

Großkommentare der Praxis



Strafgesetzbuch

Leipziger Kommentar

Großkommentar

12., neu bearbeitete Auflage

herausgegeben von

Heinrich Wilhelm Laufhütte

Ruth Rissing-van Saan

Klaus Tiedemann

Zweiter Band

§§ 32 bis 55

Bearbeiter:

Vor § 32: Thomas Rönnau

§ 32: Thomas Rönnau/Kristian Hohn

§§ 33–35: Frank Zieschang

§§ 36–43a: Joachim Häger

§§ 44: Klaus Geppert

§§ 45–51: Werner Theune

§§ 52–55: Ruth Rissing-van Saan



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Stand der Bearbeitung: Juni 2006

Redaktor: Ruth Rissing-van Saan
Sachregister: Christian Pfaff

ISBN-13: 978-3-89949-232-3
ISBN-10: 3-89949-232-3

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, 06773 Gräfenhainichen
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen
Printed in Germany

Verzeichnis der Bearbeiter der 12. Auflage

Dr. **Dietlinde Albrecht**, Wissenschaftliche Assistentin an der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg
Gerhard Altvater, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Georg Bauer**, Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Gerhard Dannecker**, Universitätsprofessor an der Universität Bayreuth
Dr. **Karlhans Dippel**, Vors. Richter am Oberlandesgericht a.D., Kronberg i. Ts.
Dr. **Klaus Geppert**, Universitätsprofessor an der Freien Universität Berlin
Dr. **Ferdinand Gillmeister**, Rechtsanwalt, Freiburg
Duscha Gmel, Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Michael Grotz, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Joachim Häger, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Ernst-Walter Hanack**, em. Universitätsprofessor an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz
Dr. Dr. **Eric Hilgendorf**, Universitätsprofessor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Dr. Dr. h.c. **Thomas Hillenkamp**, Universitätsprofessor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
Dr. **Tatjana Hörnle**, Universitätsprofessorin an der Ruhr-Universität Bochum
Dr. **Kristian Hohn**, Wissenschaftlicher Assistent an der Bucerius Law School, Hamburg
Dr. **Jutta Hubrach**, Richterin am Oberlandesgericht Düsseldorf
Dr. **Florian Jeßberger**, Wissenschaftlicher Assistent an der Humboldt-Universität zu Berlin
Dr. **Peter König**, Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium der Justiz, München
Juliane Krause, Richterin am Landgericht Hof
Dr. **Matthias Krauß**, Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Christoph Krehl**, Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Perdita Kröger, Regierungsdirektorin am Bundesministerium der Justiz, Berlin
Annette Kuschel, Richterin am Oberlandesgericht Dresden
Heinrich Wilhelm Laufhütte, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Berlin
Dr. **Hans Lilie**, Universitätsprofessor an der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg
Dr. **Manfred Möhrenschrager**, Ministerialrat a.D., Bonn
Dr. **Jens Peglau**, Richter am Landgericht, abg. zum Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Ruth Rissing-van Saan**, Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Thomas Rönnau**, Universitätsprofessor an der Bucerius Law School, Hamburg
Ellen Roggenbuck, Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Wolfgang Ruß**, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Karlsruhe
Wilhelm Schluckebier, Richter am Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe
Dr. **Wilhelm Schmidt**, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Johann Schmid, Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Dr. **Hendrik Schneider**, Universitätsprofessor an der Universität Leipzig
Dr. **Heinz Schöch**, Universitätsprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München
Dr. Dr. h.c. **Friedrich-Christian Schroeder**, Universitätsprofessor an der Universität Regensburg
Dr. Dr. h.c. **Bernd Schünemann**, Universitätsprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München
Dr. **Christoph Sowada**, Universitätsprofessor an der Universität Rostock

Verzeichnis der Bearbeiter der 12. Auflage

Werner Theune, Richter am Bundesgerichtshof a.D., Karlsruhe

Dr. Dr. h.c. mult. **Klaus Tiedemann**, em. Universitätsprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dr. **Joachim Vogel**, Richter am OLG Stuttgart, Universitätsprofessor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Dr. Dr. **Thomas Vormbaum**, Universitätsprofessor an der FernUniversität Hagen

Dr. **Tonio Walter**, Universitätsprofessor an der Universität Regensburg

Dr. **Thomas Weigend**, Universitätsprofessor an der Universität zu Köln

Dr. **Gerhard Werle**, Universitätsprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Hagen Wolff, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D. Celle

Dr. **Frank Zieschang**, Universitätsprofessor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Vorwort

Die ersten Teile der 12. Auflage des Leipziger Kommentars erscheinen bereits wenige Monate nach Abschluss der 11. Auflage, deren Herstellung sich aufgrund verschiedener Umstände – ähnlich wie bereits bei der 10. Auflage – verzögert hatte. Ein schneller Beginn der 12. Auflage, die bis zum Jahre 2010 fertig gestellt sein soll, war schon deshalb erforderlich, weil zahlreiche ältere Passagen der Voraufgabe auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft gebracht werden müssen.

Die Benutzerfreundlichkeit der Neuaufgabe wird – unter Beibehaltung der Konzeption als Großkommentar – dadurch gesteigert, dass das Gesamtwerk nicht mehr in Einzellieferungen, sondern bandweise erscheint. Geplant sind 14 (auch einzeln beziehbare) Bände, drei für den Allgemeinen Teil und neun für den Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs; ein abschließender Band wird das Gesamtregister enthalten, ein Band ist dem Völkerstrafgesetzbuch vorbehalten. Inhalt und Umfang der einzelnen Bände orientieren sich so weit wie möglich an Regelungsbereichen, wobei der Erläuterung zusammenhängender gesetzlicher Regelungen Vorrang vor einer mehr oder weniger gleichen Anzahl der Seiten und anderen Äußerlichkeiten eingeräumt wurde. Für die einzelnen Bände zeichnet jeweils ein/e Herausgeber/in als Bandredaktor verantwortlich.

Um den modernen technischen Möglichkeiten gerecht zu werden, wird der Verlag bei Erscheinen eines jeden Bandes die in den Kommentartexten und Fußnoten nach Fundstellen in amtlichen Sammlungen und Zeitschriften zitierten Gerichtsentscheidungen chronologisch aufgelistet nach Band oder Jahrgang der einzelnen Sammlungen und Zeitschriften, jedoch ergänzt um Datum und Aktenzeichen der zitierten Entscheidung, auf hierfür eigens eingerichteten Internetseiten bereithalten. Diese Lösung erschien dem Verlag und den Herausgebern gegenüber der umfassenden Zitierweise von Gericht, Fundstelle, Entscheidungsdatum und Aktenzeichen im gedruckten Text vorzugswürdig, da sie die Lesbarkeit des Erläuterungstextes nicht beeinträchtigt.

Der vorliegende 2. Band umfasst den Vierten und Fünften Titel des Zweiten Abschnitts sowie den Ersten, Zweiten und Dritten Titel des Dritten Abschnitts des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs und somit dogmatisch wesentliche und zugleich praxisrelevante Teile – Notwehr und Notstand, die Arten der Strafen und die Regeln über die Strafbemessung – des materiellen Strafrechts. Diese Bereiche unterlagen ungeachtet zahlreicher Reformvorhaben bislang nur in relativ geringem Umfang Veränderungen durch die gesetzgeberischen Aktivitäten der letzten zehn Jahre. Als größerer Eingriff in das System der Strafen ist zwar das Gesetz zur Änderung des strafrechtlichen Sanktionensystems als Regierungsentwurf (BTDrucks. 18/2725) im Januar 2004 nach erster Lesung in die Ausschüsse verwiesen, jedoch, soweit ersichtlich, in der 16. Wahlperiode (noch) nicht wieder aufgegriffen worden. Dennoch, vornehmlich im Hinblick auf den teilweise aus dem Jahre 1992 stammenden Stand der Erläuterungen, erscheinen die vorliegenden umfassenden Überarbeitungen bzw. Neubearbeitungen bereits jetzt, um die Kommentierung auf den aktuellen Stand zu bringen.

Mehrere namhafte Autoren der 11. Auflage wirken nicht mehr mit. Im 2. Band der 12. Auflage sind Günter Gribbohm, Günter Hirsch, Hans Joachim Hirsch und Günter Spindel aus unterschiedlichen Gründen nicht mehr dabei. Ihnen gilt für ihre frühere Mit-

Vorwort

arbeit, die auch in den nun vorliegenden Bearbeitungen noch fortwirkt, der aufrichtige Dank des Verlages und der Herausgeber. An ihre Stelle sind Kristian Hohn, Thomas Rönna, Werner Theune und Frank Zieschang getreten.

Unbeschadet des bandübergreifenden Ziels des Leipziger Kommentars, den gegenwärtigen Stand der rechtlichen Probleme des Strafrechts erschöpfend darzustellen, gilt für den vorliegenden Band wie für den Gesamtkommentar, dass jeder Autor die wissenschaftliche Verantwortung für die von ihm bearbeiteten Erläuterungen trägt. Angesichts der zunehmenden Flut der Veröffentlichungen, Gesetzesinitiativen und Reformvorhaben ist es kaum noch möglich, in allen Bereichen und für alle Verästelungen den Grundsatz der vollständigen Dokumentation des Materials uneingeschränkt zu erfüllen. Es ist daher der Verantwortung des Autors oder der Autorin überlassen, ob er/sie eine Auswahl vornimmt und nach welchen Kriterien die Auswahl getroffen wird. Der Tendenz nach werden insbesondere bei Kommentaren und Lehrbüchern nicht sämtliche, sondern nur die prägenden und/oder repräsentativen Werke und Äußerungen angeführt. Vollständigkeit strebt nur das Literaturverzeichnis an.

Der hiermit vorgelegte Band hat durchweg den Bearbeitungsstand von Juni 2006. Teilweise konnte auch noch später erschienene Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt werden.

Karlsruhe, im September 2006

Ruth Rissing-van Saan

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXXI

ERLÄUTERUNGEN

ALLGEMEINER TEIL

Zweiter Abschnitt Die Tat

Vierter Titel Notwehr und Notstand

Vor § 32	Vorbemerkungen	1
§ 32	Notwehr	353
§ 33	Überschreitung der Notwehr	560
§ 34	Rechtfertigender Notstand	581
§ 35	Entschuldigender Notstand	652

Fünfter Titel Straflosigkeit parlamentarischer Äußerungen und Berichte

Vor §§ 36, 37	Vorbemerkungen	699
§ 36	Parlamentarische Äußerungen	703
§ 37	Parlamentarische Berichte	728

Dritter Abschnitt Rechtsfolgen der Tat

Erster Titel Strafen

– Freiheitsstrafe –

Vor §§ 38 ff	Vorbemerkungen	739
§ 38	Dauer der Freiheitsstrafe	796
§ 39	Bemessung der Freiheitsstrafe	832

Inhaltsübersicht

– Geldstrafe –

Vor §§ 40 bis 43	Vorbemerkungen	836
§ 40	Verhängung in Tagessätzen	868
§ 41	Geldstrafe neben Freiheitsstrafe	913
§ 42	Zahlungserleichterungen	925
§ 43	Ersatzfreiheitsstrafe	938

– Vermögensstrafe –

§ 43 a	Verhängung der Vermögensstrafe	952
--------	--	-----

– Nebenstrafe –

§ 44	Fahrverbot	953
------	----------------------	-----

– Nebenfolgen –

Vor § 45	Vorbemerkungen	1032
§ 45	Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts	1035
§ 45 a	Eintritt und Berechnung des Verlustes	1044
§ 45 b	Wiederverleihung von Fähigkeiten und Rechten	1046

Zweiter Titel Strafbemessung

Vor § 46	Vorbemerkungen	1049
§ 46	Grundsätze der Strafzumessung	1061
§ 46 a	Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung	1178
§ 47	Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen	1193
§ 48	(<i>weggefallen</i>)	1203
§ 49	Besondere gesetzliche Milderungsgründe	1204
§ 50	Zusammentreffen von Milderungsgründen	1211
§ 51	Anrechnung	1216

Dritter Titel Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen

Vor § 52	Vorbemerkungen	1241
§ 52	Tateinheit	1343
§ 53	Tatmehrheit	1368
§ 54	Bildung der Gesamtstrafe	1379
§ 55	Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe	1389
Sachregister		1417

Abkürzungsverzeichnis

AA	Auswärtiges Amt
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von
AbfVerbrG	Gesetz über die Überwachung und Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen (Abfallverbringungsgesetz)
Abg.	Abgeordneter
AbgO	Reichsabgabenordnung
abgedr.	abgedruckt
Abk.	Abkommen
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
AbIEU	Amtsblatt der Europäischen Union (ab 2003); Ausgabe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen; Ausgabe L: Rechtsvorschriften
AbIKR	Amtsblatt des Kontrollrats in
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AbwAG	Abwasserabgabengesetz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (zit. nach Band u. Seite)
AdVermiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz)
AE	Alternativ-Entwurf eines StGB, 1966 ff
a. E.	am Ende
ÄndG	Änderungsgesetz
ÄndVO	Änderungsverordnung
Anh	Anhang
a. F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Amtsgericht; in Verbindung mit einem Gesetz: Ausführungsgesetz
AGBG/AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen
AHK	Alliierte Hohe Kommission
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien
AktO	Anweisung für die Verwaltung des Schriftguts bei den Geschäftsstellen der Gerichte und der Staatsanwaltschaften (Aktenordnung)
allg.	allgemein
allg. M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
aM	anderer Meinung
AMG	Arzneimittelgesetz
amtl. Begr.	amtliche Begründung
and.	anders
Angekl.	Angeklagte(r)
Anh.	Anhang
AnhRügG	Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungs-rügensgesetz)

Abkürzungsverzeichnis

Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
ao	außerordentlich
AO 1977	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AOStrÄndG	Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften der Reichs- abgabenordnung und anderer Gesetze
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeits- gerichts)
AR	Arztrecht
ArchKrim.	Archiv für Kriminologie
ArchPF	Archiv für Post- und Fernmeldewesen
ArchPR	Archiv für Presserecht
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (zit. nach Band u. Seite)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches
AtG/AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Auff.	Auffassung
aufgehob.	aufgehoben
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
ausdrückl.	ausdrücklich
ausführl.	ausführlich
AusfVO	Ausführungsverordnung
ausl.	ausländisch
AuslG	Ausländergesetz
AusnVO	Ausnahmeverordnung
ausschl.	ausschließlich
AV	Allgemeine Verfügung
AVG	Angestelltenversicherung
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWG/StÄG	Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetz- buchs und anderer Gesetze
Az.	Aktenzeichen
b.	bei
BA	Blutalkohol, Wissenschaftliche Zeitschrift für die medizinische und die juristische Praxis
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAK	Blutalkoholkonzentration
BÄnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
Bay.	Bayern, bayerisch
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts (1802–1956)
BayLSG	Bayerisches Landessozialgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt.	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landes- gerichts in Strafsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter

Abkürzungsverzeichnis

BayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerwBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGHE	s. BayVGHE
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte (zit. nach Band u. Seite)
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (1905–1934)
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBodSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz)
Bd., Bde	Band, Bände
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bearb.	Bearbeitung
begl.	beglaubigt
BegleitG zum TKG	Begleitgesetz zum
Begr., begr.	Begründung, begründet
Bek.	Bekanntmachung
Bekl., bekl.	Beklagter, beklagt
Bem.	Bemerkung
ber.	berichtet
bes.	besonders, besondere(r, s)
Beschl.	Beschluss
Beschw.	Beschwerde
Bespr.	Besprechung
Best.	Bestimmung
bestr.	bestritten
betr.	betreffend
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BewH	Bewährungshilfe
BezG	Bezirksgerichte
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. I, II, III	Bundesgesetzblatt Teil I, II und III
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHGrS	Bundesgerichtshof, Großer Senat
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (zit. nach Band u. Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zit. nach Band u. Seite)
BG Pr.	Die Praxis des Bundesgerichts (Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts)
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchVO	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BinnSchiffG/BinSchG	Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisses der Binnenschifffahrt (Binnenschiffahrtsgesetz)
BjagdG	Bundesjagdgesetz
BKA	Bundeskriminalamt

Abkürzungsverzeichnis

BKAG/BKrimAG	Gesetz über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamtes)
Bln.	Berlin
Bln.GVBl.Sb.	Sammlung des bereinigten Berliner Landesrechts, Sonderband I (1806–1945) und II (1945–1967)
Blutalkohol	Blutalkohol, Wissenschaftliche Zeitschrift für die medizinische und juristische Praxis
BMI	Bundesminister(ium) des Inneren
BMJ	Bundesminister(ium) der Justiz
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)
BNotÄndG	Drittes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer
BNotO	Bundesnotarordnung
BR	Bundesrat
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BranntwMG/BranntwMonG	Branntweinmonopolgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRAOÄndG	Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentrechtsanwaltsordnung und anderer Gesetze
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs./BRDrucks.	Bundesrats-Drucksache
BReg.	Bundesregierung
Brem.	Bremen
BRProt.	Protokolle des Bundesrates
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BRStenBer.	Verhandlungen des Bundesrats, Stenographische Berichte (zit. nach Sitzung u. Seite)
BS	Sammlung des bereinigten Landesrechts
BSeuchG	Bundes-Seuchengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
Bsp.	Beispiel
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil des StGB bzw. Bundestag
BT-Drs./BTDrucks.	Bundestags-Drucksache
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz)
BTProt.	s. BTVerh.
BTRAussch.	Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags
BTStenBer.	Verhandlungen des deutschen Bundestag, Stenographische Berichte (zit. nach Wahlperiode u. Seite)
BTVerh.	Verhandlungen des Deutschen Bundestags
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zit. nach Band u. Seite)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zit. nach Band u. Seite)
BVwVfG	(Bundes-)Verwaltungsverfahrensgesetz
BW	Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
BZR	Bundeszentralregister

