicas que previnam essa mesma criminalidade. Outra coisa, bem diferente, é aceitar que esse dado da realidade das políticas públicas de prevenção da criminalidade contamine a noção ou categoria do direito penal a que chamamos ilicitude penal. Na verdade, o pior erro que se pode cometer quando lidamos com estes problemas é permitir que a dimensão empírica, qualquer dimensão empírica e muito particularmente a dimensão das políticas públicas, seja o parâmetro ou sequer elemento fecundante, por mínimo que seja, da doutrina que constrói a normatividade do direito penal. Para melhor tornar claro o que queremos afirmar, olhemos para o que se passa com as políticas públicas da saúde e sua relação com a ciência e pensamento médicos. Todos estamos de acordo que não existem doenças, há, sim, doentes e que as políticas públicas da saúde devem girar em torno deste eixo: o doente. Da mesma forma que se quisermos ser sérios devemos salientar que não há uma criminalidade abstracta mas há, sim, criminosos de carne e osso. Ora, para se debelar um surto de gripe, o Estado tem a obrigação de promover políticas públi-

cas que controle aquele específico mal. Para isso tem que sustentar o desenho de tais políticas em dados científicos e em conhecimentos empíricos que a epidemiologia e a estatística, entre outras disciplinas, são capazes de lhe oferecer. Não passa pela cabeça de ninguém sequer pensar que os dados teóricos da epidemiologia e da estatística possam ser contaminados pela própria situação empírica que se estuda. Assim, da mesma forma, se o Estado quer privilegiar uma tutela mais reforçada, por exemplo, para com os crimes patrimoniais ou para com os crimes de natureza sexual, tem que pedir dados aos estudos empíricos de natureza criminológica relativamente àquelas duas áreas da criminalidade. Porém, nada disso vai alterar a natureza do ilícito. Nada disso vai alterar a natureza do ilícito dos crimes contra o património ou dos crimes de natureza sexual. Coisa diferente se passa se o legislador, tendo em vista os dados empíricos, altera algum ou alguns elementos do tipo de ilícito para melhor conseguir a finalidade que quer prosseguir. O legislador molda o tipo de ilícito a uma finalidade, mas imodificada se mantém a natureza da conduta ilícita. Do ilícito. Este tem uma estrutura onto-antropológica. Como tem, outrossim, uma estrutura onto-antropológica a doença. Porque em ambos os casos se parte de um dado. O humano é imperfeito, incompleto e inacabado, mas abre-se sempre a infinitas possibilidades de afeiçoamento, de melhoramento e de progressão assintótica em direcção a um também “indefinido” ideal do humano.

No entanto, e na linha do que temos sustentado ao longo dos anos, a afirmação do desvalor do resultado como pedra angular do ilícito-típico não vai, nem de longe nem de perto, ao arripio da tardo-modernidade, nem muito menos em contra-corrente a uma leitura firme e plural do exacto sentido daquilo que defende um direito penal liberal-social. Dir-se-ia mesmo que aquela acentuação corresponde à mais lídima e correcta interpretação do verdadeiro e progressivo curso da história do direito penal centrado no humano e naquilo que nele se afirma como constitutivo do próprio ser comunitário. Em uma subjectividade que não se fecha em si mesma, mas que se abre solidariamente ao outro em uma teia de relações de cuidado-de-perigo. É claro que se poderá sempre dizer que podemos bem passar sem o desvalor do resultado, por sobre tudo se quisermos um direito penal “proteiforme” e meramente simbólico, preocupado exclusivamente com o tempo futuro longínquo. Só que, desse jeito, estamos a atirar fora, em nosso juízo, todo um património civilizacional que gerações e gerações de homens e mulheres de carne e osso foram construindo com suor, sangue e lágrimas. Algo que, a nossos olhos, é manifestamente um caminho que não levará a um direito penal melhor e muito menos a qualquer coisa de melhor que o direito penal, como quereria *Radbruch*.