Abkürzungsverzeichnis

BZRG	Gesetz über das Bundeszentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ChemG	Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz)
CR	Computer und Recht
CWÜAG	AusführungsG zum Chemiewaffenübereinkommen (CWÜ-AG)
DA	Deutschland Archiv
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
dagg.	dagegen
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
DDevR	Deutsche Devisen-Rundschau (1951–59)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDT-G	Gesetz über den Verkehr mit DDT
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz)
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
d. h.	das heißt
Justiz	Die Justiz, Amtsblätter des Justizministeriums Baden-Württemberg
Polizei	Die Polizei (seit 1955: Die Polizei – Polizeipraxis)
dies.	dieselbe(n)
diff., diff.	Differenzierung, differenzierend
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (1896–1936)
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNA-AnalysG	Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse
DNutzG	Gesetz zur effektiven Nutzung von Dateien im Bereich der Staatsanwaltschaften
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DOGE	Entscheidungen des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet
DR	Deutsches Recht, Wochenausgabe (vereinigt mit Juristische Wochenschrift) (1931–1945)
DRRechtsw.	Deutsche Rechtswissenschaft (1936–1943)
DRiB	Deutscher Richterbund
DRiG	Deutsches Richterergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRM	Deutsches Recht, Monatsausgabe (vereinigt mit Deutsche Rechtspflege)
DRpfl.	Deutsche Rechtspflege (1936–1939)
Drs./Drucks.	Drucksache
DRsp.	Deutsche Rechtsprechung, hrsg. von Feuerhake (Loseblattsammlung)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (1946–1950)
DSB	Datenschutzberater
DStrR	Deutsches Steuerrecht
DSrR	Deutsches Strafrecht (1934–1944)

Abkürzungsverzeichnis

DStrZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung (1914–1922)
DStZ A	Deutsche Steuerzeitung, bis Jg. 67 (1979): Ausgabe A
dt.	deutsch
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
DVR	Datenverarbeitung im Recht (bis 1985, danach vereinigt mit IuR)
E	Entwurf bzw. Entscheidung
E 1927	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung (Reichstagsvorlage) 1927
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung 1962
EAO	Entwurf einer Abgabenordnung
ebd.	ebenda
ebso.	ebenso
ed(s)	editor(s)
EEGOWiG	Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
EEGStGB	Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB)
EFG	Entscheidung der Finanzgerichte (zit. nach Band u. Seite)
EG	Einführungsgesetz bzw. Europäische Gemeinschaft(en) bzw. Erinnerungsgabe
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EG-FinanzschutzG/	Gesetz zum Übereinkommen v. 26.8.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften
EGFinSchG	
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGH	Ehrengerichtliche Entscheidungen der Ehrengerichtshöfe der Rechtsanwaltschaft des Bundesgebiets und des Landes Berlin (zit. nach Band u. Seite)
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGInsOÄndG	Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung und anderer Gesetze
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof f. Menschenrecht
EGOWiG	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EheG	Ehegesetz
ehem.	ehemalig
EhrenGHE	Ehrengerichtliche Entscheidungen (der Ehrengerichtshöfe der Rechtsanwaltschaft des Bundesgebietes und des Landes Berlin)
Einf.	Einführung
eingeh.	eingehend
einschl.	einschließlich
einschr.	einschränkend
Einl.	Einleitung
EJF	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht (1951–1969)
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EmmingerVO	Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention

Abkürzungsverzeichnis

entgg.	entgegen
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf
Erg.	Ergebnis bzw. Ergänzung
ErgBd.	Ergänzungsband
ErgThG	Ergotherapeutengesetz
Erl.	Erläuterung
Erw.	Erwiderung
ESchG	Embryonenschutzgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
Ethik Med.	Ethik in der Medizin
ETS	European Treaty Series
EU	Europäische Union
EUBestG	Gesetz zum Protokoll v. 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
EuGHE	Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften – Amtliche Sammlung
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuHbG	Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlgesetz – EuHbG)
EuR	Europarecht
EurGHMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EurKomMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
europ.	europäisch
EuropolG	Europol-Gesetz
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag
EV I bzw. II	Anlage I bzw. II zum EV
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsstrafrecht
EWiV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Schriftenreihe zum europäischen Weinrecht
EzSt	Entscheidungssammlung zum Straf- u. Ordnungswidrigkeitenrecht, hrsg. von Lemke (zit. nach Band u. Seite)
f, ff	folgende, fortfolgende
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAO	Fachanwaltsordnung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Festschr.	Festschrift
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Abkürzungsverzeichnis

FGO	Finanzgerichtsordnung
fin.	finanziell
FinVerwG/FVG	Gesetz über die Finanzverwaltung
FlaggRG/FIRG	Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Flaggenrechtsgesetz)
FIRV	Flaggenrechtsverordnung
Fn.	Fußnote
fragl.	fraglich
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote
G bzw. Ges.	Gesetz
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, zitiert nach Jahr und Seite; (bis 1933: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, zitiert nach Band und Seite)
GBA	Generalbundesanwalt
GBG	Gesetz über die Beförderung gefährlicher Güter
GBI.	Gesetzblatt
GebFra	Geburtshilfe und Frauenheilkunde (zit. nach Band u. Seite)
GedS	Gedächtnisschrift
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GenStA	Generalstaatsanwalt
GerS	Der Gerichtssaal
GeschlKG/GeschlkrG/ GeschlKrG	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten
GeschO	Geschäftsordnung
gesetzl.	gesetzlich
GewArch	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Gewerbe- u. Wirtschaftsverwaltungsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GewVerbrG	Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung
gg.	gegen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GjS/GjSM	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte
GKG	Gerichtskostengesetz
gl.	gleich
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR/GmbH-Rdsch	GmbH-Rundschau (vorher: Rundschau für GmbH)
GMBI.	Gemeinsames Ministerialblatt
GnO	Gnadenordnung (Landesrecht)
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
GrS	Großer Senat
GrSSt.	Großer Senat in Strafsachen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Der Gerichtssaal (zit. nach Band u. Seite)
GSNW	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen (1945–1956)
GSSchIH	Sammlung des schleswig-holsteinischen Landesrechts, 2 Bde (1963)

Abkürzungsverzeichnis

GÜG	Gesetz zur Überwachung des Verkehrs mit Grundstoffen, die für die unerlaubte Herstellung von Betäubungsmitteln mißbraucht werden können
GV	Gemeinsame Verfügung (mehrerer Ministerien) bzw. Grundlagenvertrag
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. I-III	Sammlung des bereinigten Hessischen Landesrechts
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)
h. A.	herrschende Ansicht
HaagLKO/HLKO	Haager Abkommen betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs
Halbs./Hbs.	Halbsatz
Hamb.	Hamburg
HambJVBl	Hamburgisches Justizverwaltungsblatt
HannRpfl	Hannoversche Rechtspflege
Hans.	Hanseatisch
HansGZ bzw. HGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (1889–1927)
HansJVBl	Hanseatisches Justizverwaltungsblatt (bis 1946/47)
HansOLGSt	Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Strafsachen (1879–1932/33)
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (1928–43), vorher:
HansRZ	Hanseatische Rechtszeitschrift für Handel, Schifffahrt und Versicherung, Kolonial- und Auslandsbeziehungen sowie für Hansestädtisches Recht (1918–1927)
Hdb.	Handbuch
HdbStR	Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HeilPrG	Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz)
Hess.	Hessen
HeSt.	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen (1948–49) (zit. nach Band u. Seite)
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
HGB	Handelsgesetzbuch
hins.	hinsichtlich
Hinw.	Hinweis
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HöchstRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts, Beilage zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (1 zu Bd. 46, 2 u Bd. 47, 3 zu Bd. 48)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (1928–1942), bis 1927: Die Rechtsprechung, Beilage zur Zeitschrift Juristische Rundschau
Hrsg. bzw. hrsg.	Herausgeber bzw. herausgegeben
h. Rspr.	herrschende Rechtsprechung
HuSt	Hochverrat und Staatsgefährdung (Urteil des BGH)
i. Allg.	im Allgemeinen
i. allg. S.	im allgemeinen Sinn
i. d. F.	in der Fassung

Abkürzungsverzeichnis

i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E./i. Erg.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinn
i. gl. S.	im gleichen Sinn
i. Grds.	im Grundsatz
IHK	Industrie- und Handelskammer
i. H. v.	in Höhe von
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
IM	Innenminister(ium)
IMT	International Military Tribunal (Nürnberg)
inl.	inländisch
insb./insbes.	insbesondere
insges.	insgesamt
InsO	Insolvenzordnung
IntBestG	Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung
inzw.	inzwischen
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. R. v.	im Rahmen von
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
IStGH-Statut	Internationaler Strafgerichtshof – Statut
IStR	Internationales Strafrecht
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne einer(s)
IStGH	ständiger Internationaler Strafgerichtshof in Den Haag
i. S. v.	im Sinne von
i. techn. S.	im technischen Sinne
i. U.	im Unterschied
i. üb.	im übrigen
IuKDG	Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienstegesetz)
IuR	Informatik und Recht
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w.	im wesentlichen
i. w. S.	im weiteren Sinne
i. Z. m.	im Zusammenhang mit
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
JahrbÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JahrbPostw.	Jahrbuch des Postwesens (1937–1941/42)
JAVollzO	Jugendarrestvollzugsordnung
JBeitrO	Justizbeitreibungsordnung
JBl.	Justizblatt
JBlRhPf.	Justizblatt Rheinland-Pfalz
JBl Saar	Justizblatt des Saarlandes
jew.	jeweils
JFGERG.	Entscheidungen des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts München in Kosten-, Straf-, Miet- und Pachtschutzsachen (= Jahrbuch f. Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsbark. u. d. Grundbuchrechts. ErgBd.)
JGG	Jugendgerichtsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

JK	Jura-Kartei
JKomG	Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz – JKomG)
JM	Justizminister(ium)
JMBINRW/JMBINW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JÖSchG	Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit
JOR	Jahrbuch für Ostrecht
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JStGH	Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien
JStGH-Statut	Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien – Statut
1. JuMoG	Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz)
jurA	Juristische Analysen
Jura	Juristische Ausbildung
JurBl. bzw. JBl.	Juristische Blätter
JurJahrb.	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums von Baden-Württemberg
JuV	Justiz und Verwaltung
JVA	Justizvollzugsanstalt
JVBl.	Justizverwaltungsblatt
JVKostO	Gesetz über Kosten im Bereich der Justizverwaltung
JVollz.	Jugendstrafvollzugsordnung; s. auch JAVollzO
JW	Juristische Wochenschrift
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung
JZ-GD	Juristenzeitung – Gesetzgebungsdienst
Kap.	Kapitel
KastG/KastrG	Gesetz über die freiwillige Kastration
Kfz.	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht bzw. Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (1881–1922) (zit. nach Band u. Seite)
KindRG	Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts
KJ	Kritische Justiz
KO	Konkursordnung
KorBekG/KorrBekG/KorrBG	Gesetz zur Bekämpfung der Korruption
K&R	Kommunikation und Recht
KRABL.	s. ABIKR
KreditwesenG/KWVG	Gesetz über das Kreditwesen
KRG	Kontrollratsgesetz
KriegswaffKG/KWKG	Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen
KrimAbh.	Kriminalistische Abhandlungen, hrsg. von Exner
KrimGwFr	Kriminologische Gegenwartsfragen (zit. nach Band u. Seite)
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KrimJournal	Kriminologisches Journal
krit.	kritisch
KritJ/Krit. Justiz	Kritische Justiz
KritV/KritVj	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
KrW-/AbfG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der

Abkürzungsverzeichnis

	umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz)
KunstUrhG/KUrhG	Kunsturhebergesetz
KuT	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KuV/k+v/K+V	Krafftahrt u. Verkehrsrecht, Zeitschrift der Akademie für Verkehrswissenschaft, Hamburg
KWG	siehe KreditwesenG
LegPer.	Legislaturperiode
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v Lindenmaier/ Möhring u.a. (zit. nach Paragraph u. Nummer)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz)
LPG	Landespressegesetz
LRA	Landratsamt
LRE	Sammlung lebensmittelrechtlicher Entscheidungen
LS	Leitsatz
lt.	laut
LT	Landtag
LuftSiG	Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (Luftsicherheitsgesetz)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVO/LuftVVO	Verordnung über den Luftverkehr
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
LVerf.	Landesverfassung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (1907–1933)
m.	mit
m. Anm.	mit Anmerkung
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform (1954). Band I: Gutachten der Strafrechtslehrer. Band II: Rechtsvergleichende Arbeiten (Allg. Teil). Band II BT: Rechtsvergleichende Arbeiten (Bes. Teil) (1954)
m. a. W.	mit anderen Worten
m. Bespr.	mit Besprechung
MdB	Mitglied des Bundestage
MdL	Mitglied des Landtages
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MDSStV	Staatsvertrag über Mediendienste
MedR	Medizinrecht
MfS	Ministerium für Staatssicherheit
MiStra	Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen
mißverst./missverst	mißverständlich/missverständlich
Mitt.	Mitteilung
MittIKV	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (1889–1914; 1926–1933)
m. krit. Anm.	mit kritischer Anmerkung (von)
MMR	MultiMedia und Recht
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift
MRG	Militärregierungsgesetz
MschKrim./MonKrim.	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform

Abkürzungsverzeichnis

MschKrimBiol/ MonKrimBiol.	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
MschKrimPsych/ MonKrimPsych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (1904/05–1936)
MStGO	Militärstrafgerichtsordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
Nachtr.	Nachtrag
Nachw.	Nachweis
NATO-Truppenstatut/NTS	Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags v. 19.6.1951 über die Rechtsstellung ihrer Truppen (NATO-Truppenstatut)
Nds.	Niedersachsen
NdsRpfl./Nds.Rpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NEhelG	Gesetz über die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder
n. F.	neue Fassung
Niederschr./Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechts- kommission
Nieders.GVBl. (Sb. I, II)	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt, Sonderband I und II, Sammlung des bereinigten niedersächsischen Rechts
NJ	Neue Justiz (DDR)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NKrimP	Neue Kriminalpolitik
NPA	Neues Polizei-Archiv
Nr.(n)	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht, hrsg. von Rebmann, Dahs und Miebach
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift f. Arbeits- und Sozialrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZWehrr/NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
o.	oben
o. ä.	oder ähnlich
ob. dict.	obiter dictum
OBGer	Obergericht (Schweizer Kantone)
öffentl.	öffentlich
ÖJZ/ÖstJZ	Österreichische Juristenzeitung
Öst OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof; ohne Zusatz: Entscheidung des Öst OGH in Strafsachen (zit. nach Band u. Seite)
o. g.	oben genannt
OG	Oberstes Gericht der DDR
OGDDR	Entscheidungen des Obersten Gerichts der DDR
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHSt.	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (1949/50) (zit. nach Band u. Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft

Abkürzungsverzeichnis

OLG	Oberlandesgericht
OLGSt.	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- u. Strafverfahrensrecht (zit. nach Paragraph u. Seite, n. F. nach Paragraph u. Nummer)
OrgK	Organisierte Kriminalität
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität
OrgKVerbG	Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartG	Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PatG	Patentgesetz
PAuswG	Gesetz über Personalausweise
PflanzenSchG/PflSchG	Gesetz zum Schutz der Kulturpflanzen (Pflanzenschutzgesetz)
PolG	Polizeigesetz
polit.	politisch
PolV/PolVO	Polizeiverordnung
PostG	Gesetz über das Postwesen (Postgesetz)
PostO	Postordnung
Pr.	Preußen
PrG	Pressegesetz
PrGS	Preußische Gesetzessammlung (1810–1945)
Prot.	Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform
Pr. OT	Preußisches Obertribunal
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
Prot. BT-RA	Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (zit. nach Nummern)
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrZeugnVerwG	Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Presse und Rundfunk
PStG	Personenstandsgesetz
psych.	psychisch
PsychThG	Gesetz über die Berufe des psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (PsychotherapeutenG)
qualif.	qualifizierend
R	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. nach Band u. Seite)
R & P	Recht und Psychiatrie
RabgO/RAO	Reichsabgabenordnung
RAusch.	Rechtsausschuß/Rechtsausschuss
RBerG	Gesetz zur Verhütung von Mißbrauch auf dem Gebiet der Rechtsberatung
RdA	Recht der Arbeit
RdErl.	Runderlaß/Runderlass
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RdK	Das Recht des Kraftfahrers, Unabhängige Monatsschrift des Kraftverkehrsrechts (1926–43, 1949–55)
Rdn.	Randnummer

Abkürzungsverzeichnis

Rdschr./RdSchr.	Rundschreiben
RDSstH	Entscheidungen des Reichsdienststrafhofs (1939–41)
RDStO	Reichsdienststrafordnung
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Recht	Das Recht, begründet von Soergel (1897–1944)
RechtsM	Rechtsmedizin
rechtspol.	rechtspolitisch
RechtsTh	Rechtstheorie
rechtsvergl.	rechtsvergleichend
Reg.	Regierung
RegBl.	Regierungsblatt
rel.	relativ
RfStV	Rundfunkstaatsvertrag
RG	Reichsgericht
RGBl., RBGl. I, II	Reichsgesetzblatt, von 1922–1945 Teil I und Teil II
RGRspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (1879–1888)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. nach Band u. Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. nach Band u. Seite)
RHG	Rechnungshofgesetz
RHilfeG/RHG	Gesetz über die innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen
RhPf.	Rheinland-Pfalz
RiAA	Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts – Richtlinien gem. § 177 Abs. 2 Satz 2 BRAO
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RiJGG	Richtlinien der Landesjustizverwaltungen zum Jugendgerichtsgesetz
RiOWiG	Gemeinsame Anordnung über die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und über die Zusammenarbeit mit den Verwaltungsbehörden
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RiVASt	Richtlinien für den Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten
RKG/RKnappschG	Reichsknappschaftsgesetz
RKG(E)	Entscheidungen des Reichskriegsgerichts (zit. nach Band u. Seite)
RMBL.	Reichsministerialblatt, Zentralblatt für das Deutsche Reich (1923–45)
RMG/RMilGE	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts (zit. nach Band u. Seite)
RöntgVO/RöV	Röntgenverordnung
ROW	Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme
Rpflieger	Der Deutsche Rechtspfleger
RpflG	Rechtspflegergesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RStGH	Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda
RStGH-Statut	Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda – Statut
RT	Reichstag
RTDrucks.	Drucksachen des Reichstags
RTVerh.	Verhandlungen des Reichstags
RuP	Recht und Politik. Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite <i>oder</i> Satz

Abkürzungsverzeichnis

s. a.	siehe auch
SA	Sonderausschuss für die Strafrechtsreform
SaarRZ	Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift
SaBremR	Sammlung des bremischen Rechts (1964)
SächsArch.	Sächsisches Archiv für Rechtspflege, seit 1924 (bis 1941/42). Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt
SächsOLG	Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden (1880–1920)
ScheckG/SchG	Scheckgesetz
SchiedsmZ	Schiedsmannszeitung (1926–1945), seit 1950 Der Schiedsmann
SchKG	Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz)
SchlH	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwangUG	(DDR-)Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft
schweiz.	schweizerisch
SchwJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SchwZStr.	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (zit. nach Band u. Seite)
SeemannsG	Seemannsgesetz
SeeRÜbk./SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen; Vertragsgesetz
Sen.	Senat
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (1836–1913)
SexualdelikteBekG	Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten – Sexualdeliktebekämpfungsgesetz –
SFHÄndG	Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz
SFHG	Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz)
SG/SoldatG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
SGB I, IV, V, VIII, X, XI	I: Sozialgesetzbuch, Allg. Teil IV: Sozialgesetzbuch, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung V: Sozialgesetzbuch, Gesetzliche Krankenversicherung VIII: Sozialgesetzbuch, Kinder- und Jugendhilfe X: Sozialgesetzbuch, Verwaltungsverfahren, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehung zu Dritten XI: Soziale Pflegeversicherung
SGb.	Sozialgerichtsbarkeit
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SGV.NW	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblatts für das Land Nordrhein-Westfalen (Loseblattsammlung)
SichVG	Gesetz zur Rechtsvereinheitlichung der Sicherungsverwahrung
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (1946–50), dann Juristenzeitung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e)
Sonderausschuß	Sonderausschuß des Bundestags für die Strafrechtsreform, Niederschriften zitiert nach Wahlperiode und Sitzung
SortenSchG	Gesetz über den Schutz von Pflanzensorten (Sortenschutzgesetz)
SozVers	Die Sozialversicherung
spez.	speziell
SprengG/SprengstoffG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
StA	Staatsanwalt(schaft)
StaatsGH	Staatsgerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

StaatsschStrafsG	Gesetz zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutz-Strafsachen
StÄG	s. StRÄndG
StAZ	Das Standesamt. Zeitschrift f. Standesamtswesen, Personenstandsrecht, Ehe- u. Kindschaftsrecht, Staatsangehörigkeitsrecht
StenB/StenBer	Stenographischer Bericht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig, streitig
StrAbh.	Strafrechtliche Abhandlungen
StRÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz (1. ~, 2. ~, ... , 33. ~) 18. ~ Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität 27. ~ – Kinderpornographie 28. ~ – Abgeordnetenbestechung 31. ~ – Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität 37. ~ – §§ 180b, 181 StGB
StraffreiheitsG/StrFG	Gesetz über Straffreiheit
StraFo	Strafverteidigerforum
strafr.	strafrechtlich
StrafrAbh.	Strafrechtliche Abhandlungen, hrsg. von Bennecke, dann von Beling, v. Lilienthal und Schoetensack
StraßVerkSichG/ StraßenVSichG	1. Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs (Straßenverkehrssicherungsgesetz)
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen
StREG	Gesetz über ergänzende Maßnahmen zum 5. StrRG (Strafrechtsreformergänzungsgesetz)
StrlSchuV/StrlSchVO	Strahlenschutzverordnung
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. ~, 2. ~, ... 6. ~)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StS	Strafsenat
StuR	Staat und Recht
StV/StrVert.	Strafverteidiger
StVE	Straßenverkehrsentscheidungen, hrsg.von Cramer, Berz, Gontard, Loseblattsammlung, Stand April 2000 (zit. nach Paragraph u. Nummer)
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVGÄndG	Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und anderer Gesetze
StVj/StVJ	Steuerliche Vierteljahresschrift
StVK	Strafvollstreckungskammer
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
StVollzÄndG	Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz
StVollzK	Blätter für Strafvollzugskunde (Beilage zur Zeitschrift „Der Vollzugsdienst“)
1. StVRG	Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts
1. StVRErgG	Erstes Gesetz zur Ergänzung des 1. StVRG
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
s. u.	siehe unten
SubvG	Subventionsgesetz
SV	Sachverhalt

Abkürzungsverzeichnis

TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten
TierschG/TierschutzG	Tierschutzgesetz
Tit.	Titel
TKG	Telekommunikationsgesetz
TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen – Transplantationsgesetz
TV	Truppenvertrag
Tz.	Textziffer, -zahl
u.	unten bzw. und
u. a.	unter anderem bzw. und andere
u. ä.	und ähnliche
u. a. m.	und anderes mehr
UdG	Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
Üb.	Überblick; Übersicht
Übereink./Übk.	Übereinkommen
ÜbergangsAO	Übergangsverordnung
ü. M.	überwiegende Meinung
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
U-Haft	Untersuchungshaft
umstr.	umstritten
UmwRG	Umweltrahmengesetz der DDR
UNO	United Nations Organization (Vereinte Nationen)
UNTS	United Nations Treaty Series
unv.	unveröffentlicht
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UStG	Umsatzsteuergesetz
usw.	und so weiter
UTR	Umwelt- und Technikrecht, Schriftenreihe des Instituts für Umwelt- und Technikrecht der Universität Trier, hrsg. von Rüdiger Breuer u. a.
u. U.	unter Umständen
UVNVAG	Ausführungsgesetz v. 23.7.1998 (BGBl. I S. 1882) zu dem Vertrag v. 24.9.1996 über das umfassende Verbot von Nuklearversuchen – Zustimmungsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
UZwGBw	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen
v.	von, v.
VAE	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
v. A. w.	von Amts wegen
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VDA bzw. VDB	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner bzw. Besonderer Teil
VE	Vorentwurf
VerbrBekG	Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)
VerbringungsverbG	Gesetz zur Überwachung strafrechtlicher und anderer Verbringungsverbote

Abkürzungsverzeichnis

VereinfVO	Vereinfachungsverordnung 1. ~, VO über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und Rechtspflege 2. ~, VO zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege 3. ~, Dritte VO zur Vereinfachung der Strafrechtspflege 4. ~, Vierte VO zur Vereinfachung der Strafrechtspflege
VereinHG	Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts
VereinsG	Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerglO	Vergleichsordnung
Verh.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages (BT), des Deutschen Juristentages (DJT) usw.
VerjährG	Gesetz über das Ruhen der Verjährung bei SED-Unrechtstaten
2. VerjährG.	Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen
3. VerjährG.	Gesetz zur Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen
VerkMitt/VerkMitt./VM	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
VerkProspektG	Wertpapiere-Verkaufprospektgesetz
vermitt.	vermittelnd
VerpflG	Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz), eingeführt durch Art. 42 EGStGB
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGS	Vereinigter Großer Senat
Vhdngen	s. Verh.
VN	Vereinte Nationen
VN-Satzung	Satzung der Vereinten Nationen
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
VOR	Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht
vorangeh.	vorgehend
Voraufl.	Vorauflage
Vorbem.	Vorbemerkung
vorgen.	vorgenannt
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts (zit. nach Band u. Seite)
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (zit. nach Heft u. Seite)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
WaffG/WaffenG	Waffengesetz
Warn./WarnRspr	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des RG, hrsg. von Warneyer (zit. nach Jahr u. Nummer)

Abkürzungsverzeichnis

WDO	Wehrdisziplinarordnung
WehrpflG	Wehrpflichtgesetz
WeimVerf./WV	Verfassung des Deutschen Reichs (sog. „Weimarer Verfassung“)
WeinG	Weingesetz
weitergeh.	weitergehend
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
1. WiKG	1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
2. WiKG	2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz 1954)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WoÜbG	Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) v. 24.6.2005
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Gesetz über Wertpapierhandel
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WStG	Wehrstrafgesetz
WZG	Warenzeichengesetz
z.	zur, zum
(Z)	Entscheidung in Zivilsachen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (1934–44)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZbernJV/ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZDG	Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstgesetz)
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
Z. f. d. ges. Sachverst.wesen/	Zeitschrift für das gesamte Sachverständigenwesen
ZSW	
ZFIS	Zeitschrift für innere Sicherheit
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht u. Europarecht
Zfs/ZfSch	Zeitschrift für Schadensrecht
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, begr. v. Goldschmidt.
Zif./Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZollG	Zollgesetz
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Band u. Seite)

XXX

Abkürzungsverzeichnis

z. T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht
zusf.	zusammenfassend
zust.	zustimmend
ZustErgG	Gesetz zur Ergänzung von Zuständigkeiten auf den Gebieten des Bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts und des Strafrechts (Zuständigkeitsergänzungsgesetz)
ZustG	Zustimmungsgesetz
ZustVO	Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften zutreffend
zutr.	zur Veröffentlichung bestimmt
z. V. b.	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz)
ZVG	zweifelhaft bzw. zweifelnd
zw.	Zeitschrift für Wehrrecht (1936/37–44)
ZWehrR	zur Zeit
z. Z.	Zeitschrift für Zivilprozeß (zit. nach Band u. Seite)
ZZP	

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

Das Schrifttum zum Kernstrafrecht sowie sämtliche strafrechtlich relevanten Festschriften und vergleichbare Werke stehen unter 1. Es folgt das Schrifttum zum Nebenstrafrecht und zu nichtstrafrechtlichen Nebengebieten: 2. Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Bürgerliches Recht und InsO, 4. DDR-Strafrecht, 5. EG-Recht, 6. Jugendstrafrecht, 7. Kriminologie, 8. Ordnungswidrigkeitenrecht, 9. Presse-recht, 10. Rechtshilfe, 11. Rechtsmedizin und Arztrecht, 12. Strafprozess- und Strafvollzugsrecht, 13. Strahlenschutzrecht, 14. Straßenverkehrsrecht, 15. Verfassungsrecht, 16. Wettbewerbs- und Kartellrecht, 17. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 18. Sonstiges.

1. Strafrecht (StGB) und Festschriften

Ambos AK	Internationales Strafrecht (2006) Kommentar zum Strafgesetzbuch – Reihe Alternativ- kommentare, hrsg. v. Wassermann, Bd. 1 (1990), Bd. 3 (1986)
Arzt/Weber BT	Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch (2000) (Fortsetzung der in fünf Heften erschienenen Ausgabe)
v. Bar	Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1. Bd. (1906), 2. Bd. (1907), 3. Bd. (1909)
Baumann/Weber/Mitsch Beling Bernsmann	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Aufl. (2003) Die Lehre vom Verbrechen (1906) Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen: Vor- träge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001, hrsg. v. Bernsmann (2003)
Binding, Grundriß	Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (1913)
Binding, Handbuch Binding, Lehrbuch I, II	Handbuch des Strafrechts (1885) Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Aufl. Bd. 1 (1902), Bd. 2 (1904/05)
Binding, Normen	Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl., 4 Bände (1890–1919)
Blei I, II	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. (1983); Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Aufl. (1983)
Bochumer Beiträge	Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Fest- schrift für Gerd Geilen zum 70. Geburtstag (2003)
Bochumer Erläuterungen	Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, hrsg. v. Schlüchter (1998)
Bockelmann BT 1, 2, 3	Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Vermögensdelikte, 2. Aufl. (1982); Bd. 2: Delikte gegen die Person (1977); Bd. 3: Ausgewählte Delikte gegen Rechtsgüter der All- gemeinheit (1980)
Bockelmann/Volk Bruns, Strafzumessungsrecht Bruns, Recht der Strafzumessung Bruns, Reflexionen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1987) Strafzumessungsrecht: Gesamtdarstellung, 2. Aufl. (1974) Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. (1985) Neues Strafzumessungsrecht? „Reflexionen“ über eine geforderte Umgestaltung (1988)
Coimbra-Symposium Dalcke/Fuhrmann/Schäfer	s. Schünemann/de Figueiredo Dias Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. (1961)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- | | |
|---|--|
| Ebert | Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege: Beiträge anlässlich eines Symposiums zum 60. Geburtstag von E. W. Hanack, hrsg. v. Ebert (1991) |
| Ebert AT | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (2001) |
| Einführung 6. StrRG | Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz (1998) (bearb. v. Dencker u. a.) |
| Erbs/Kohlhaas | Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattausgabe, 4. Aufl. (1988 ff), 5. Aufl. (1993 ff) |
| Erinnerungsgabe Grünhut | Erinnerungsgabe für Max Grünhut (1965) |
| Eser (et al.), Rechtfertigung und Entschuldigung I–IV | Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven. Beiträge aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Bd. 1, hrsg. v. Eser/Fletcher (1987); Bd. 2, hrsg. v. Eser/Fletcher (1988); Bd. 3: Deutsch-Italienisch-Portugiesisch-Spanisches Strafrechtssymposium 1990 in Freiburg, hrsg. v. Eser/Perron (1991); Bd. 4: Ostasiatisch-Deutsches Strafrechtssymposium 1993 in Tokio, hrsg. v. Eser/Nishihara (1995) |
| Eser/Koch | Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Bd. 1: Europa (1988); Bd. 2: Außereuropa (1989); Bd. 3: Rechtsvergleichender Querschnitt – rechtspolitische Schlußbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung (1999) |
| Festgabe BGH 25 | 25 Jahre Bundesgerichtshof |
| Festgabe BGH 50 | 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band V: Straf- und Strafprozeßrecht (2000) |
| Festgabe Frank | Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag: 16. August 1930, 2 Bde. (1930) |
| Festgabe Kern | Festgabe für Eduard Kern zum 70. Geburtstag am 13. Oktober 1957 (1957) |
| Festgabe Peters | Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren: Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages (1984) |
| Festgabe RG I–VI | Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929) (1929) |
| Festgabe Schultz | Lebendiges Strafrecht: Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz (1977) |
| Festschrift Androulakis | Festschrift für Nikolaos Androulakis zum 70. Geburtstag, (2003) |
| Festschrift Augsburg | Recht in Europa – Festgabe zum 30-jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät Augsburg (2002) |
| Festschrift Baumann | Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992 (1992) |
| Festschrift Bemmann | Festschrift für Günter Bemmann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997 (1997) |
| Festschrift BGH 50 | Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof (2000) |
| Festschrift Blau | Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985 (1985) |
| Festschrift Bockelmann | Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978 (1979) |
| Festschrift Böhm | Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag (1999) |
| Festschrift Boujong | Verantwortung und Gestaltung, Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag (1996) |
| Festschrift Brauneck | Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck (1999) |

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

Festschrift Bruns	Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag (1978)
Festschrift Burgstaller	Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag (2004)
Festschrift v. Caemmerer	Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag (1978)
Festschrift Celle I	Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle: zum 250jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Celle (1961)
Festschrift Celle II	Festschrift zum 275jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Celle (1986)
Festschrift DJT	Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, 2 Bde. (1960)
Festschrift Dreher	Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977 (1977)
Festschrift Dünnebieer	Festschrift für Hans Dünnebieer zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982 (1982)
Festschrift Engisch	Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag (1969)
Festschrift Ermacora	Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte, Festschrift für Felix Ermacora zum 65. Geburtstag (1988)
Festschrift Eser	Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag (2005)
Festschrift Friebertshäuser	Festgabe für den Strafverteidiger Dr. Heino Friebertshäuser (1997)
Festschrift GA	140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht: eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz (1993)
Festschrift Gallas	Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973 (1973)
Festschrift Geerds	Kriminalistik und Strafrecht: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag (1995)
Festschrift Geiß	Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag (2000)
Festschrift Germann	Rechtsfindung – Beiträge zur juristischen Methodenlehre: Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag (1969)
Festschrift Gleispach	Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft: Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach (1936) (Nachdruck 1995)
Festschrift Göppinger	Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten: Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag (1990)
Festschrift Gössel	Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag (2002)
Festschrift Graßhoff	Der verfasste Rechtsstaat, Festgabe für Karin Graßhoff (1998)
Festschrift Grünwald	Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag (1999)
Festschrift Grützner	Aktuelle Probleme des internationalen Strafrechts – Beiträge zur Gestaltung des internationalen und supranationalen Strafrechts: Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag (1970)
Festschrift Hanack	Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag (1999)
Festschrift Heidelberg	Richterliche Rechtsfortbildung: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg (1986)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- Festschrift Heinitz
Festschrift Henkel
Festschrift v. Hentig
Festschrift Heusinger
Festschrift Hilger
Festschrift Hirsch
Festschrift Honig
Festschrift Hubmann
Festschrift Hübner
Festschrift Jauch
Festschrift Jescheck
Festschrift JurGes. Berlin
Festschrift Kaiser
Festschrift Arthur Kaufmann I
Festschrift Arthur Kaufmann II
Festschrift Kern
Festschrift Kleinknecht
Festschrift Klug
Festschrift Koch
Festschrift Kohlmann
Festschrift Kohlrausch
Festschrift Köln
Festschrift Krause
Festschrift Lackner
Festschrift Lampe
Festschrift Lange
Festschrift Laufs
Festschrift Leferenz
- Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag (1972)
Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag (1974)
Kriminologische Wegzeichen: Festschrift für Hans v. Hentig zum 80. Geburtstag (1967)
Ehrengabe für Bruno Heusinger (1968)
Datenübermittlungen und Vorermittlungen, Festgabe für Hans Hilger (2003)
Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag (1999)
Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag (1970)
Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistung; Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag (1985)
Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984 (1984)
Wie würden Sie entscheiden? Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag (1990)
Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 2 Bde. (1985)
Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin (1984)
Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 2 Bde. (1998)
Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag (1989)
Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag (1993)
Tübinger Festschrift für Eduard Kern (1968)
Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag (1985)
Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, 2 Bde. (1983)
Strafverteidigung und Strafprozeß, Festgabe für Ludwig Koch (1989)
Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag (2003)
Probleme der Strafrechtserneuerung: Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht (1944; Nachdruck 1978)
Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln (1988)
Recht und Kriminalität: Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag (1990)
Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag (1987)
Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag (2003)
Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag (1976)
Humaniora, Medizin – Recht – Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag (2006)
Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht: Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag (1983)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