Agora um breve lançar de olhos sobre a ideia forte de solidariedade, jurídico-penalmente compreendida. Do que foi anteriormente exposto, depreende-se muito facilmente que o direito fundamental à solidariedade de forma alguma pode ser isolado na gaveta dos direitos fundamentais de terceira “geração”. Por certo que o valor da solidariedade prende-se também com a garantia de posições jurídicas de certos grupos, compondo direitos de titularidade difusa ou colectiva (basta pensar, por exemplo, na tutela do ambiente). Todavia, o sentido mais fundo da solidariedade está, antes, naquela dimensão primária do nosso modo-de-ser. Também neste exacto sentido, a violação da solidariedade deixa de ser uma categoria explicativa típica dos delitos omissivos e torna-se uma categoria geral fundante de toda a ilicitude criminal.

Duas ou três considerações acerca das refracções do direito fundamental à igualdade no direito penal. Como recentemente sustentamos em outro lugar, a noção de igualdade, materialmente compreendida, não só explica o processo de diferenciação do direito penal e o axioma da unidade da ordem jurídica, como também condiciona a construção dos tipos legais de crime e o âmbito pessoal de aplicação do direito penal. Para além disso, a igualdade é centro dador de sentido à articulação dogmática e ao processo de harmonização das legislações nacionais no espaço europeu. Isso sem falar da sua importância como elemento de compreensão da pena.

E o que dizer sobre a dignidade humana? É absolutamente necessário voltar a este ponto, não obstante sobre ele, aqui, já tenhamos reflectido, para tentar aclarar as coisas, porquanto tanta é a poeira que ele faz levantar que há risco de não nos vermos e, pior, deixarmos de ver a própria *dignidade humana*. Como se compreende, sem necessidade de grandes congeminações ou de elaboradas elucubrações que já se deixaram, aliás, insinuadas, a dignidade humana deveria ser uma daquelas coisas que todos deveríamos considerar que se agiganta com o silêncio. Mas o facto é que este princípio tem sido, em tudo o que é sítio, cada vez mais utilizado de forma acintosa ou até estupidamente negligente, degradando-se em mera bandeira que vai perdendo cor e densidade axiológicas. Que vai perdendo a sua dimensão intangível, indisponível, imponderável. Com efeito, hoje fala-se abertamente em “ponderação” de dignidades em conflito. Tudo se transforma em deserto de conteúdos quando estes são substituídos, sem apelo nem agravo, pela mera e descarnada forma, vale por dizer, pela simples enunciação de lemas. Mais uma vez se nota que os conteúdos deixaram de ter valor, o que conta e assume sentido partilhado é só a comunicação em si mesma, independentemente de tudo aquilo que circule informacionalmente dentro do próprio arco da relação comunicacional. As mensagens valem nada ou pouco, o que se aprecia e está na linha de frente são os mensageiros. Diante dis-

so, não nos devemos assustar com o crescente protagonismo discursivo da dignidade humana. Pois o debate em torno da sua afirmação — como sugerem, por exemplo, as controvérsias em torno da eutanásia e do direito à morte digna — e da sua negação — como mostra, por exemplo, a defesa do efeito justificante da “tortura salvadora” em contextos de “escolha trágica” (como nas chamadas situações de bomba-relógio ou no já famoso caso Dachsner) — não deixa de ser, nos dias que correm, um mal necessário. Diante de tudo o que se disse, discutamos a dignidade humana mas só e quando for estritamente necessário.