Festschrift Lenckner	Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag (1998)
Festschrift Lüderssen	Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag (2002)
Festschrift Maihofer	Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag (1988)
Festschrift Maiwald	Fragmentarisches Strafrecht, Für Manfred Maiwald aus Anlass seiner Emeritierung (2003)
Festschrift Mangakis	Strafrecht – Freiheit – Rechtsstaat: Festschrift für Georgios Mangakis (1999)
Festschrift Maurach	Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag (1972)
Festschrift H. Mayer	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965 (1966)
Festschrift Meyer-Goßner	Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag (2001)
Festschrift Mezger	Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15. Oktober 1953 (1954)
Festschrift Middendorff	Festschrift für Wolf Middendorff zum 70. Geburtstag (1986)
Festschrift Miyazawa	Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses (1995)
Festschrift E. Müller	Opuscula Honoraria, Egon Müller zum 65. Geburtstag (2003)
Festschrift Müller-Dietz I	Das Recht und die schönen Künste: Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag (1998)
Festschrift Müller-Dietz II	Grundlagen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz-Müller-Dietz zum 70. Geburtstag (2001)
Festschrift Nehm	Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag (2006)
Festschrift Nishihara	Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag (1998)
Festschrift Odersky	Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996 (1996)
Festschrift Oehler	Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag (1985)
Festschrift Pallin	Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie: Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag (1989)
Festschrift Partsch	Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag (1989)
Festschrift Peters	Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag (1974)
Festschrift Pfeiffer	Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes (1988)
Festschrift Pfenniger	Strafprozeß und Rechtsstaat, Festschrift zum 70. Geburtstag von H. F. Pfenniger (1976)
Festschrift Platzgummer	Festschrift für Winfried Platzgummer zum 65. Geburtstag (1995)
Festschrift Pötz	s. Festschrift GA
Festschrift Rasch	Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie: Festschrift für Wilfried Rasch (1993)
Festschrift Rebmann	Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag (1989)
Festschrift Reichsgericht	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- | | |
|--------------------------------|---|
| | des Reichsgerichts, Bd. 5, Strafrecht und Strafprozeß (1929) |
| Festschrift Reichsjustizamt | Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1.1.1877 (1977) |
| Festschrift Richterakademie | Justiz und Recht: Festschrift aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier (1983) |
| Festschrift Rieß | Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag (2002) |
| Festschrift Richter | Verstehen und Widerstehen, Festschrift für Christian Richter II zum 65. Geburtstag (2006) |
| Festschrift Rittler | Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag (1957) |
| Festschrift Rolinski | Festschrift für Klaus Rolinski zum 70. Geburtstag (2002) |
| Festschrift Rosenfeld | Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld zu seinem 80. Geburtstag (1949) |
| Festschrift Roxin | Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag (2001) |
| Festschrift Rudolph | Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag (2004) |
| Festschrift Salger | Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes (1995) |
| Festschrift Sarstedt | Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag (1981) |
| Festschrift Sauer | Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag (1949) |
| Festschrift G. Schäfer | NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag (2002) |
| Festschrift K. Schäfer | Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag (1980) |
| Festschrift Schaffstein | Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975 (1975) |
| Festschrift Schewe | Medizinrecht – Psychopathologie – Rechtsmedizin: diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin: Festschrift für Günter Schewe zum 60. Geburtstag (1991) |
| Festschrift Schleswig-Holstein | Strafverfolgung und Strafverzicht: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein (1992) |
| Festschrift Schlüchter | Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit: kritische Studien aus vorwiegend straf(prozeß)rechtlicher Sicht zum 60. Geburtstag von Ellen Schlüchter (1998) |
| Festschrift Schmid | Recht, Justiz, Kritik: Festschrift für Richard Schmid zum 85. Geburtstag (1985) |
| Festschrift Eb. Schmidt | Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag (1961) |
| Festschrift Schmidt-Leichner | Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag (1977) |
| Festschrift Schmitt | Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag (1992) |
| Festschrift Schneider | Kriminologie an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998 (1998) |
| Festschrift Schreiber | Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag (2003) |
| Festschrift Schroeder | Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder (2006) |
| Festschrift Schüler-Springorum | Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag (1993) |

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

Festschrift Schwind	Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag (2006)
Festschrift Schwinge	Persönlichkeit in der Demokratie: Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag (1973)
Festschrift Sandler	Bürger-Richter-Staat, Festschrift für Horst Sandler zum Abschied aus seinem Amt (1991)
Festschrift Spendel	Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag (1992)
Festschrift Spinellis	Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert: Festschrift für Dionysios Spinellis, 2 Bde. (2001)
Festschrift Stock	Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag (1966)
Festschrift Stree/Wessels	Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag (1993)
Festschrift Stutte	Jugendpsychiatrie und Recht: Festschrift für Hermann Stutte zum 70. Geburtstag am 1. August 1979 (1979)
Festschrift Trechsel	Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag (2002)
Festschrift Triffterer	Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag (1996)
Festschrift Tröndle	Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag (1989)
Festschrift Tübingen	Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen 1977 von ihren gegenwärtigen Mitgliedern (1977)
Festschrift Waseda	Recht in Ost und West: Festschrift zum 30jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda-Universität (1988)
Festschrift Wassermann	Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag (1985)
Festschrift v. Weber	Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag (1963)
Festschrift Weber	Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag (2004)
Festschrift Welzel	Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag (1974)
Festschrift Wolf	Mensch und Recht: Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag (1972)
Festschrift Wolff	Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag (1998)
Festschrift Würtenberger	Kultur, Kriminalität, Strafrecht: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag (1977)
Festschrift Würzburger Juristenfakultät	Raum und Recht, Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät (2002)
Festschrift Zeidler	Festschrift für Wolfgang Zeidler (1987)
Festschrift Zweibrücken	175 Jahre Pfälzisches Oberlandesgericht: 1815 Appellationshof, Oberlandesgericht 1990 (1990)
Forster/Joachim	Alkohol und Schuldfähigkeit (1997)
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl. (1931)
Freiburg-Symposium	s. Tiedemann
Freund AT	Strafrecht, Allgemeiner Teil (1998)
Frisch, Vorsatz und Risiko	Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes (1983)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- | | |
|---|---|
| <p>Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten</p> <p>Gallas, Beiträge</p> <p>Gedächtnisschrift Delitala</p> <p>Gedächtnisschrift Armin Kaufmann</p> <p>Gedächtnisschrift H. Kaufmann</p> <p>Gedächtnisschrift Keller</p> <p>Gedächtnisschrift Meurer</p> <p>Gedächtnisschrift K. Meyer</p> <p>Gedächtnisschrift Noll</p> <p>Gedächtnisschrift H. Peters</p> <p>Gedächtnisschrift Radbruch</p> <p>Gedächtnisschrift Schlüchter</p> <p>Gedächtnisschrift Schröder</p> <p>Gedächtnisschrift Tjong</p> <p>Gedächtnisschrift Vogler</p> <p>Gedächtnisschrift Zipf</p> <p>Geilen-Symposium</p> <p>Gimbernat u. a.</p> | <p>Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988)</p> <p>Beiträge zur Verbrechenslehre (1968)</p> <p>Studi in memoria di Giacomo Delitala (3 Bde.) (1984)</p> <p>Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (1989)</p> <p>Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann (1986)</p> <p>Gedächtnisschrift für Rolf Keller (2003)</p> <p>Gedächtnisschrift für Dieter Meurer (2002)</p> <p>Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer (1990)</p> <p>Gedächtnisschrift für Peter Noll (1984)</p> <p>Gedächtnisschrift für Hans Peters (1967)</p> <p>Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch (1968)</p> <p>Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter (2002)</p> <p>Gedächtnisschrift für Horst Schröder (1978)</p> <p>Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong (1985)</p> <p>Gedächtnisschrift für Theo Vogler (2004)</p> <p>Gedächtnisschrift für Heinz Zipf (1999)</p> <p>s. Bernsmann</p> <p>Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte: Spanisch-Deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, hrsg. v. Gimbernat u. a. (1995)</p> <p>Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums (1987), 2. Aufl. (1999); Bd. 2: Straftaten gegen materielle Rechtsgüter des Individuums (1996)</p> <p>Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl. (2004)</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage (2005)</p> <p>Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, hrsg. v. Schönemann (1984)</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2004); Besonderer Teil, 8. Aufl. (2004)</p> <p>s. Ebert</p> <p>Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Hefendehl (2005)</p> <p>Strafrecht AT I und II (2005)</p> <p>Deutsches Strafrecht, Bd. 1 (1925), Bd. 2 (1930)</p> <p>Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. (1988)</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993)</p> <p>Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft: ausgewählte Beiträge zur Strafrechtsreform, zur Strafrechtsvergleichung, zum internationalen Strafrecht, 1953–1979 (1980) (I); Beiträge zum Strafrecht 1980–1998 (1998) (II), jew. hrsg. v. Vogler</p> <p>Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996)</p> <p>Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 6. Aufl. 2005</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1984)</p> <p>Urkunden und andere Gewährschaften (1979)</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil (2005); Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 2. Aufl. (2005); Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte, 4. Aufl. (2005)</p> |
| <p>Gössel I, II</p> | <p>Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums (1987), 2. Aufl. (1999); Bd. 2: Straftaten gegen materielle Rechtsgüter des Individuums (1996)</p> |
| <p>Gössel/Dölling</p> | <p>Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl. (2004)</p> |
| <p>Gropp AT</p> <p>Grundfragen</p> | <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage (2005)</p> <p>Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, hrsg. v. Schönemann (1984)</p> |
| <p>Haft AT, BT</p> | <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2004); Besonderer Teil, 8. Aufl. (2004)</p> |
| <p>Hanack-Symposium</p> <p>Hefendehl</p> | <p>s. Ebert</p> <p>Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Hefendehl (2005)</p> |
| <p>Heinrich</p> <p>v. Hippel I, II</p> <p>Hruschka</p> | <p>Strafrecht AT I und II (2005)</p> <p>Deutsches Strafrecht, Bd. 1 (1925), Bd. 2 (1930)</p> <p>Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. (1988)</p> |
| <p>Jakobs AT</p> <p>Jescheck, Beiträge I, II</p> | <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993)</p> <p>Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft: ausgewählte Beiträge zur Strafrechtsreform, zur Strafrechtsvergleichung, zum internationalen Strafrecht, 1953–1979 (1980) (I); Beiträge zum Strafrecht 1980–1998 (1998) (II), jew. hrsg. v. Vogler</p> |
| <p>Jescheck/Weigend</p> <p>Joecks</p> <p>Kienapfel AT</p> <p>Kienapfel, Urkunden</p> <p>Kindhäuser AT, BT I, II</p> | <p>Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996)</p> <p>Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 6. Aufl. 2005</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1984)</p> <p>Urkunden und andere Gewährschaften (1979)</p> <p>Strafrecht, Allgemeiner Teil (2005); Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 2. Aufl. (2005); Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte, 4. Aufl. (2005)</p> |

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- | | |
|---------------------------------|--|
| Kindhäuser LPK | Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl. (2005) |
| Köhler AT | Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997) |
| Kohlrausch/Lange | Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl. (1961) |
| Krey AT I, II | Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2. Aufl. 2004; Bd. 2: Täterschaft und Teilnahme, 2. Aufl. (2005) |
| Krey/Heinrich | Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 13. Aufl. (2005) |
| Krey/Hellmann | Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2: Vermögensdelikte, 14. Aufl. (2005) |
| Kühl AT | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2005) |
| Küper BT | Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. (2005) |
| Küpper BT | Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft, 2. Aufl. (2001) |
| Lackner/Kühl | Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl. (2004) |
| v. Liszt, Aufsätze | Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2 Bde. (1925) |
| v. Liszt/Schmidt AT, BT | Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 26. Aufl. (1932); Besonderer Teil, 25. Aufl. (1925) |
| LK ¹¹ | Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, hrsg. v. Jescheck u. a., 11. Aufl. (1978–1989) |
| Madrid-Symposium | s. Schünemann/Suárez |
| Manoledakis/Prittitz | Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende: Deutsch-Griechisches Symposium in Rostock 1999, hrsg. v. Manoledakis/Prittitz (2000) |
| Maurach AT, BT | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1971); Besonderer Teil, 5. Aufl. (1969) mit Nachträgen von 1970/71 |
| Maurach/Zipf | Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Aufl. (1992) |
| Maurach/Gössel/Zipf | Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Aufl. (1989) |
| Maurach/Schroeder/Maiwald I, II | Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Aufl. (2003); Teilbd. 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 9. Aufl. (2005) |
| H. Mayer AT | Strafrecht, Allgemeiner Teil (1953) |
| H. Mayer, Strafrecht | Das Strafrecht des deutschen Volkes (1936) |
| H. Mayer, Studienbuch | Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch (1967) |
| Mezger, Strafrecht | Strafrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. (1949) (ergänzt durch: Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik [1950]) |
| Michalke | Umweltstrafsachen 2. Aufl. (2000) |
| Mitsch BT 1, 2 | Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2: Vermögensdelikte, Teilbd. 1: Kernbereich, 2. Aufl. (2003); Teilbd. 2: Randbereich (2001) |
| MK | Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Joecks/Miebach (ab 2003) |
| Naucke | Strafrecht, Eine Einführung, 10. Aufl. (2002) |
| Niederschriften I–XIV | Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 14 Bde. (1956–1960) |
| Niethammer | Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts (1950) |
| NK | Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 1. Auflage Loseblatt (1995 ff); 2. Aufl. gebunden (2005) |
| Oehler | Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (1983) |

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- v. Olshausen
 12. Aufl. (§§ 1–246) bearb. von Freiesleben u. a. (1942 ff);
 sonst 11. Aufl. bearb. von Lorenz u. a. (1927)
- Otto AT, BT
 Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre/Die einzelnen Delikte, jeweils 7. Aufl. (2005)
- Pfeiffer/Maul/Schulte
 Strafrecht, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (1969)
- Preisendanz
 Strafrecht, Lehrkommentar, 30. Aufl. (1978)
- Puppe
 Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1 (2002); Band 2 (2005)
- Rengier BT 1, 2
 Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1: Vermögensdelikte, 8. Aufl. (2006); Bd. 2: Delikte gegen die Person und Allgemeinheit, 7. Aufl. (2006)
- Rostock-Symposium
 s. Manoledakis/Prittowitz
- Roxin AT I
 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. (2005)
- Roxin AT II
 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat (2003)
- Roxin/Stree/Zipf/Jung
 Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl. (1975)
- Roxin TuT
 Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. (2006)
- Roxin-Symposium
 s. Gimbernat
- Sack
 Umweltschutz-Strafrecht, Erläuterung der Straf- und Bußgeldvorschriften, Loseblattausgabe, 4. Aufl. (1997 ff)
- Sauer AT, BT
 Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. (1955); System des Strafrechts, Besonderer Teil (1954)
- Schäfer/v. Dohnanyi
 Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935 (1936) (Nachtrag zur 18. Aufl. von Frank: das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich [1931])
- Schmidt-Salzer
 Produkthaftung, Bd. 1: Strafrecht, 2. Aufl. (1988)
- Schmidhäuser
 Einführung in das Strafrecht, 2. Aufl. (1984)
- Schmidhäuser AT, BT, StuB
 Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1975); Besonderer Teil, 2. Aufl. (1983); Studienbuch: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1984)
- Schöch
 Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein, hrsg. v. Schöch (1987)
- Schönke/Schröder
 Strafrecht, Kommentar, 27. Aufl. (2006)
- Schroth BT
 Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. (2005)
- Schünemann/de Figueiredo Dias
 Bausteine des Europäischen Strafrechts: Coimbra-Symposium für Claus Roxin, hrsg. v. Schünemann/de Figueiredo Dias (1995)
- Schünemann/Suárez
 Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, hrsg. v. Schünemann/Suárez (1994)
- Sieber
 Computerkriminalität und Strafrecht, 2. Aufl. (1980)
- SK
 Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattausgabe, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2001 ff); Bd. 2: Besonderer Teil, 7. Aufl. (1999 ff)
- Stratenwerth/Kuhlen AT
 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Die Straftat, 5. Aufl. (2004)
- Tendenzen der Kriminalpolitik
 Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium, hrsg. v. Cornils/Eser (1987)
- Tiedemann
 Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Harmonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderem Teil (Freiburg-Syposium), hrsg. v. Tiedemann (2002)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

Tiedemann, Tatbestandsfunktionen Tröndle/Fischer	Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969) Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kurzkomentar, 53. Aufl. (2006)
v. Weber	Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. (1948)
Welzel, Strafrecht	Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969)
Welzel, Strafrechtssystem	Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. (1961)
Wessels/Beulke	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 35. Aufl. (2005)
Wessels/Hettinger	Strafrecht, Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 29. Aufl. (2005)
Wessels/Hillenkamp	Strafrecht, Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 28. Aufl. (2005)
Zieschang AT	Strafrecht, Allgemeiner Teil (2005)

2. Betäubungsmittelstrafrecht

Franke/Wienroeder	Betäubungsmittelgesetz, Kommentar (1996), 2. Aufl. (2001)
Joachimski	Betäubungsmittelgesetz (mit ergänzenden Bestimmungen), Kommentar, 7. Aufl. (2002)
Körner	Betäubungsmittelgesetz, (ab 4. Aufl.) Arzneimittelgesetz, Kurzkomentar, 5. Aufl. (2001)
Webel	Betäubungsmittelstrafrecht (2003)
Weber	Betäubungsmittelgesetz, Verordnungen zum BtMG, Kommentar, 2. Aufl. (2003)

3. Bürgerliches Recht und InsO

FK InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. v. Wimmer, 4. Aufl. (2004)
HK InsO	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. v. Eickmann, 4. Aufl. (2006)
Jaeger, InsO	Insolvenzordnung, Großkommentar, hrsg. v. Henckel/Gerhardt (2004 ff)
MK BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage (ab 2000), hrsg. von Rebmann/Säcker/Rixecker
MK InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (ab 2001), hrsg. von Kirchhof/Lwowski/Stürner
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, Kurzkomentar, 65. Aufl. (2006)
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (Reichsgerichtsratekommentar), hrsg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl. (1974–2000)
Smid InsO	Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kommentar, 2. Aufl. (2001)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

4. DDR-Strafrecht

- StGB-Komm.-DDR Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar, 5. Aufl. (1987)
- StGB-Lehrb.-DDR AT, BT Strafrecht der DDR, Lehrbuch: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1976); Besonderer Teil (1981)
- StGB-Lehrb.-DDR 1988 Strafrecht der DDR, Lehrbuch, Allgemeiner Teil (1988)
- StPO-Komm.-DDR Strafprozeßrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar, 3. Aufl. (1989)
- StPO-Lehrb.-DDR Strafverfahrensrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. (1987)