E é estritamente necessário discuti-la quando vemos o *due process of law* ser posto em causa; quando vemos as insinuações e, em alguns casos mais do que isso, mesmo a aberta defesa da reintrodução da pena de morte; quando vemos os mais elementares direitos do cidadão serem trasfegados e espezinados na praça pública comunicacional, o actual *Ersatz* do pelourinho, com cirúrgicas fugas de informação de processos que estão em segredo de justiça, instituto que de tão violado, sem consequências, melhor fora que não existisse; quando vemos rasgarem-se vestes e lançarem-se cinzas nos cabelos em jeito de mostrar a sua adesão à delação premiada, que mais não é do que uma escondida forma de processo inquisitorial; quando vemos a inversão das formas processuais, nomeadamente deter para exclusivamente investigar e ninguém nada dizer; quando vemos juizes assumirem-se como legisladores, violando o princípio da separação de poderes, só o fazendo, mesmo que com boa fé, para aplacarem o rumor e a turba das chamadas redes sociais; quando vemos, por manifesta ausência de uma básica cultura jurídica democrática, confundir-se, e tudo fazer, tantas vezes de forma solerte, para que se confunda, a acusação com o julgamento, sim, quando vemos tudo isso, vemos que a dignidade pessoa humana está posta em causa e se nada fazemos, no mínimo somos moralmente cúmplices. Se nada fazemos deixamos que a espuma dos dias nos beije, nos acaricie, nos envolva em matizados tons de azul e rosa e, desse jeito, paulatina e inexoravelmente tornamos as sociedades democráticas mais frágeis e desfigurámo-las, mas, por sobre tudo, somos nós que nos transformamos em disformes, plásticos e feios, muito feios, seres morais.

Se é certo que, ao longo deste trabalho, fomos respondendo, de maneira implícita, às perguntas que, de início, formulámos, é imperioso, agora, fechar o texto com algumas proposições conclusivas. Em primeiro lugar, salientar, de jeito inequívoco, que o território dos direitos humanos fundamentais coincide com aquele que é pertença de um direito penal não liberal e que assenta o seu fundamento e finalidade na defesa de bens jurídico-penais. Depois, sublinhar que a *solidariedade*, a *liberdade*, a *segurança*, a *igualdade* e a *justiça* são não só valores determinantes das actuais e hiper-

complexas sociedades democráticas mas são também, dogmaticamente, categorias que se podem declinar como verdadeiros e reais bens jurídico-penais. Assim, podemos dizer que a *solidariedade* refracta-se em todos os crimes omissivos impróprios, através do dever jurídico de garante, e de forma particular nos crimes de omissão de auxílio. A *liberdade* a espelha-se nos crimes contra liberdade, em todos os seus múltiplos aspectos. A *segurança*, do mesmo jeito, a reflecte-se nos crimes que visam a tutela da segurança individual mas também em todos aqueles que se referem à segurança colectiva. A *igualdade* exprime-se, de forma imediatamente visível, mas não só, em todos os crimes que lutam contra o racismo, a xenofobia ou a orientação sexual. E, por fim, a *justiça* mostra-se, sem rodeios e em plenitude ao ser o pilar tutelado, por sobre tudo, nos crimes contra a administração da justiça. Deste jeito, é racionalmente sustentado poder afirmar-se que a rede normativa que une os direitos humanos fundamentais é incondicionada por qualquer política criminal e comunga, em união perfeita de volta inteira, o sentido e o fundamento onto-antropológico do direito penal.

Post scriptum. Sempre consideramos que participar em um livro de homenagem é, de um ponto de vista académico, dos momentos mais relevantes do *cursus honorum* a que qualquer universitário está umbilicalmente ligado. Nesse sentido, o cuidado que devemos pôr naquilo que se escreve, em uma tal circunstância, é intensificado. E mais intensificado ainda ele se mostra quando, a tudo isto, acresce estarmos a homenagear um querido Amigo. É, pois, com este sentido de responsabilidade reforçada que nos propusemos escrever um texto despido de notas de fim de página. E fazemo-lo, deste jeito, porque estamos firmemente convictos de que quando se chega ao outono da vida universitária o importante é, para lá de tudo o que já se escreveu e deixou rasto, mostrar um pensamento, é mostrar uma ideia de direito penal, é mostrar que o direito penal em que racionalmente se acredita é aquele que melhor defende os valores individuais e colectivos de qualquer comunidade. Com este despojamento, com esta simplicidade de trazer para a ágora do saber, temático e especializado, aquilo que se considera ser um pedaço decantado daquilo que pensamos ser o direito penal em que acreditamos, estamos, em nosso juízo, a homenagear da forma mais sincera *Urs Kindhäuser*. Uma última nota. O nosso homenageado foi e é um cultor insigne do direito penal. Mas foi e é um pensador que gosta de reflectir com pensamentos de outras latitudes e longitudes, cruzando-se com eles. Por isso, não é de estranhar que os colegas e amigos organizadores deste livro tenham dado a possibilidade de os contributos poderem ser na língua materna de quem os escreve. Não hesitamos um minuto quando se abriu essa janela. Escrevemos, pois, o estudo em português, porque ao fazê-lo, podendo, também, levá-lo a cabo em língua alemã, estamos, ou-

trossim, a honrar o penalista alemão de espírito sempre aberto a outras culturas, a outras linguagens, que não só jurídicas.

Über den Einfluss der deutschen Straftatlehre in Kolumbien Zugleich eine Überlegung zum künstlichen Charakter des Rechts und zum ursprünglichen Sinn der Strafrechtsdogmatik

Orlando De-La-Vega*

I. Die Dogmatik als Rechtsquelle: Ein korrekturbedürftiges Missverständnis

In seinem 1963 erschienenen Buch „Curso de derecho penal general“ vertrat *Bernardo Gaitán* zum ersten Mal in Kolumbien eine auf den Elementen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld aufbauende Straftatlehre.¹ Heutzutage macht dieses Verständnis der Straftat sowohl in der kolumbianischen Jurisprudenz² als auch in der dortigen Literatur³ die herrschende Meinung aus. Schon früh wurden Parallelen des so verstandenen dreistufigen Verständnisses der Straftat zu der deutschen Straftatlehre gezogen,⁴ v.a. weil sich *Gaitán* vornehmlich auf die spanische Übersetzung des Lehrbuchs *Edmund Mezgers* stützte.⁵ Die Lehre *Gaitáns* stellte damit zugleich auch einen Wechsel in der Rechtstradition dar,⁶ denn zuvor speiste sich die kolumbianische Straftatlehre vornehmlich aus italienischen Quellen, insbesondere den Lehren *Francesco Carraras* und *Enrico Ferris*.⁷

Es mag vielleicht ein wenig verwundern, wenn wir der kolumbianischen Straftatlehre eine zunächst italienische und danach eine deutsche Herkunft attestieren, denn die Straftatlehre hat als Teil der Rechtswissenschaft eigentlich keinen nationalen, sondern einen – im Grunde sogar notwendigen – universalen Charakter.⁸ Diesem universalen Charakter näherte sich die italienische Doktrin des frühen 20. Jahrhunderts dadurch an, dass

* Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

1 *Gaitán*, Curso de derecho penal general, 1. Aufl., Bogotá, 1963, S. 94–97.

2 CSJ SP, Jurisprudencia & Doctrina 2007, S. 44.

3 *Velásquez*, Derecho penal, 4. Aufl., Bogotá, 2009, S. 464.

4 *Pérez*, Tratado de derecho penal Bd. 1, 1. Aufl., Bogotá, 1967, S. 257.

5 *Gaitán*, Curso de derecho penal general, S. 95 f.

6 *Velásquez*, Derecho penal, S. 448–457.

7 So jeweils *Concha*, Tratado de derecho penal, 1. Aufl., Bogotá, 1897, S. VII und *Lozano*, Elementos de derecho penal, 1. Aufl., Bogotá, 1950, S. 34.

8 *Hruschka*, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, 1, 8.

man sich immer mehr von der Lehre *Carraras* und *Ferris* löste⁹ und zur Lehre *Arturo Roccas* orientierte, die – eben anders als *Carrara* und *Ferri* – einen gemeinsamen Nenner mit der deutschen Straftatlehre hat: Nämlich die Einsicht, dass das Gesetz ihr Ausgangspunkt zu sein hat. Auch wenn in Kolumbien die „metodo tecnico juridico“ von *Rocco* keinen Einfluss mehr hatte,¹⁰ fanden die Straftatlehren so ein gemeinsames theoretisches Fundament.¹¹