5. EG-Recht

- Bleckmann Europarecht, 6. Aufl. (1997)
- Geiger EUV, EGV, Kommentar 4. Aufl. (2004); (1. und 2. Aufl. unter dem Titel: EG-Vertrag)
- Grabitz/Hilf Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblattausgabe, Altbd. I, II, hrsg. v. Grabitz/Hilf (1983 ff) (jew. bearb. v. Bandilla u. a.); Bd. 1 EUV/EGV, hrsg. v. Meinhard Hilf (bearb. v. Bandilla u. a.); Bd. 2 EUV/EGV, hrsg. v. Meinhard Hilf (bearb. v. Brühann u. a.); Bd. 3 Sekundärrecht: A EG-Verbraucher- und Datenschutzrecht, hrsg. v. Manfred Wolf; Bd. 4 Sekundärrecht: E EG-Außenwirtschaftsrecht, hrsg. v. Hans Günter Krenzler
- Hailbronner/Klein/Magiera/ Müller-Graff Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), Loseblattausgabe (1991 ff)
- HdEuropR Handbuch des Europäischen Rechts, Loseblattausgabe, hrsg. v. Bieber/Ehlermann (1982 ff)
- Hecker Europäisches Strafrecht (2005)
- Immenga/Mestmäcker EG EG-Wettbewerbsrecht, 2 Bde. und Ergänzungsband, hrsg. v. Immenga/Mestmäcker (1997) (bearb. v. Basedow u. a.)
- Satzger Internationales und Europäisches Strafrecht (2005)
- Schweitzer Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 8. Aufl. (2004)
- Schweitzer/Hummer Europarecht, 6. Aufl. (2006)
- Streinz Europarecht, 7. Aufl. (2005)

6. Jugendstrafrecht

- AK JGG Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz – Reihe Alternativkommentare, hrsg. v. Wassermann (1987)
- Brunner Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. (1991)
- Brunner/Dölling Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. (2002)
- Böhm Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Aufl. (2004)
- Diemer/Schoreit/Sonnen Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. (2002)
- Eisenberg JGG Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 11. Aufl. (2005)
- Ostendorf JGG Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. (2003)
- Schaffstein/Beulke Jugendstrafrecht, 14. Aufl. (2002)
- Streng Jugendstrafrecht (2003)
- Walter, Jugendkriminalität Jugendkriminalität: eine systematische Darstellung, 3. Aufl. (2005)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

7. Kriminologie

- Dittmann, Volker
Eisenberg, Kriminologie
Göppinger
Göppinger/Bock
HwbKrim
Kaiser
Kaiser, Einführung
Meier
Mezger, Kriminologie
Schneider
Schwind
- Kriminologie zwischen Grundlagenwissenschaften und Praxis, hrsg. von Volker Dittmann (2003)
Kriminologie, 6. Aufl. (2005)
Kriminologie, 4. Aufl. (1980)
Kriminologie, 5. Aufl. (1997)
Handwörterbuch der Kriminologie, hrsg. v. Sieverts/
Schneider, Bd. 1–3, Ergänzungsband (4. Bd.), Nachtrags-
und Registerband (5. Bd.), 2. Aufl. (1966–1998)
Kriminologie, Lehrbuch, 2. Aufl. (1988), 3. Aufl.
(1996)
Kriminologie: eine Einführung in die Grundlagen, 8. Aufl.
(1989), 9. Aufl. (1993), 10. Aufl. (1997)
Kriminologie (2003)
Kriminologie, Studienbuch (1951)
Kriminologie, Lehrbuch (1987)
Kriminologie, 16. Aufl. (2006)

8. Ordnungswidrigkeitenrecht

- Bohnert
Göhler
HK OWiG
KK OWiG
Mitsch OWiG
Rebmann/Roth/Hermann
- Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht (2003)
Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kurzkomentar,
14. Aufl. (2006)
Heidelberger Kommentar zum Ordnungswidrigkeiten-
gesetz, hrsg. v. Lemke u. a. (1999)
Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrig-
keiten, hrsg. v. Boujong, 3. Aufl. (2006)
Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. (2005)
Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: Kommentar, Lose-
blattausgabe (2002 ff)

9. Presserecht

- Groß
Löffler
Soehring
- Presserecht, 3. Aufl. (1999)
Presserecht, Kommentar, Bd. 1: Allgemeine Grundlagen,
Verfassungs- und Bundesrecht, 2. Aufl. (1969); Bd. 1
(in der 2. Aufl. noch Bd. 2): Die Landespressegesetze der
Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. (2006)
Presserecht, 3. Aufl. (2000)

10. Rechtshilfe

- Grützner/Pötz
Hackner/Lagodny/
Schomburg/Wolf
Schomburg/Lagodny/
Gleiß/Hackner
Vogler/Wilkitzki
- Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Straf-
sachen, Loseblattausgabe, 2. Aufl. (1980 ff)
Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (2003)
Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. (2006)
Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen
(IRG), Kommentar, Loseblattausgabe (1992 ff) als Sonder-
ausgabe aus Grützner/Pötz (*siehe dort*)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

11. Rechtsmedizin und Arztrecht

- Forster
Forster/Ropohl
HfPsych I, II
Praxis der Rechtsmedizin (1986)
Rechtsmedizin, 5. Aufl. (1989)
Handbuch der forensischen Psychiatrie, hrsg. v. Göppinger/
Witter, Bd. 1: Teil A (Die rechtlichen Grundlagen) und B
(Die psychiatrischen Grundlagen); Bd. 2: Teil C (Die foren-
sischen Aufgaben der Psychiatrie) und D (Der Sachverständige,
Gutachten und Verfahren) (jew. 1972)
Arztrecht, 6. Aufl. (2001)
Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht (1992)
Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, hrsg.
v. Venzlaff, 4. Aufl. (2004)
Lexikon des Arztrechts, Loseblatt, 2. Aufl. (2001 ff)
Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. (2003)
- Laufs
Laufs, Fortpflanzungsmedizin
Psychiatrische Begutachtung
Arztrecht, 6. Aufl. (2001)
Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht (1992)
Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, hrsg.
v. Venzlaff, 4. Aufl. (2004)
- Rieger
Ulsenheimer
Lexikon des Arztrechts, Loseblatt, 2. Aufl. (2001 ff)
Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. (2003)

12. Strafprozeß- und Strafvollzugsrecht

- AK StPO
AK StVollzG
Beulke
Bringewat
Bringewat
Callies/Müller-Dietz
HK StPO
Isak/Wagner
Jessnitzer
Joecks
Kamann
Kammeier
KK
Kleinknecht/Meyer-Goßner
KMR
Kramer
Kühne, Strafprozeßlehre
Kühne, Strafprozeßrecht
Löwe-Rosenberg
Meyer-Goßner
Kommentar zur Strafprozeßordnung – Reihe Alternativ-
kommentare, hrsg. v. Wassermann, Bd. 1 (1988), Bd. 2
Teilbd. 1 (1992), Bd. 2 Teilbd. 2 (1993), Bd. 3 (1996)
Kommentar zum Strafvollzugsgesetz – Reihe Alternativ-
kommentare, hrsg. v. Wassermann, 3. Aufl. (1990)
Strafprozeßrecht, 8. Aufl. (2005)
Grundbegriffe des Strafrechts (2003)
Strafvollstreckungsrecht: Kommentar zu den §§ 449–463 d
StPO (1993)
Strafvollzugsgesetz, Kurzkommentar, 10. Aufl. (2005)
Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung, hrsg.
v. Lemke u. a., 3. Aufl. (2001)
Strafvollstreckung, 7. Aufl. (2004); *vormals: Wetterich/
Hamann*
Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. (2006)
Studienkommentar StPO (2006)
Handbuch für die Strafvollstreckung und den Strafvollzug
(2002)
Maßregelvollzugsrecht, Kommentar, 2. Aufl. (2002)
Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum
Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, hrsg.
v. Pfeiffer, 5. Aufl. (2003)
Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Neben-
gesetze und ergänzende Bestimmungen, Kurzkommentar,
46. Aufl. (2003); *nunmehr: Meyer-Goßner*
Kleinknecht/Müller/Reitberger (Begr.), Kommentar zur
Strafprozeßordnung, Loseblattausgabe, 8. Aufl. (1990 ff),
ab 14. Lfg. hrsg. von v. Heintschel-Heinegg/Stöckel
Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts: Ermittlung und
Verfahren, 6. Aufl. (2004)
Strafprozeßlehre, 4. Aufl. (1993)
Strafprozeßrecht, 6. Aufl. (2003)
Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz
mit Nebengesetzen, Großkommentar, 26. Aufl. (2006 ff.)
Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Neben-
gesetze und ergänzende Bestimmungen, Kurzkommentar,
49. Aufl. (2006) *vormals Kleinknecht/Meyer-Goßner*

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- Müller
Peters
Pfeiffer
Pohlmann/Jabel/Wolf
Putzke
Roxin, Strafverfahrensrecht
Roxin/Arzt/Tiedemann
Saage/Göppinger
Sarstedt/Hamm
Schäfer, Strafverfahren
Schäfer, Strafzumessung
Schätzler
Eb. Schmidt, Lehrkommentar I–III
Schwind/Böhm/Jehle
SK StPO
sLSK
Volckart
Walter, Strafvollzug
- Beiträge zum Strafprozessrecht (2003)
Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 4. Aufl. (1985)
Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz,
5. Aufl. (2005)
Strafvollstreckungsordnung, Kommentar, 8. Aufl. (2001)
Strafprozessrecht (2005)
Studienbuch, 25. Aufl. (1998)
Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, 5. Auf-
lage (2006)
Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Aufl. (2001)
(bearb. v. Marschner u. a.)
Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl. (1998)
Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl. (2000)
Die Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. (2001)
Handbuch des Gnadenrechts, 2. Aufl. (1992)
Strafprozeßordnung, Lehrkommentar, Bd. 1: Die rechts-
theoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des
Strafverfahrensrechts, 2. Aufl. (1964); Bd. 2: Erläuterun-
gen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz
zur Strafprozeßordnung (1957) (mit Nachtragsband 1
[1967] und 2 [1970]); Bd. 3: Erläuterungen zum Gerichts-
verfassungsgesetz und zum Einführungsgesetz zum
Gerichtsverfassungsgesetz (1960)
Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 4. Auflage (2005)
Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und
zum Gerichtsverfassungsgesetz, Loseblattausgabe
(1986 ff)
Systematischer Leitsatzkommentar zum Sanktionenrecht,
hrsg. v. Horn, Loseblattausgabe (1983 ff)
Maßregelvollzug, 6. Aufl. (2002)
Strafvollzug, 2. Aufl. (1999)

13. Strahlenschutzrecht

- Fischerhof
Haedrich
Mattern/Raisch
Winters
- Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht; Bd. 1 und
2, 2. Aufl. (1978)
Atomgesetz mit Pariser Atomhaftungs-Übereinkommen,
Kommentar (1986)
Atomgesetz, Kommentar (1961)
Atom- und Strahlenschutzrecht, Kommentar, mit Atom-
gesetz, Atomhaftungsübereinkommen, Strahlenschutzver-
ordnung, Deckungsvorsorgeverordnung, Verfahrensver-
ordnung, Kostenverordnung und Röntgenverordnung
(1978)

14. Straßenverkehrsrecht

- Bär/Hauser
Cramer
Full/Möhl/Rüth
Hentschel, Straßenverkehrsrecht
- Unfallflucht, Kommentar, Loseblattausgabe (1978 ff)
Straßenverkehrsrecht, Bd. 1: StVO, StGB, 2. Aufl. (1977)
Straßenverkehrsrecht: Kommentar (1980) mit Nachtrag
(1980/81)
Straßenverkehrsrecht: Straßenverkehrsgesetz, Straßen-
verkehrs-Ordnung, Strassenverkehrs-Zulassungs-Ordnung,

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- Fahrerlaubnis-Verordnung, Bußgeldkatalog, Gesetzesmaterialien, Verwaltungsvorschriften und einschlägige Bestimmungen des StGB und StPO/kommentiert von Peter Hentschel, 38. Aufl. (2005), *vormals Jagusch/Hentschel*
- Hentschel Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 10. Aufl. (2006)
- Hentschel/Born Trunkenheit im Straßenverkehr, 7. Aufl. (1996)
- Himmelreich/Bücken Verkehrsunfallflucht: Verteidigerstrategien im Rahmen des § 142 StGB, 4. Aufl. (2005)
- Himmelreich/Hentschel Fahrverbot, Führerscheintzug; Bd. 1: Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 8. Aufl. (1995)
- HK StVR Heidelberger Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, hrsg. v. Griesbaum u. a. (1993)
- Janker Straßenverkehrsdelikte: Ansatzpunkte für die Verteidigung (2002)
- Jagusch/Hentschel Straßenverkehrsrecht, Kurzkommentar, 35. Aufl. (1999)
- Janiszewski Verkehrsstrafrecht, 5. Aufl. 2004
- Janiszewski/Jagow/Burmann Straßenverkehrsordnung, Kommentar, 19. Aufl. (2006); *vormals: Mühlhaus/Janiszewski*
- Mühlhaus/Janiszewski Straßenverkehrsordnung, Kommentar, 15. Aufl. (1998); *nunmehr: Janiszewski/Jagow/Burmann*
- Müller I–III Straßenverkehrsrecht, Großkommentar, 22. Aufl., Bd. 1 (1969) mit Nachtrag 1969, Bd. 2 (1969), Bd. 3 (1973)
- Rüth/Berr/Berz Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 2. Aufl. (1988)

15. Verfassungsrecht

- BK Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Loseblattausgabe, hrsg. v. Dolzer/Vogel (1954 ff)
- Dreier I–III Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1: Art. 1–19 (1996), 2. Aufl. (2004); Bd. 2: Art. 20–82 (1998); Bd. 3: Art. 83–146 (2000)
- HdStR I–IX Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. Isensee/Kirchhof, Bd. 1, 3. Aufl. (2003); Bd. 2, 3. Aufl. (2004); Bd. 3, 3. Aufl. (2005); Bd. 4, 2. Aufl. (1999); Bd. 5, 2. Aufl. (2000); Bd. 6, 2. Aufl. (2001); Bd. 7 (1992); Bd. 8 (1995); Bd. 9 (1997)
- Jarass/Pieroht Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 7. Aufl. (2004)
- v. Mangoldt/Klein/Starck Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1 (Artt. 1–19), Bd. 2 (Artt. 20–82), Bd. 3 (Artt. 83–146), 5. Aufl. (2005); bisheriger Titel: Das Bonner Grundgesetz
- Maunz/Dürig Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, 7. Aufl. (1991 ff) (bearb. v. Badura u. a.)
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, 3. Aufl. (1992 ff)
- v. Münch/Kunig Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. (2000); Bd. 2, 4./5. Aufl. (2001); Bd. 3, 4./5. Aufl. (2003)
- Sachs Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage (2003)
- Schmidt-Bleibtreu/Klein Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl. (2004)
- Stern I–V Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. (1984); Bd. 2 (1980); Bd. 3/1 (1988); Bd. 3/2 (1994); Bd. 4 (1997); Bd. 5 (2000)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

16. Wettbewerbs- und Kartellrecht

- Baumbach/Hefermehl
Emmerich, Kartellrecht
Emmerich, Wettbewerbsrecht
FK Kartellrecht [GWB]
Fezer
v. Gamm
Immenga/Mestmäcker GWB
Hefermehl/Köhler/
Bornkamm
Rittner/Kulka
Köhler/Piper
- Wettbewerbsrecht, Kurzkommentar, ab 23. Aufl. als
Köhler: Wettbewerbsrecht weitergeführt
Kartellrecht, Studienbuch, 9. Aufl. (2001)
Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 6. Auflage (2002)
unter dem Titel: Unlauterer Wettbewerb
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, mit Kommen-
tierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Dar-
stellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Loseblatt-
ausgabe, hrsg. v. Glassen u. a. (2001 ff) bis zur 44. Lfg.
unter dem Titel: Frankfurter Kommentar zum Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Lauterkeitsrecht (Kommentar zum UWG) 2 Bände (2005)
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. (1993)
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Kom-
mentar, 3. Aufl. (2001)
Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wett-
bewerb, Preisangabenverordnung 24. Aufl. (2006)
Wettbewerbs – und Kartellrecht 7. Aufl. (2006)
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar,
4. Aufl. (2006)

17. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

- Achenbach/Ransiek
Bittmann
Franzen/Gast/Joecks
Geilen, Aktienstrafrecht
Greeve/Leipold
Hellmann/Beckemper
Hübschmann/Hepp/Spitaler
HWiStR
Ignor/Rixen
Joecks
Klein/Brockmeyer, AO
Kohlmann
Müller-Gugenberger/Bieneck
Otto, Aktienstrafrecht
Park
Tiedemann, GmbH-Strafrecht
- Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht, hrsg. v. Achen-
bach/Ransiek (2004)
Insolvenzstrafrecht, hrsg. von Bittmann (2004)
Steuerstrafrecht: mit Steuerordnungswidrigkeiten und Ver-
fahrensrecht; Kommentar zu §§ 369–412 AO 1977 sowie
zu § 80 des ZollVG, 6. Aufl. (2005)
Erläuterungen zu §§ 399–405 AktG von Gerd Geilen,
Erläuterungen zu § 408 AktG von Wolfgang Zöllner
(1984) (Sonderausgabe aus der 1. Aufl. des Kölner Kom-
mentars zum Aktiengesetz)
Handbuch des Baustrafrechts (2004)
Wirtschaftsstrafrecht (2004)
Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar,
Loseblattausgabe, 10. Aufl. (1995 ff) (bearb. v. Sohn u. a.)
Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts,
Loseblattausgabe (1985–1990), hrsg. v. Krekeler u. a.
Handbuch Arbeitsstrafrecht (2002)
Steuerstrafrecht, 3. Aufl. (2003)
Abgabenordnung einschließlich Steuerstrafrecht, Kommen-
tar, 8. Aufl. (2003)
Steuerstrafrecht, Kommentar zu den §§ 369–412 AO 1977,
Loseblattausgabe, 7. Aufl. (1997 ff)
Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2006)
Erläuterungen zu den §§ 399–410 AktG (1997) (Sonder-
ausgabe aus der 4. Aufl. des Großkommentars zum
Aktiengesetz)
Kapitalmarktstrafrecht (2004)
Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82–85 GmbHG
und ergänzende Nebenvorschriften) 3. Aufl. (1995)