Eine in Kolumbien heutzutage verbreitete Erklärung für die Wahl der Straftatlehre deutscher Herkunft lautet, dass es nun einmal Orte gebe, wo Theorien aufgestellt und Orte, wo Theorien aufgenommen werden. Und Kolumbien sei eben ein Ort, wo Theorien aufgenommen werden, wobei ein wichtiges Auswahlkriterium der wissenschaftliche Ruf des Herkunfts-ortes der jeweiligen Theorien sei.¹² Wäre dies so, hätte Deutschland in Kolumbien einen besseren Ruf als Italien. Aber auch andere Erklärung ist möglich. Danach sind nicht nur *Gaitán*, sondern auch etwa *Rocco*,¹³ *Vincenzo Manzini*¹⁴ und *Filippo Grisignini*¹⁵ denselben Weg wie *P.J.A. Feuerbach* gegangen: Sie beschäftigten sich mit dem Aufbau eines Straftatsystems. Die geographische Herkunft der Straftatlehre spielt also gar keine Rolle. Vielmehr ist sie auf dem Weg, sich zu einer notwendig universalen Wissenschaft zu etablieren.¹⁶

Die Entwicklung der Straftatlehre hin zu einer Wissenschaft kann weder von einem Einzelnen noch nur von einer bestimmten Generation vollendet werden.¹⁷ Denn diese wissenschaftliche Evolution ist Aufgabe der

9 *Maggiore*, Derecho penal Bd. 1 (Übersetzung von der 5. italienischen Aufl. aus dem Jahre 1952 von José Ortega), Bogotá, 1954, S. 114.

10 Der letzte Vertreter dieser Schule war *Federico Estrada*; s. *Estrada*, Derecho penal, 2. Aufl., Bogotá, 1986, S. 1 und 31.

11 *Gaitán*, El derecho penal conforme a las concepciones modernas, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias 1953, 95, 97 f.; *Estrada*, Manual de derecho penal, 2. Aufl., Medellín, 1975, S. 2.

12 *López*, Teoría impura del derecho, 1. Aufl., Bogotá, 2004, S. 17. Über die Idee einer „Reise“ von Rechtsideen s. *Watson*, Comparative Law and Legal Change, The Cambridge Law Journal 1978, 313, 315.

13 *Rocco*, El problema y el método de la ciencia del derecho penal (Übersetzung der 1. italienischen Aufl. aus dem Jahre 1933 von Rodrigo Naranjo), Bogotá, 1978, S. 15.

14 *Manzini*, Tratado de derecho penal Bd. 1 (Übersetzung von der 2. italienischen Aufl. aus dem Jahre 1941 von Santiago Sentís), Buenos Aires, 1948, S. 4 und 233.

15 *Grisignini*, Derecho penal italiano Bd. 1 Heft 1 (Übersetzung der 2. italienischen Aufl. aus dem Jahre 1947 von Isidoro De Benedetti), Buenos Aires, 1948, S. 10.

16 *Hruschka*, JZ 1985, 1, 8.

17 *Hruschka*, JZ 1985, 1, 8.

wissenschaftlichen Weltgemeinschaft.¹⁸ Ein wichtiger Zwischenschritt für den Lauf dieser Entwicklung ist die Einsicht in das Gesetz als Rechtsquelle. Seit *Feuerbach* geht die Straftatlehre in Deutschland vom Strafgesetz aus: „Nulla poena sine lege“.¹⁹ Indem sie das Strafgesetz als „Dogma“ versteht, kann die Straftatlehre auch als „Strafrechtsdogmatik“ bezeichnet werden. Dagegen steht das Verständnis der Strafrechtsdogmatik als Lehre, deren Dogma die Einheit des gemeinen Strafrechts war.²⁰ Und so muss die Einsicht des Gesetzes als Rechtsquelle deutlich von dem Rechtsverständnis getrennt werden, das in der Zeit des gemeinen Rechts in Europa vorherrschend war. Ein solches Rechtsverständnis ist durch die Idee gekennzeichnet, dass es das Recht zu „entdecken“ gilt.²¹ Im Gegenteil werde ich unter Strafrechtsdogmatik „nur“ eine Methode der Auslegung und Anwendung des Strafgesetzes verstehen. Dies soll der ursprüngliche Sinn der Strafrechtsdogmatik sein.

Zu dem oben schon erwähnten Standpunkt, nach dem Kolumbien ein Ort sei, wo Theorien empfangen werden, wird ergänzt, dass der ursprüngliche Sinn der empfangenen Theorien dort auch sehr oft missverstanden werde. Solche Missverständnisse brauchten aber nicht korrigiert zu werden, denn durch sie gedeihe die Rechtstheorie.²² Im Folgenden möchte ich zeigen, dass der ursprüngliche Sinn der Strafrechtsdogmatik in Kolumbien tatsächlich missverstanden worden ist. Denn die in Kolumbien ausgearbeitete Straftatlehre beschäftigt sich noch immer nicht mit einer Methode der Auslegung und Anwendung des kolumbianischen Strafgesetzes.²³ Stattdessen beschäftigt sie sich damit, das Strafrecht zu entdecken. So behauptet beispielsweise *Fernando Velásquez* in seinem Lehrbuch, dass die Strafrechtsdogmatik nach der „sozialen Gerechtigkeit“²⁴ zu fragen habe. Ansonsten trage die Strafrechtsdogmatik zur Lösung rechtlicher Probleme so gut wie nichts bei.²⁵ Nähme man diese Position ein, gäbe es kaum mehr einen be-

18 *Peirce*, Grounds of validity of the laws of logic: further consequences of four incapacities, in: Hartshorne und Weiss (Hrsg.), Collected Papers of Charles Sanders Peirce Bd. 5 und 6, Cambridge, 1935, S. 221.

19 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 10. Aufl., Giessen, 1828, § 20.

20 *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 1, 1. Aufl., Bonn, 1881, § 23.

21 *Atria*, La forma del derecho, 1. Aufl., Madrid, 2016, S. 56.

22 *López*, Teoría impura del derecho, S. 34.

23 *Cote*, Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana en Colombia, in: Ambos und Cote, El futuro de la ciencia jurídico penal alemana, 1. Aufl., Bogotá, 2016, S. 64.

24 *Velásquez*, Derecho penal, S. 14.

25 *Velásquez*, Derecho penal, S. 15.

merkbaren Unterschied zwischen der kolumbianischen Straftatlehre und dem Rechtsverständnis, das in der Zeit des gemeinen Rechts in Europa vorherrschend war.

Vor *Gaitáns* diesbezüglicher Arbeit - und damit während des italienischen Einflusses auf die kolumbianische Rechtslehre - fand die Idee, das Strafrecht sei durch die Straftatlehre zu entdecken, großen Zuspruch. In diesem Zusammenhang finde ich interessant, dass *J.V. Concha* von der herrschenden Lehre abwich, indem er den Versuch unternahm, das Strafgesetzbuch auszulegen.²⁶ Die Mehrheit der damaligen Strafrechtler kümmerten sich indes kaum um das positive Strafrecht sondern versuchten, „das Strafrecht“ mithilfe der Moralphilosophie und der Soziologie zu ergründen.²⁷ Nach Erscheinen des Buches *Gaitáns*, also während des deutschen Einflusses, hätte eigentlich eine Methode der Auslegung und Anwendung des kolumbianischen Strafgesetzes entwickelt werden können und sollen. Doch wurde die Strafrechtsdogmatik auch von *Gaitán* selbst als ein Werkzeug verstanden, mit deren Hilfe das „gerechte“ von „ungerechtem“ Recht getrennt werden könne. So bedeute ein Delikt nicht deshalb Unrecht, weil es strafbar ist; vielmehr sei es deshalb strafbar, weil es Unrecht sei. Der Schlüssel zur Entdeckung des Unrechts sei die „materielle“ Rechtswidrigkeit.²⁸