Schrifttum und abgekürzt zitierte Literatur

- | | |
|--|--|
| Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht | (Sonderausgabe aus Scholz [Hrsg.]: Kommentar zum GmbH-Gesetz), 4. Auflage (2002)
Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil (2004), Besonderer Teil (2006) |
| Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht I, II | Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1: Allgemeiner Teil; Bd. 2: Besonderer Teil (jew. 1976) |
| Wabnitz/Janovsky | Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Aufl. (2004) |
| Weyand | Insolvenzdelikte, 6. Aufl. (2003) |
| Ziouvas | Das neue Kapitalmarktstrafrecht (2006) |
| 18. Sonstiges | |
| Corpus Juris | The implementation of the Corpus Juris in the Member States/La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres, hrsg. v. Delmas-Marty/Vervaele (2000)
Deutsche Version der Entwurfsfassung von 1997: Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Deutsche Übersetzung von Yvonne Kleinke und Marc Tully, Einführung von Ulrich Sieber (1998) |
| Friauf/Fuhr | Gewerbeordnung, Kommentar, Gewerberechtlicher Teil, Loseblattausgabe, hrsg. v. Friauf (2001 ff) |
| Götz | Bundeszentralregistergesetz, Kommentar, 4. Aufl. (2000) |
| HMmR | Handbuch Multimedia-Recht, Loseblattausgabe, hrsg. v. Hoeren/Sieber (1998 ff) |
| HuSt I, II | Hochverrat und Staatsgefährdung: Urteile des Bundesgerichtshofes, hrsg. v. Wagner, Bd. 1 (1957), Bd. 2 (1958) |
| HwbRW I-VIII | Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. v. Stier-Somlo u. a., Bd. 1 (1926), Bd. 2 (1927), Bd. 3 (1928), Bd. 4 (1927), Bd. 5 (1928), Bd. 6 (1929), Bd. 7 (1931), Bd. 8 (1937) (unter dem Titel: Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36) |
| Keller/Günther/Kaiser | Embryonenschutzgesetz, Kommentar (1992) |
| Kröger/Gimny | Handbuch zum Internetrecht, 2. Aufl. (2002) |
| Landmann/Rohmer I, II | Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Kommentar, Loseblattausgabe, Bd. 1: Gewerbeordnung; Bd. 2: Ergänzende Vorschriften (jew. 1998 ff) |
| LdR | Lexikon des Rechts: Strafrecht, Strafverfahrensrecht, hrsg. v. Ulsamer, 2. Aufl. (1996) |
| Lüder | Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch: Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens (2002) |
| Potrykus/Steindorf | Waffenrecht: Waffengesetz mit Durchführungsverordnungen, Kriegswaffenkontrollgesetz und Nebenbestimmungen, Kurzkomentar, 8. Aufl. (2003) |
| Rebmann/Uhlig | Bundeszentralregister, Gewerbezentralregister, Verkehrszentralregister und ergänzende Bestimmungen, Kommentar (1985) |
| Schölz/Lingens | Wehrstrafgesetz, Kommentar, 4. Aufl. (2000) |
| Tolzmann | Bundeszentralregistergesetz, Kommentar, Zentralregister, Erziehungsregister und Gewerbezentralregister, Nachtrag zur 4. Aufl. mit Verwaltungsvorschriften (2003) |
| Werle | Völkerstrafrecht (2003) |

Strafgesetzbuch

vom 15. Mai 1871 (RGI 1871, 127);
neugefasst durch Bek. v. 13. 11. 1998 (BGBl. I 3322);
zuletzt geändert durch Gesetz v. 19. 4. 2006 (BGBl. I 866)

ALLGEMEINER TEIL

ZWEITER ABSCHNITT

Die Tat

VIERTER TITEL

Notwehr und Notstand

Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff

		<i>Übersicht</i>		
		Rdn.		
A.	Inhalt und Bedeutung des Titels	1		
B.	Rechtfertigung	5		
	I. Systematische Einordnung	5		
	1. Grundsätzliches	5		
	a) Funktionseinheit von Tatbestand und Rechtswidrigkeit	5		
	b) Rechtfertigung und Gesamtrechtsordnung	20		
	c) Rechtfertigung und Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit	29		
	d) Rechtfertigung, rechtsfreier Raum und Frage schlichter Unrechtsausschlusses	32		
	2. Einzelfragen der Abgrenzung fehlender Rechtswidrigkeit und schon fehlender Tatbestandsmäßigkeit	35		
	a) Rechtswidrigkeitsregeln	35		
	b) Besonderheiten des § 113			
	Abs. 3 StGB	43		
	Sozialadäquanz	48		
	Erlaubtes Risiko	53		
	II. Allgemeine Fragen der Rechtfertigungsgründe	59		
	1. Quellen und Geltung	59		
	a) Quellen	59		
	b) Bedeutung des Art. 103 Abs. 2 GG für die Rechtfertigungsgründe	62		
	c) Sonstige Gültigkeitsfragen	71		
	d) Zeitpunkt des Vorliegens	76		
	e) Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen	78		
	2. System der Rechtfertigungsgründe	79		
	3. Generelle Erfordernisse der Rechtfertigungsgründe	81		
	a) Art des tatbestandsmäßigen Verhaltens	81		
	b) Subjektive Rechtfertigungselemente	82		
	c) Der Erlaubnistatumstandsirrtum	95		
	d) Einschränkung von Rechtfertigungsgründen durch (rechtswidriges) Vorverhalten	97		
	4. Wirkung der Rechtfertigungsgründe	105		
	III. Die einzelnen Rechtfertigungsgründe	112		
	1. Notwehr	112		
	2. Rechtfertigender Notstand	113		
	3. Rechtfertigende Pflichtenkollision	115		
	4. Widerstandsrecht, Staatsnotstand, Staatsnotwehr	128		
	5. Rechtfertigung durch Grundrechte	138		
	6. Ziviler Ungehorsam	140		
	7. Einwilligung des Verletzten	146		
	8. Mutmaßliche Einwilligung	214		

	Rdn.		Rdn.
9. Amtsrechte sowie verwandte außerordentliche Zwangsrechte	233	2. Fehlen der Möglichkeit, sich der Unrechtseinsicht gemäß zu verhalten (Frage des voluntativen Schuldelements – Unzumutbarkeit insbesondere)	322
10. Behördliche Genehmigung	273	III. Fälle fehlenden voluntativen Schuldelements (Entschuldigungsgründe insbesondere)	330
11. Dienstliche Anordnung und militärischer Befehl	295	1. Schuldunfähigkeit gem. § 20,	
12. Rechtfertigung im Völkerstrafrecht	302	2. Var. StGB	330
13. Wahrnehmung berechtigter Interessen	304	2. Entschuldigender Notstand	331
14. Rechtfertigung aufgrund besonderen beruflichen Vertrauensverhältnisses	305	3. Notwehrüberschreitung	332
15. Elterliches Erziehungs- und Züchtigungsrecht	306	4. Unzumutbarkeit beim Unterlassungsdelikt	334
16. Rechtfertigung durch § 241a BGB	307	5. Unzumutbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt	336
C. Schuldabschluss (Entschuldigung)	308	6. Unzumutbarkeit bei Einzelvorschriften des Besonderen Teils	338
I. Grundsätzliches	308	7. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand	342
1. Schuld als Deliktsmerkmal	308	IV. Sonderproblem Gewissenstäter	360
2. Schuld und Tatverantwortung	316	D. Strafausschließungsgründe	376
3. Elemente des Schuldbegriffs	317	E. Verfahrensvoraussetzungen	381
II. Gründe fehlender Schuld	319	F. Recht der ehemaligen DDR	383
1. Fehlen der Möglichkeit der Unrechtseinsicht (Frage des intellektuellen Schuldelements)	319		

A. Inhalt und Bedeutung des Titels

- 1 I. Der **Inhalt** des 4. Titels besteht in Regelungen einiger wichtiger Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, die sämtlich auf einer Notlagensituation beruhen: Notwehr (§ 32), rechtfertigender Notstand (§ 34), entschuldigender Notstand (§ 35) und Notwehrüberschreitung (§ 33). Das Gesetz gibt – im Unterschied zur früheren, lediglich auf das Entfallen der Strafbarkeit hinweisenden Gesetzesfassung – die jeweilige Rechtswirkung präzise an, indem es ausdrücklich sagt, dass das Handeln „nicht rechtswidrig“ (§§ 32, 34) oder „ohne Schuld“ (§ 35) ist. Lediglich in § 33 verzichtet es auf die ausdrückliche nähere Einordnung und begnügt sich mit der Formulierung, dass der Täter „nicht bestraft“ wird.
- 2 II. Die **Bedeutung** des Titels liegt über die in ihm aufgeführten Einzelregelungen hinausgehend in Folgendem: Das Gesetz bringt durch ihn zum Ausdruck, dass sich die für die Straftat wesentlichen Gesichtspunkte nicht in den Merkmalen der einzelnen Strafbestimmungen des Besonderen Teils und den in §§ 13–21 aufgeführten allgemeinen Tatbestands- und Schuldfragen erschöpfen. Insbesondere wird durch § 32 und § 34 verdeutlicht, dass es auch auf die Rechtswidrigkeitsfrage ankommt, da das Vorliegen des Unrechts sich noch nicht allein aus der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale ergibt, sondern außerdem von der Verneinung des Eingreifens von Rechtfertigungsgründen abhängt. Darüber hinaus wird durch den Titel klargestellt, dass die Schuldverfordernisse nicht nur aus den in §§ 17–21 geregelten Gesichtspunkten bestehen.
- 3 Dass im 2. Abschnitt zwischen diesem Titel und dem 1. Titel (Grundlagen der Strafbarkeit) getrennt wird und sich die äußere Reihenfolge der gesetzlichen Vorschriften nicht streng an den Deliktsaufbau hält, hängt damit zusammen, dass das Gesetz, da es nicht die Funktion eines Lehrbuchs hat, systematische Festlegungen vermeiden und so den Weg für die wissenschaftliche Entwicklung der Dogmatik freihalten will (vgl. Niederschriften 4 219 [Dreher], 222 [Welzel], 517 [Vorschläge der Sachbearbeiter]). Eine getrennte Regelung

bot sich zudem deshalb an, weil es sich bei den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen um negative Rechtssätze handelt, auf deren Nichteingreifen es für das Vorliegen der Straftat ankommt. Außer den Kategorien der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe würden hierzu übrigens auch noch die bloßen Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe gehören, die das Gesetz aber mit dem Blick auf die engeren Sachzusammenhänge erst an einzelnen anderen Stellen erwähnt. Da ihnen mit den Erstgenannten gemeinsam ist, dass besondere Umstände ausnahmsweise der Strafbarkeit entgegenstehen und sie daher insoweit „jenseits von Unrecht und Schuld die Fortsetzung zu den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen“ (*Sch/Schröder/Lenckner*²¹ Rdn. 3) bilden, sind sie in der folgenden systematischen Darstellung mit zu berücksichtigen.

Indem der Titel nur einzelne Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe erwähnt, **4** erhebt er, wie schon der frühere 4. Abschnitt, *keinen Anspruch auf Vollständigkeit*. So kann ein tatbestandsmäßiges Verhalten durch einen Rechtfertigungsgrund, der im Besonderen Teil des StGB (z. B. § 193) oder – wie nicht selten – in einem anderen Gesetz, gerade auch außerstrafrechtlicher Art (z. B. § 127 StPO, § 229 BGB), geregelt ist, gerechtfertigt sein. Es ist dabei auch möglich, dass es sich um einen näher vertypen Unterfall der §§ 32 ff handelt (z. B. in Bezug auf § 34 der § 193 [teilw.] sowie im BGB § 228 und § 904). Ebenfalls finden sich Entschuldigungsgründe und die – überhaupt nicht im 4. Titel, sondern erst im Rahmen besonderer Sachzusammenhänge geregelten – bloßen Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe an anderen Stellen des StGB (z. B. § 139 Abs. 3 Satz 1, § 258 Abs. 5 u. 6, § 36, § 24, § 306e) oder auch in anderweitigen gesetzlichen Regelungen (z. B. Art. 46 Abs. 1 GG, § 28 Abs. 2 WStG). Darüber hinaus bleibt das Gesetz, indem es sich auf die derzeit für eine gesetzliche Ausformulierung wissenschaftlich hinreichend ausgereiften Gründe beschränkt, der Geltung nicht positiver Rechtfertigungs- und Entschuldigungsfälle gegenüber offen. Deshalb wird in der Begr. des E 1962 etwa hinsichtlich der rechtfertigenden Pflichtenkollision und der allgemeinen rechtfertigenden Einwilligung gesagt, diese Fragen könnten Lehre und Rspr. überlassen bleiben (E 1962 Begr. § 39, S. 159; § 152, S. 286). Auch die positiv-rechtliche Regelung des entschuldigenden Notstands in § 35 ist nicht abschließend und steht der weiteren Anerkennung eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands nicht entgegen (näher Rdn. 342 ff). Der fragmentarische Charakter des Titels schließt allerdings nicht aus, dass dort Teilbereiche eine abschließende Vertypung gefunden haben (z. B. die Grunderfordernisse der Notwehr, die Differenzierung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand, die subjektiven Merkmale der Notwehr und des Notstands). Näher zu den im 4. Titel nicht aufgeführten, aber anderweitig geregelten oder sonst anerkannten Fällen unten Rdn. 114 ff.

B. Rechtfertigung

I. Systematische Einordnung

1. Grundsätzliches

Schrifttum

Altpeter Strafwürdigkeit und Straftatsystem, Diss. Tübingen 1989 (1990)*; *Amelung* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982 617; *ders.* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in Schünemann (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechts-

* Sind in den Schrifttumsverzeichnissen zu den Vorbemerkungen zu § 32 sowie zu § 32 bei Dissertationen und Habilitationsschriften

zwei Jahreszahlen angegeben, so bezeichnet die zweite, in Klammern stehende Zahl das Jahr des Erscheinens als Verlagspublikation.

systems (1984) S. 85; *Appel* Verfassung und Strafe, Diss. Freiburg i. Br. 1996 (1998); *Archangelskij* Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges, Diss. Berlin 2005; *Asada* Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie, ZStW 97 (1985) 465; *Bacigalupo* Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 459; *Beling* Die Lehre vom Verbrechen (1906); *Beulke* Züchtigungsrecht – Erziehungsrecht – strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 II BGB, Festschrift Hanack (1999) 539; *Bindokat* Mehrerlei Unrecht? JZ 1958 553; *Brauneck* Unrecht als Betätigung antisozialer Gesinnung, Festschrift H. Mayer (1966) 235; *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit, Habil. Berlin 2004; *Comes* Der rechtsfreie Raum, Diss. Köln 1975 (1976); *Cortes Rosa* Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem, in Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) 183; *Dieckmann* Plädoyer für die eingeschränkte Schuldtheorie beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Jura 1994 178; *Dingeldey* Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979 478; *Graf zu Dohna* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen (1905); *Duttge* Zum „rechtsfreien Raum“ nach Lothar Philipps, in Schünemann u. a. (Hrsg.) Gerechtigkeitswissenschaften – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps (2005) 369; *Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Habil. Gießen 1930; *ders.* Die Einheit der Rechtsordnung (1935); *ders.* Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW 108 (1952) 385; *ders.* Irrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958) 566; *ders.* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift DJT (1960) Bd. 1, 401; *Eser* Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand (1994); *ders.* Verwaltungsregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, Festschrift Lenckner (1998) 25; *ders.* Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht aus deutscher Perspektive, Festschrift Nishihara (1998) 41; *Fehsenmeier* Das Denkmodell des strafrechtsfreien Raumes unter besonderer Berücksichtigung des Notstandes, Diss. Saarbrücken 1970; *Felix* Einheit der Rechtsordnung, Habil. Passau 1998; *H. A. Fischer* Die Rechtswidrigkeit. Mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (1911); *Frisch* Vorsatz und Risiko (1983); *Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955) 1; *ders.* Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, in Gallas (Hrsg.) Beiträge zur Verbrechenslehre (1968) 1; *ders.* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift Bockelmann (1979) 155; *Geerds* Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990 421; *Geiger* Der Schwangerschaftsabbruch, Festschrift Tröndle (1989) 647; *Gimbernat Ordeig* Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Festschrift Welzel (1974) 485; *Gössel* Buchbesprechung: Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß (1983), GA 1984 520; *ders.* Buchbesprechung: Festschrift Spendel (1992), GA 1993 276; *Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Habil. Tübingen 1981 (1983); *ders.* Strafrecht und Humangenetik, ZStW 102 (1990) 269; *ders.* Die Lehre vom strafwürdigen Unrecht als Beispiel einer Japanisierung des westlichen Strafrechts? in Coing u. a. (Hrsg.) Die Japanisierung des westlichen Rechts (1990) 421; *ders.* Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Festschrift Spendel (1992) 189; *ders.* Die Auswirkungen familienrechtlicher Verbote auf das Strafrecht, Festschrift H. Lange (1992) 877; *ders.* Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann, Festschrift Grünwald (1999) 213; *Hardwig* Unrecht und Ungerechtigkeit, Festschrift Dreher (1977) 27; *Harms* Apriorität des Rechts und materielle Rechtswidrigkeit, Diss. Hamburg 1933; *Hassemer* Buchbesprechung: Günther Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß (1983), NJW 1984 351; *Heghmanns* Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, Habil. Hannover 2000; *Heimberger* Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit (1907); *ders.* Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, VDA 4 (1908) 1; *Heinitz* Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Diss. Hamburg 1926; *ders.* Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift Eb. Schmidt (1961) 266; *Hellmann* Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Diss. Osnabrück 1986 (1987); *Herzberg* Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986 190; *ders.* Erlaubnistatbestandsirrtum und Delikttaufbau (Teil 1), JA 1989 243; (Teil 2) JA 1989 294; *Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Diss. Bonn 1957 (1960); *ders.* Strafrecht und rechtsfreier Raum, Festschrift Bockelmann (1979) 89; *ders.* Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 (1981) 831 u. 94 (1982) 239; *ders.* Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas, Festschrift G. Delitala, Bd. III (1984) 1931; *ders.* Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Gedächtnisschrift Tjong (1985) 50;

ders. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift Universität zu Köln (1988) 399; *ders.* Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, in Eser/Perron (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung (1991) Bd. 3 S. 27; *ders.* Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtums, Festschrift Schroeder (2006) 223; *Hold v. Ferneck* Die Rechtswidrigkeit Bd. I (1903), II (1905); *H.-R. Horn* Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit (1962); *Hoyer* Strafrechtsdogmatik nach Arm. Kaufmann, Habil. Kiel 1992 (1997); *ders.* Im Strafrecht nichts Neues? – Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des § 1631 II BGB, FamRZ 2001 521; *ders.* Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe, ARSP-Beiheft 104 (2005) 99; *Hruschka* Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA 1980 1; *ders.* Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und Kant, GA 1991 1; *ders.* Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie“ „eingeschränkt“? – Abschied vom Meinungsstreit, Festschrift Roxin (2001) 441; *Jäger* Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht (2006); *Jahn* Das Strafrecht des Staatsnotstandes, Habil. Frankfurt a. M. 2003 (2004); *Jakobs* Der strafrechtliche Handlungsbegriff (1992); *Armin Kaufmann* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Diss. Bonn 1954; *ders.* Tatbestands-einschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955 37; *ders.* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift Welzel (1974) 393; *ders.* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandeinschränkung, Festschrift Klug Bd. II (1985) 277; *Arthur Kaufmann* Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Diss. Heidelberg 1949; *ders.* Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954 653; *ders.* Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956 353, 393; *ders.* Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, ZStW 76 (1964) 543; *ders.* Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Festschrift Maurach (1972) 327; *ders.* Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Festschrift Lackner (1987) 185; *ders.* Zum Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Recht und Moral, Festschrift P. Schneider (1990) 158; *ders.* Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was? JZ 1992 981; *ders.* Grundprobleme der Rechtsphilosophie (1994); *ders.* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. (1997); *Kern* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) 255; *Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, Habil. Freiburg i. Br. 1987 (1989); *Kirchhof* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung (1978); *Koriath* Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Habil. Göttingen 1993 (1994); *ders.* Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik, JRE 2003 317; *Kratzsch* Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Habil. Köln 1975 (1985); *Kraushaar* Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht, GA 1965 1; *Krey* Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes verdeckter Ermittler (1993); *Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, Diss. Freiburg i. Br. 1964 (1966); *ders.* Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968 129; *Kuhlen* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Habil. Frankfurt a. M. 1985 (1987); *Küper* Der entschuldigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1983 88; *ders.* Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987 81; *Künschner* Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, Diss. Freiburg i. Br. 1990 (1992); *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Habil. Freiburg i. Br. 1995 (1996); *Lampe* Das personale Unrecht, Habil. Mainz 1965/66 (1967); *Lang-Hinrichsen* Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952 302; *ders.* Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, JZ 1953 362; *Langer* Gesetzesanwendung und Straftataufbau, Gedächtnisschrift Meurer (2002) 23; *Lenckner* Der rechtfertigende Notstand, Habil. Tübingen 1964 (1965); *Lesch* Der Verbrechensbegriff, Habil. Bonn 1997/98 (1999); *ders.* Unrecht und Schuld im Strafrecht, JA 2002 602; *v. d. Linde* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Diss. Hamburg 1988; *Lindner* Zur Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes aus rechtsphilosophischer Sicht, ZRph 2004 87; *ders.* Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe, JZ 2006 373; *Maihofer* Der Unrechtsvorwurf, Festschrift Rittler (1957) 141; *M. E. Mayer* Rechtsnormen und Kulturnormen (1903); *Mezger* Wandlungen in der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953 2; *Michaelowa* Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung (1968); *Minas-v. Savigny* Negative Tatbestandsmerkmale, Diss. Saarbrücken 1971 (1972); *Mir Puig* Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) S. 35; *Mitsch* Rechtfertigung und Opferverhalten, Habil. Tübingen 1991 (erschienen 2004); *Moritz* Die wichtigsten Neuregelungen im Kindschaftsrecht, JA 1998 704; *Munoz Conde* Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, in Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für

Claus Roxin (1995) S. 213; Münzberg Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Habil. Frankfurt a.M. 1965 (1966); Nagler Der heutige Stand der Rechtswidrigkeit, Festschrift Binding Bd. II (1911) 273; ders. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festgabe Frank, Bd. I (1930) 339; ders. Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GerS 111 (1938) 1; Naka Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961 210; Neumann Buchbesprechung: Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, ZStW 109 (1997) 593; Noll Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe (1955); ders. Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965) 1; Nowakowski Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) 287; Oehler Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung (1959); Otto Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeit, Diss. Hamburg 1965, mit Nachtrag (1978); ders. Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktskategorien? Gedächtnisschrift Schröder (1978) 53; ders. Der Verbotsirrtum, Jura 1990 645; ders. Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktsaufbau, Jura 1995 468; Paeffgen Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses, Diss. Mainz 1978 (1978); ders. Anmerkungen zum Erlaubnisatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 399; Pawlik Der rechtfertigende Notstand (2002); Perron Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, Diss. Freiburg i. Br. 1986 (1988); ders. Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in Eser/Nishihara (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. 4 (1995) S. 67; ders. Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft? Festschrift Lenckner (1998) 227; Philipps Sinn und Struktur der Normlogik, ARSP 52 (1966) 195; Priester Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch, Festschrift Arth. Kaufmann (1993) 499; Puppe Zur Struktur der Rechtfertigung, Festschrift Stree/Wessels (1993) 183; Radbruch Zur Systematik der Verbrechenlehre, Festgabe Frank Bd. I (1930) 158; Reichert-Hammer Die Grenzen des elterlichen Züchtigungsrechts, JZ 1988 617; Renzikowski Notstand und Notwehr, Diss. Tübingen 1993 (1994); Rinck Der zweistufige Deliktsaufbau, Diss. München 1999 (2000); Rödig Zur Problematik des Verbrechenaufbaus, Festschrift R. Lange (1976) 39; Röttger Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, Diss. Hamburg 1991 (1991); Roxin Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 44 (1961) 211; ders. Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) 515; ders. Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964) 582; ders. Buchbesprechung: Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, ZStW 78 (1966) 248; ders. Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Diss. Hamburg 1956 (1959; 2. Aufl. 1970); ders. Die notstandsähnliche Lage – ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Festschrift Oehler (1985) 181; ders. Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Festschrift Jescheck (1985) 457; ders. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, in Eser/Fletcher (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung (1987) Bd. 1 S. 230; ders. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988 425; ders. Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, JuS 2004 177; Rudolphi Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 371; Rühl Grundfragen der Verwaltungsakzessorietät, JuS 1990 521; Saliger Legitimation durch Verfahren im Medizinrecht, in Bernat/Kröll (Hrsg.) Recht und Ethik der Arzneimittelforschung (2003) S. 124; Samson Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ 1988 800; Sauer Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957) 1; Sax „Tatbestand“ und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976 9, 80, 429; Schaffstein Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951 196; ders. Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960) 369; ders. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Festschrift OLG Celle (1961) 175; ders. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift Welzel (1974) 557; Schall Zur Reichweite der verwaltungsbehördlichen Erlaubnis im Umweltstrafrecht, Festschrift Roxin (2001) 927; Schild Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, JA 1978 449, 570, 631; Schlehofer Vorsatz und Tatabweichung, Habil. Bochum 1993/94 (1996); Ch. Schmid Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, Diss. Regensburg 2000/01 (2002); Schmidhäuser Der Unrechtstatbestand, Festschrift Engisch (1969) 433; ders. Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Festschrift Lackner (1987) 77; Schmitz Verwaltungshandeln und Strafrecht, Diss. Kiel 1991 (1992); H. Schneider Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Habil. Mainz 2003 (2004); Schröder Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953) 178; Schroth Die Annahme und das „Für-Möglich-Halten“ von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Festschrift Arth. Kaufmann (1993) 595; ders. Vorsatz und Irrtum (1998); Schünemann

Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in Schünemann (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (1984) S. 1; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 341; *ders.* Die Entwicklung der Schuldlehre in der BRD, in Hirsch/Weigend (Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan (1989) S. 147; *ders.* Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, Festschrift für R. Schmitt (1992) 117; *ders.* Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) S. 149; *ders.* Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift Roxin (2001) 1; *ders.* Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in Hassemer u. a. (Hrsg.) Verantwortetes Recht (2005) 145; *ders.* Strafrechtssystematisches Manifest, GA 2006 378; *Schweikert* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Diss. Freiburg i. Br. 1957; *Seebald* Relative Rechtswidrigkeit und partiell straffreier Raum als Denkmodell zu § 218 StGB, GA 1974 336; *Seebode* Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Festschrift Klug, Bd. II (1983) 359; *Sternberg-Lieben* Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Habil. Tübingen 1995 (1997); *Stock* Über Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GerS 101 (1932) 148; *Stoof* Die Strafrechtswidrigkeit, ZStW 24 (1904) 319; *Stratenwerth* Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, SchwZStr. 79 (1963) 233; *Stübinger* Buchbesprechung: Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, KJ 27 (1994) 119; *Vogel* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Diss. Freiburg i. Br. 1992 (1993); *ders.* Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, Festschrift Roxin (2001) 105; *ders.* Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, GA 2002 517; *Volk* Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Delikttaufbaus, ZStW 97 (1985) 871; *Weber* Buchbesprechung: Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß (1983), JZ 1984 276; *v. Weber* Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951 260; *ders.* Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Mezger (1954) 183; *Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) 491; *ders.* Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotirrtum, MDR 1952 584; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, Habil. Bonn 1979 (1981); *ders.* Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, Festschrift 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht (1993) 269; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Diss. Bonn 1972 (1973).

Weitere Schriftumsnachweise zur Rechtswidrigkeit s. bei *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 vor Rdn. 42; außerdem s. die Nachweise unten vor Rdn. 35 und vor Rdn. 59. Rechtsvergleichend: *Eser/Fletcher* Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. 1 (1987), Bd. 2 (1988); *Eser/Perron* Bd. 3 (1991); *Eser/Nishihara* Bd. 4 (1995). Zur Ausgestaltung des Allgemeinen Teils eines europäischen Strafrechts s. *Tiedemann* Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung, Festschrift Lenckner (1998) 411; *Dannecker* Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, Festschrift Hirsch (1999), 141; *Weigend* Zur Frage eines „internationalen“ Allgemeinen Teils, Festschrift Roxin (2001) 1375. Zum Völkerstrafrecht s. *Ambos* Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, Habil. München 2001 (2. Aufl. 2004) passim.

a) Funktionseinheit von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Das Verhältnis von Tatbestand¹ und Rechtswidrigkeit ist bisher nicht abschließend geklärt. Um die Bedeutung der zu dieser Frage geführten Auseinandersetzung richtig einschätzen zu können, sollen zunächst die Aspekte, über deren Behandlung in diesem Kontext weitgehend Einigkeit besteht, kurz skizziert werden. **5**

aa) Nach Ablösung der (objektiven) Rechtswidrigkeit aus der Schuld² und der Aufspaltung des Unrechts in eine objektive und subjektive Tatbestandsmäßigkeit i.e.S. im **6**

¹ Näher zu den unterschiedlichen Tatbestandsbegriffen und ihren Funktionen *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 45 ff; *Roxin* AT I § 10 Rdn. 1 ff.

² Gefordert schon von *R. von Ihering* in seiner

Schrift „Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht“ (1867); Beginn der Rezeption im Strafrecht durch *v. Liszt* Lehrbuch² (1884) § 31; dann *Nagler* FS Frank I, 339 ff.

ersten Drittel des vorigen Jahrhunderts (*Paeffgen* NK Rdn. 6 m. w. N.)³ ist jedenfalls die formale Gliederung des Delikts durch die Elemente **Tatbestand**, **Rechtswidrigkeit** und **Schuld** nahezu allseitig anerkannt.⁴ Dieses gestufte dreiteilige Straftatssystem mit jeweils aufeinander aufbauenden Beurteilungsgegenständen wird in der Praxis bei der Prüfung strafrechtlicher Fälle geradezu selbstverständlich zu Grunde gelegt.⁵ Es ist in der Rechtsprechung akzeptiert (z. B. RGSt 61 242, 247; 66 397, 398; BGHSt 1 131, 132; [GRS] 2 194; 9 370, 375 f; 11 241; aus jüngerer Zeit etwa BGHSt 49 34 u. 166);⁶ auch der Gesetzgeber hat die tragenden Begriffe des Verbrechenensystems in den Allgemeinen Teil des StGB mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz 1975 übernommen (*Roxin* AT I § 7 Rdn. 13; *Paeffgen* NK Rdn. 6; *Günther* SK Rdn. 8).

- 7 Große Einigkeit gibt es weiter darüber, dass der Straftatbestand nicht als eine **wertungsfreie Kategorie** i. S. v. *Beling* anzusehen ist, der (als Objekt) erst auf der nachfolgenden Prüfungsstufe der Rechtswidrigkeit vom Recht einer Bewertung unterzogen wird (*Beling* Die Lehre vom Verbrechen [1906] S. 145 ff; zust. *Heinitz* Materielle Rechtswidrigkeit S. 19 ff).⁷ Gegen diese vom Positivismus und Naturalismus geprägte Tatbestandsauffassung spricht schon die Existenz der zahlreichen normativen Tatbestandsmerkmale, die gerade nicht wertfrei sind. Zudem ist kaum zu bestreiten, dass der – das vom Gesetzgeber als besonders sozialschädlich eingestufte Verhalten erfassende – Gesetzestatbestand als Teil des Unrechtstatbestandes das Unrechtsurteil notwendig mitkonstituiert und insofern unrechtsbezogen ist (*Otto* Jura 1995 468, 473 f; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 66 f).⁸
- 8 Außer Streit steht auch, dass **Unrecht** und **Schuld** als materielle Wertungskategorien die beiden Grundpfeiler der Verbrechenlehre bilden (*Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 3, 45, 76; *Maurach/Zipf* § 30 Rdn. 41; *Samson* SK⁵ Rdn. 2).⁹ Strafe setzt Unrecht und Schuld

³ Näher zur Dogmengeschichte der Abschwächung *Hruschka* GA 1991 1 ff.

⁴ Die geschichtliche Entwicklung der neueren Verbrechenlehre schildern übersichtlich *Jescheck/Weigend* § 22 und *Roxin* AT I § 7 Rdn. 12 ff.

⁵ Vgl. *Otto* Jura 1995 468 unter Hinweis auf *Rödig* FS R. Lange, 39, 40; auch *Langer* GedS Meurer, 23 ff.

⁶ Z. T. wird der Verbrechenbegriff noch um weitere Glieder ergänzt. So geht *Jescheck* (LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 3; *ders./Weigend* § 21 III) wegen des Handlungserfordernisses von einem „viergliedrigen“ Verbrechenbegriff aus; *Roxin* AT I § 7 Rdn. 4 ff fügt als fünftes Element noch die „sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen“ (objektive Strafbarkeitsbedingungen und das Fehlen von Strafausschlussgründen) an. Ausführlich zu Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus *Volk* ZStW 97 (1985) 871 ff.

⁷ Ausführlich zur Geschichte der Tatbestandslehre *Schweikert* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit *Beling* (1957).

⁸ Ferner *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 46; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 6. Diese Einschätzung teilen

auch viele Autoren, die der Lehre vom Gesamt-Unrechtstatbestand anhängen oder ihr zumindest nahe stehen, etwa *Schünemann* GA 1985 341, 347; *Kuhlen* Unterscheidung S. 316 („sehr schwaches Werturteil“). Die geschichtliche Entwicklung der Ansichten vom wertfreien hin zum unerwerthaltigen Tatbestand skizziert *Roxin* AT I § 10 Rdn. 10 ff. Wenn *Sax* (JZ 1976 9, 10 und passim) den gesetzlichen Tatbestand als „wertungsneutrales Gebilde“ einstuft, führt dies nicht zur Ansicht *Belings* zurück, da auch er für die Verwirklichung des (den gesetzlichen Tatbestand übergreifenden) Unrechtstatbestandes eine strafwürdige Rechtsgutsverletzung fordert; zur Kritik dieses Ansatzes s. *Otto* GedS Schröder, 53, 61 ff; *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 241, 271 ff; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 43/44; *Roxin* AT I § 10 Rdn. 29.

⁹ Weiter – statt vieler – *Kindhäuser* AT § 6 Rdn. 1; *Küper* JZ 1983 88, 95: Die (die Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld reflektierende) Differenzierungstheorie beim Notstand gehöre „zu den großen Leistungen der Strafrechtsdogmatik“; *Sch/Schröder/Lenck-*

(die sich wiederum auf das Unrecht bezieht) voraus. Unrecht ist ein der strafrechtlichen Sollensordnung widersprechendes Geschehen (die vom Recht wegen ihrer Sozialschädlichkeit missbilligte Tat); im Schuldbereich geht es um die Frage, ob dem Täter die rechtswidrige Tat persönlich vorzuwerfen ist, konkreter: um das individuelle Erkennen des Gesollten sowie die normgemäße Antriebssteuerung (*Kindhäuser* AT § 5 Rdn. 9). Die Unterscheidung von Unrecht und Schuld ist in den Sprachformen aller entwickelten Gesellschaften (nicht erst der modernen Industriegesellschaften) fundamental angelegt (so *Schünemann* FS Roxin, 1, 9).

Dagegen ist die Frage, ob die Kategorien „Tatbestandsmäßigkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ getrennte Wertungsstufen darstellen (so der von der h. M. vertretene **dreistufige Verbrechenbau**) oder zu einer einheitlichen Wertungsstufe zusammengefasst werden (so der **zweistufige Verbrechenbau**), weniger bedeutsam, da die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht in der Wissenschaft aus der Antwort auf die Abstufungsfrage keine wesentlichen sachlichen Folgerungen ziehen (so *Perron* Rechtfertigung und Entschuldigung S. 85, 88; *Mir Puig* in Coimbra-Symposium S. 35, 43).¹⁰ Der eigentliche Grund für diesen mit hohem dogmatischen Aufwand geführten Theorienstreit liegt in der Irrtumslehre (*Kindhäuser* AT § 6 Rdn. 12; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 14; *Samson* SK⁵ Rdn. 12), genauer: in der Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Tatumstände (z. B. im Falle der Putativnotwehr).¹¹ Da die h. M. anders als die Vertreter der strengen Schuldtheorie beim Vorliegen eines Erlaubnistatumstandsirrums die Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdeliktes ausschließt (*Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 16 Rdn. 16 ff m. w. N.), hat die Streitfrage ihre praktische Bedeutung allerdings weitgehend verloren (*Lackner/Kühl* Vor § 13 Rdn. 17; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 19; *Perron*

ner/Eisele Vor § 13 Rdn. 20; *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595, 598; *Schünemann* in Coimbra-Symposium S. 149, 156 ff (mit weiteren Hinweisen auf z. T. abweichende ausländische Rechtsordnungen; zum Fehlen dieser Systemkategorien in der europäischen Strafrechtsdogmatik auch *Vogel* GA 2002 517, 531); *ders.* FS Roxin, 105, 109 f; *Welzel* Strafrecht § 19 I; *Wessels/Beulke* Rdn. 394; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 143 m. Fußn. 318. Nur gelegentlich wird versucht, die Trennung von Unrecht und Schuld zu nivellieren, so etwa von *Jakobs* Handlungsbegriff S. 42 ff, der die Schuld bereits zur Voraussetzung für eine Handlung im strafrechtlichen Sinne erklärt („Handlung als Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“; krit. hierzu *Stübing* KJ 27 [1994] 119 ff; auch *H. Schneider* Einübung in Normerkennung S. 107 f); ferner *Lesch* Verbrechenbegriff S. 205 ff sowie *ders.* JA 2002 602, 608 ff, der die „überkommene Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld als unhaltbar“ bewertet. Ähnlich *Freund* MK Vor § 13 Rdn. 14, 243 ff u. *ders.* AT § 4 Rdn. 1 ff, wonach nur bei schuldhaftem Handeln ein hinreichend gewichtiges Fehlverhalten und somit das für eine Bestrafung

erforderliche personale Verhaltensunrecht vorliegen soll; weiterhin v. d. *Linde* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Diss. Hamburg 1988 passim; auch *Koriath* Zurechnung S. 258 ff (krit. dazu *Neumann* ZStW 109 [1997] 593, 596 ff).