Obwohl die - vornehmlich deutsche - rechtswissenschaftliche Methode der Auslegung und Anwendung des Strafgesetzes in Kolumbien also weitgehend bekannt ist, beschäftigt sich weder die Jurisprudenz noch die Literatur mit Fragen der Auslegung und Anwendung des kolumbianischen Strafgesetzbuches. So sprach etwa das höchste Strafgericht Kolumbiens einen Angeklagten frei, der gegen Art. 271 des Strafgesetzbuches verstoßen hatte. Das Gericht begründete dies damit, dass die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke nicht „materiell“ rechtswidrig sei, wenn der Täter die unerlaubte Kopie eines urheberrechtlich geschützten Buches zum Kauf anbiete, der geforderte Preis dafür aber sehr niedrig sei. Seine Entscheidung stützt das Gericht auf die Auffassung, dass es selbst mithilfe von Prinzipien beurteilen dürfe, ob der Gesetzgeber tatsächlich das „Recht“ verletzende Verhaltensweisen mit Strafe verbunden hat oder

26 *Concha*, Tratado de derecho penal, S. VII. Eine spätere, bemerkenswerte Ausnahme macht das Lehrbuch in drei Bänden von *Ángel Vásquez*; s. *Vásquez*, Tratado de derecho penal colombiano Bd. 1, 1. Aufl., Medellín, 1948, S. 8.

27 So in chronologischer Reihenfolge: *Rivas*, Conferencias sobre jurisprudencia criminal, 1. Aufl., Bogotá, 1893, S. 17–33; *Aragón*, Elementos de criminalología y ciencia penal, 1. Aufl., Popayán, 1934, S. 7–13; und *Lozano*, Elementos de derecho penal, S. 124–127.

28 *Gaitán*, Curso de derecho penal general, S. 85.

nicht. Für den konkreten Fall fand das Gericht, dass der Gesetzgeber das Maß des Vermögensschadens im Tatbestand vergessen habe.²⁹ Hätte das Gericht freilich Art. 271 zusammen mit dem Diebstahl- und Betrugstatbestand (Art. 239 und Art. 246) gelesen, hätte es schließen müssen, dass das Unrecht vom Art. 271 nicht mit dem Maß des Vermögensschadens des Trägers des Urheberrechts abhängt.³⁰

Gaitáns Einsicht in die Strafrechtsdogmatik als Werkzeug der Entdeckung des gerechten Rechts wird nicht nur von der Jurisprudenz, sondern auch von der Literatur geteilt.³¹ Deshalb ist es typisch für die Literatur in Kolumbien, dass sie sich bei der Darstellung der Straftat hauptsächlich mit den von der deutschen Straftatlehre herausgearbeiteten „Begriffen“ beschäftigt. Mithin machen nicht die eigenen Strafgesetze, sondern die seit 1963 aus Deutschland rezipierten Begriffe den Kern der in Kolumbien ausgearbeiteten Straftatlehre aus. In diesem Zusammenhang gilt es hinzuzufügen, dass das in 1980 verabschiedete Strafgesetzbuch von Strafrechtlern verfasst wurde, die ebenfalls von der deutschen Straftatlehre beeinflusst worden waren.³² So wurden zB Art. 3, 4 und 5 des Gesetzes als „Tatbestand“, „Rechtswidrigkeit“ und „Schuld“ betitelt; in Art. 12 wird der Zweck der Strafe iSd Vereinigungstheorie bestimmt und mit den Art. 35 und 40 Abs. 4 folgte der kolumbianische Gesetzgeber der Vorsatztheorie. Es überrascht deshalb nicht, dass sich drei Verfasser des 1980 verabschiedeten Strafgesetzbuches in ihren Lehrbüchern auf Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Vereinigungstheorie und Vorsatztheorie konzentrierten.³³

Zum Schluss dieses Abschnittes möchte ich hervorheben, dass die Bevorzugung von Begriffen als Gegenstand der Straftatlehre zu einer nur untergeordneten Bedeutung des Strafgesetzes führt. Eine solche Behandlung des Gesetzes halte ich für „vormodern“: Denn der ursprüngliche Sinn der Strafrechtsdogmatik hängt doch mit der „modernen“ Idee zusammen, dass das Gesetz den Willen des Souveräns ausdrückt. Das Strafgesetz macht gerade deshalb den Gegenstand der Strafrechtsdogmatik aus. Begriffe sind nicht der Gegenstand, sondern lediglich die Methode der Dogmatik. Ohne

29 CSJ SP, Jurisprudencia & Doctrina 2009, S. 1077.

30 *Bernate*, La protección penal del derecho de autor, in: Castro (Hrsg.), Manual de derecho penal Bd. 2, 1. Aufl., Bogotá, 2011, S. 221.

31 *Fernández*, Derecho penal fundamental Bd. 1, 2. Aufl., Bogotá, 1998, S. 22.

32 *Gutiérrez*, Constancia, in: Giraldo (Hrsg.), Actas del nuevo código penal colombiano Bd. 1, 1. Aufl., Bogotá, 1981, S. 13.

33 *Estrada*, Derecho penal, 1. Aufl., Bogotá, 1981, S. 133, 199, 285 und 375; *Pérez*, Derecho penal Bd. 1, 1. Aufl., Bogotá, 1981, S. 135, 158, 236 und 262; *Reyes*, Derecho penal, 8. Aufl., Bogotá, 1981, S. 141, 225, 297 und 365.

die Einsicht in das Strafgesetz als das zu untersuchende „Dogma“ macht es keinen Unterschied, ob man das Recht mithilfe der Moralphilosophie, der Soziologie oder mithilfe von Begriffen wie Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld entdeckt. Die Rezeption der Strafrechtsdogmatik in Kolumbien ist mithin durch ein korrekturbedürftiges Missverständnis geprägt.

II. Der künstliche Charakter des Rechts und der ursprüngliche Sinn der Strafrechtsdogmatik

Feuerbach gilt als Begründer der modernen deutschen Strafrechtswissenschaft.³⁴ Seine 1799 erschienene „Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts“ bedeutete ein neues Verständnis von Recht, dessen revolutionäre Ursprünge bis zur Französischen Revolution 1789 zurückreichen. Damals stellten die französischen Revolutionäre das Recht auf eine neue Basis: Das Gesetz „als“ Wille des Souveräns. Dies bedeutete eine echte „Rechtsrevolution“. Denn seit 1789 ist das Recht nicht mehr anhand der Vernunft zu entdecken, sondern intentional zu erzeugen.³⁵ „Auctoritas, non veritas, facit legem“. Höchstwahrscheinlich verstand *Feuerbach* das Gesetz als Wille des Souveräns³⁶ aus absolutistischen, nicht demokratischen Gründen.³⁷ Jedenfalls lehnte er den Gebrauch philosophischer Prinzipien entschieden ab, soweit sich ein Fall eindeutig unter ein Strafgesetz subsumieren ließ.³⁸ So untergrabe die Heranziehung philosophischer Prinzipien zum Ausschluss der gesetzlichen Strafe, wenn alle gesetzlich bestimmten Merkmale des Delikts vorhanden seien, die Autorität der Strafgesetze.³⁹ Stattdessen schlug *Feuerbach* vor, das Gesetz als „heilig“ und den Richter als seinen „Diener“ zu verstehen.⁴⁰ Auch wenn eine

34 *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl., Berlin, 1900, S. 42.

35 *Atria*, La forma del derecho, S. 52.

36 *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Bd. 1, 1. Aufl., Erfurt, 1799, S. 144: Das Gesetz ist „ein Product der gesetzgebenden Gewalt“.

37 *Atria*, La forma del derecho, S. 53.

38 *Feuerbach* unterscheidet nach der damaligen Rechtspraxis zwischen „bestimmten“ und „unbestimmten“ Strafgesetzen. Nur bei den Letzten lässt er zu, philosophische Prinzipien in Anspruch zu nehmen. Für das in der vorliegenden Arbeit angestrebte Ziel spielt diese Unterscheidung keine Rolle.

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

40 *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Bd. 1, S. XXV.