¹⁰ Auch *Hirsch* in *Eser/Perron* S. 27, 31: „sekundäre Bedeutung“; *Kindhäuser* AT § 6 Rdn. 12: Streit um Delikttaufbau wirkt sich praktisch kaum aus; *Herzberg* JA 1986 190, 201; *Wessels/Beulke* Rdn. 128: Kontroverse nicht zu hoch bewerten, solange Einigkeit in den grundlegenden Sachfragen besteht.

¹¹ In der Literatur vertreten allerdings nicht wenige Autoren die Ansicht, dass sich aus der Entscheidung für einen zwei- oder dreistufigen Verbrechenbau keine Konsequenzen für die Irrtumslehre ergeben, s. *Hoyer* Normentheorie S. 150; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 48; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 4; *Roxin* AT I § 10 Rdn. 26; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 19; *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595 ff; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 146 m. Fußn. 339. Anders *Rinck* Zweistufiger Delikttaufbau S. 471 ff u. passim; *Schünemann* GA 1985 341, 350 f.

Rechtfertigung und Entschuldigung S. 88). Im Vordergrund muss daher die Lösung von Sachproblemen in Einzelfragen stehen.

- 10 bb) Die im Strafrecht wohl noch überwiegende Meinung geht – mit mancherlei Unterschieden im Detail – von einem dreistufigen **Verbrechensaufbau** aus (Nachw. bei *Schl/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 16). Sie sieht in der Abstufung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit nicht nur ein technisches Prüfungsprogramm, sondern weist den einzelnen Deliktsstufen eine strukturell und inhaltlich selbständige Bedeutung zu. Eine breite Strömung innerhalb dieser **Lehre vom Leitbildtatbestand** entwickelt ihre Begründung maßgeblich vor dem Hintergrund des normentheoretischen Gegensatzes von Verbot (Gebot) einerseits und Erlaubnissatz andererseits.¹² Danach enthält der Straftatbestand (in Form der Zusammenfassung derjenigen Merkmale, die den typischen Unrechtsgehalt des verbotenen Verhaltens beschreiben) die abstrakte Verbotsmaterie, den „Unrechtstypus“. Durch die Verwirklichung dieses Unrechtstatbestandes (oder auch Tatbestandes i.e.S.) wird die Rechtswidrigkeit des Verhaltens indiziert; im Hinblick auf den Unrechtsvorwurf lässt die Tatbestandsmäßigkeit also nur ein „vorläufiges“ oder „auflösend bedingtes“ Urteil zu (s. nur *Jescheck/Weigend* § 25 I 1; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 7; *Paeffgen* NK Rdn. 14).¹³ Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit treten den Verbots- bzw. Gebotsnormen dann in bestimmten Fällen Erlaubnissätze (Rechtfertigungsgründe) – seien sie dem StGB oder sonst der Rechtsordnung zu entnehmen – als eigene Wertungskategorien selbständig gegenüber, die das tatbestandsmäßige Verhalten ausnahmsweise gestatten, das Unrechtsindiz also entkräften. Sie verhindern, dass die einzelne abstrakte Norm zur konkreten Rechtspflicht wird. Beim Fehlen von Rechtfertigungsgründen – also dem gedachten Regelfall – ist das Täterverhalten rechtswidrig; es steht im Widerspruch zur Rechtsordnung im Ganzen und ist auch konkret pflichtwidrig. Tatbestandsmäßiges (und damit normwidriges) Verhalten bildet nach diesem Erklärungsansatz den Kern des Unrechts; es fällt schwerwiegend aus der normalen Ordnung heraus und bleibt selbst beim Eingreifen von Erlaubnissätzen sozial auffällig (*Welzel* Strafrecht § 14 I 1; *Jakobs* 6/58).¹⁴

¹² Vgl. *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 276 f, 309 f; *ders.* LK¹¹ Rdn. 6; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 42 ff; *ders./Weigend* § 25 I, § 31 I; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 138 ff, 248 ff; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 1 ff; *Paeffgen* NK Rdn. 8; *Welzel* Strafrecht § 10, § 14 I 1 u. 2; auch *Heghmanns* Grundzüge S. 138 f.

¹³ Missverständlich daher *Kühl* AT § 6 Rdn. 9: Der Täter hat Unrecht verwirklicht, weil er in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen hat.

¹⁴ Für einen dreistufigen Verbrechensaufbau RGSt 61 242, 247; 66 397, 398; BGHSt 1 131, 132; 2 194, 195; 9 370, 375 f; 11 241; aus jüngerer Zeit BGHSt 49 34 u. 166; aus der Literatur etwa *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 32; *Bockelmann/Volk* § 10; *Dreher* FS Heinitz, 207, 217 ff; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I Fall 3 A Rdn. 109; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 3, 18 f, 27; *ders.* in *Gallas*

S. 1, 32 ff, 41 ff; *Gropp* AT § 6 Rdn. 7 ff; *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 276 f, 309 f; *ders.* LK¹¹ Rdn. 6, 8 f; *ders.* in *Eser/Perron* S. 27, 32 f; *ders.* ZStW 94 (1982) 239, 257 ff; *Jakobs* 6/54 ff; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 42 ff; *ders./Weigend* § 25 III 2, § 31 I; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 138 ff, 248 ff; *ders.* JZ 1955 37, 38; *ders.* FS *Welzel*, 393, 396 ff; *Krey* AT 1 Rdn. 214 ff; *Lackner/Kühl* Vor § 13 Rdn. 17; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 2; *Munoz Conde* in *Coimbra-Symposium* S. 213, 218; *Paeffgen* Verrat S. 78 ff; *ders.* NK Rdn. 8, 16; *ders.* GedS *Arm. Kaufmann*, 399, 403 f; *Tröndle/Fischer* Vor § 13 Rdn. 24, 27; *Welzel* Strafrecht § 10 III, 14 I 1; *Wessels/Beulke* Rdn. 126 ff; eine Übersicht zu den vielfältigen Erklärungen des dreistufigen Verbrechensaufbaus im Schrifttum findet sich bei *Schmidhäuser* AT 9/6 ff.

cc) **Abw.** findet sich eine im Schrifttum stark vertretene Ansicht, die unter Wertungsgesichtspunkten nur zwei Deliktskategorien kennt: Unrecht und Schuld.¹⁵ Dieser Ansatz wird überwiegend unter Rückgriff auf die **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen** begründet (so *Arth. Kaufmann* JZ 1954 653 ff; *ders.* JZ 1956 353 ff, 393 ff; *ders.* FS Lackner, 185, 187; *Samson* SK⁵ Rdn. 9 ff),¹⁶ die der Rspr. des BGH zum vorsatzausschließenden Irrtum über einen rechtfertigenden Sachverhalt¹⁷ eine theoretische Grundlage geliefert hat.¹⁸ Danach fordert volles Unrecht neben dem Vorliegen der unrechtsbegründenden (positiven) Tatbestandsmerkmale das Fehlen der Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe als „negative Tatbestandsmerkmale“. Durch die Einbeziehung der Rechtfertigungsfrage in den Tatbestand fallen hier Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in einem Gesamt-Unrechtstatbestand zusammen: sog. **zweistufiger Verbrechenbau** (Verbrechen als unrechtstatbestandsmäßiges und schuldhaftes Verhalten). Der Tatbestand ist hier – anders als nach h. M. – nicht nur „ratio cognoscendi“, sondern „ratio essendi“ der Rechtswidrigkeit, d. h. er beschreibt die Grenzen von Recht und Unrecht im konkreten Fall abschließend, indem er neben den (deliktstypischen) unrechtsbegründenden auch die unrechtausschließenden Merkmale erfasst (*Roxin* Offene Tatbestände S. 175). Diese Theorie geht davon aus, dass jede Verbots- oder Gebotsnorm schon das Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen zur inhaltlichen Voraussetzung habe, ein gerechtfertigtes Verhalten also noch gar nicht die Merkmale eines normwidrigen Handelns oder Unter-

¹⁵ Anders als *Tröndle/Fischer* Vor § 13 Rdn. 27 meinen („Lehre kann als überholt angesehen werden“) findet diese früher sogar herrschende Meinung (vgl. Nachw. in Fußn. 18) auch in der jüngeren Strafrechtslehre erhebliche Resonanz.

¹⁶ *Freund* AT § 7 Rdn. 107 f m. Fußn. 93; *Geerds* Jura 1990 421, 430; *Günther* SK Rdn. 25 f, 40; *Koriath* Zurechnung S. 322 ff; *Minas v. Savigny* Negative Tatbestandsmerkmale S. 92 ff; *Roxin* MSchrKrim 44 (1961) 211, 215 f; *ders.* ZStW 76 (1964) 515, 536 f; *ders.* Offene Tatbestände S. 113 ff, 132 ff, 173 ff (anders nunmehr in AT I § 10 Rdn. 13–26, § 14 Rdn. 70); *Schaffstein* MDR 1951 196 ff; *ders.* ZStW 72 (1960) 369, 386 ff; *ders.* FS OLG Celle, 175 ff, 182 ff; *Schlehofer* MK Rdn. 34 ff; *ders.* Vorsatz und Tatabweichung S. 74; *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595, 598 ff (mit Modifikationen); *ders.* Vorsatz und Irrtum (1998) S. 115; *Schünemann* in Grundfragen S. 1, 56 ff; *ders.* GA 1985 341, 347 ff; *ders.* FS R. Schmitt, 117, 126; *ders.* in Coimbra-Symposium S. 149, 163, 175 ff; *ders.* GA 2006 378, 381; *Ch. Schmid* Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 95: „Es gibt keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Rechtfertigungsgründe gegenüber den Tatbestandsmerkmalen“; ähnlich *Hruschka* Strafrecht S. 195 ff; *ders.* FS Roxin, 441, 451 ff; *Kindhäuser* Gefähr-

dung S. 111 f; *ders.* LPK Rdn. 37. Nahestehend *Otto* Jura 1990 645, 647 (anders jetzt *ders.* AT § 5 Rdn. 17 ff; *ders.* Jura 1995 468, 473); *Puppe* FS Stree/Wessels, 183, 188; *dies.* NK Vor § 13 Rdn. 12 ff; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 309 ff (mit z. T. eigener Konzeption). – Von einem Deliktsaufbau mit nur zwei Wertungsstufen gehen trotz Kritik an der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen aus etwa *Schmidhäuser* AT 9/5; *ders.* JuS 1987 373, 375 u. jüngst *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau passim; v. Nachw. unten in Fußn. 18; zur Dogmengeschichte der LnT *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 13 ff.

¹⁷ BGHSt 3 105; 195; 271; 14 52; 22 223.

¹⁸ Aus dem älteren Schrifttum *Baumgarten* Der Aufbau der Verbrechenlehre (1913) S. 210 ff; *Engisch* Vorsatz und Fahrlässigkeit S. 10 f; *ders.* ZStW 70 (1958) 566, 583 ff; *ders.* FS DJT I, 401, 406 ff; *Frank* Vor § 51 Bem. III, § 59 Bem. III 2; *Arth. Kaufmann* Unrechtsbewußtsein S. 66 f, 170 f, 178 ff; *ders.* ZStW 76 (1964) 563 ff; *Lange* JZ 1953 9 ff; *Lang-Hinrichsen* JR 1952 302, 306, 356 ff; *ders.* JZ 1953 362, 363; *Mezger* LK⁸ Einl. Bem. III, § 59 Anm. II 11; *ders.* NJW 1953 2, 6; *A. Merkel* Lehrbuch (1889) S. 82; *Radbruch* FS Frank I, 158, 164 ff; *Schröder* MDR 1953 70; *ders.* ZStW 65 (1953) 178, 207; v. *Weber* JZ 1951 260, 261; *ders.* FS Mezger, 183, 189.

lassens erfülle und damit i. S. eines Gesamt-Unrechtstatbestandes nicht tatbestandsmäßig sei. Die Rechtfertigungsgründe erscheinen nach dieser Gesamtnormlösung als bloße Einschränkung der Ver- bzw. Gebotsnorm. Statt „Du sollst nicht vorsätzlich töten!“ muss das dem § 212 zugrundeliegende Verbot hier wie folgt formuliert werden: „Du sollst nicht vorsätzlich töten, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen der Notwehr, ein Kriegsgeschehen etc. vor!“ Die Unterscheidung von Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen beruht danach nicht auf einem sachlichen Prinzip, sondern ist nur aus gesetzestechnisch-stilistischen Erfordernissen zu erklären, weshalb Rechtfertigungsgründe jederzeit als Tatbestandsmerkmale geregelt werden können und umgekehrt (*Otto* Jura 1995 468, 469; *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595, 598). Für die Bewertung eines Verhaltens ist es also gleichgültig, ob es nicht tatbestandsmäßig oder aber gerechtfertigt ist; in beiden Fällen stellt es kein Unrecht dar, ist es nicht verboten, sondern erlaubt (*Samson* SK⁵ Rdn. 9).¹⁹

- 12** Bei einer kritischen Würdigung der Auseinandersetzung um einen zwei- oder dreistufigen Verbrechensaufbau haben diejenigen, die die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens anhand von nur **zwei Wertungskategorien (Unrecht/Schuld)** vornehmen, die besseren Argumente auf ihrer Seite. Insoweit ist der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zuzustimmen. Dass der zweistufige Verbrechensaufbau konstruktiv durchführbar und normentheoretisch möglich ist, ist fast allgemein anerkannt (s. nur *Vogel* Norm und Pflicht S. 37: „normlogisch lässt sich der Streit nicht entscheiden“).²⁰ Aber auch ansonsten vermag die Gegenthese, nach der tatbestandsmäßiges (rechtsgutsschädigendes oder -gefährdendes) Verhalten als „sozial auffällig“ zwingend auf einer ersten selbstständigen Wertungsstufe gekennzeichnet werden muss, nicht zu überzeugen. Sie stützt sich ganz maßgeblich auf außerrechtliche Wertsetzungen, die ins Strafrecht übertragen werden, ohne den Schutzmechanismus des Rechts gebührend zu beachten (näher *Otto* Jura 1995 468, 470 ff). Denn das Strafrecht kennt – anders als *Welzel*, *Arm. Kaufmann*, *Hirsch* u. a. suggerieren – keinen absoluten Schutz von Rechtsgütern. Vielmehr entstehen nach allgemeiner Rechtsauffassung für den Normadressaten befolgbare Rechtspflichten nur dann, wenn sein Verhalten nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist (ebenso *Otto* AT § 5 Rdn. 27; *Rinck* Zweistufiger Delikttaufbau S. 50 ff). Eine mit der Tatbestandsmäßigkeit einhergehende „Normwidrigkeit“ (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 6; *Welzel* Strafrecht § 10 I, § 14 I; *Heghmanns* Grundzüge S. 138 f; krit. etwa *Otto* AT § 5 Rdn. 27) ändert in der Sache nichts daran, dass sich erst aus dem Zusammenspiel von strafbewehrten Ver- und Geboten mit den Erlaubnissätzen Inhalt und Grenzen strafrechtlicher Verhaltensnormen ergeben; die für das Recht allein maßgebliche Bewertung des Verhaltens als „rechtswidrig“ oder „rechtmäßig“ fordert eine Gesamtschau der einschlägigen Sollensregelungen (*Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 17).²¹ So ist denn auch bei Kritikern eines zweistufigen Verbrechenssystems anerkannt, dass bei der *Unrechtsbestimmung* positive Umstände (= Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen) und

¹⁹ Als LnT-Anhänger ausdrücklich anderer Ansicht *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 120 ff; *ders.* SK Rdn. 26: Zwischen nicht tatbestandsmäßigem und erlaubtem Verhalten besteht eine Wertungsdifferenz!

²⁰ Weiterhin *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 13; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 16; auch *Paeffgen* Verrat S. 84 f; *Renzikowski* Notstand S. 158: Trennung keinesfalls logisch zwingend.

²¹ Ferner – statt vieler – *Perron* Rechtfertigung und Entschuldigung S. 85; *Rödig* FS R. Lange, 39, 53 m. Fußn. 35; *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 377; *Schlehofer* MK Rdn. 35; *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595, 597; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 69; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 18.

negative Umstände (= Fehlen von Rechtfertigungsgründen) zusammenwirken müssen (etwa *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 28; *Lackner/Kühl* Vor § 13 Rdn. 17; *Jakobs* 6/57). Die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit enthält immer nur ein „unvollständiges“ („vorläufiges“ oder „bedingtes“) Rechtswidrigkeits- bzw. Unwerturteil²² und damit in Bezug auf die Unrechtsbewertung ein rechtlich belangloses Zwischenergebnis.²³ Eine vermeintliche „Indizfunktion des Tatbestandes“²⁴ oder das vielfach angeführte Regel-Ausnahme-Verhältnis, das statistisch bei bestimmten Delikten (etwa bei Freiheitsberaubungen und Körperverletzungen) ohnehin nicht zutrifft,²⁵ führt zu keinen anderen Ergebnissen.

Dass zwischen der Tötung einer Mücke (erlaubt, weil – zumeist²⁶ – nicht verboten) und der Tötung eines Menschen in Notwehr (erlaubt, weil das Verbot durch die vorgängige Erlaubnisnorm verdrängt wird) ein (Wert-)Unterschied besteht (berühmtes Beispiel nach *Welzel* ZStW 67 [1955] 196, 210 f), lässt sich nicht leugnen (vgl. nur *Samson* SK⁵ Rdn. 14; *Vogel* Norm und Pflicht S. 37 m. Fußn. 61 m.w.N.). Nur folgt aus der sozialen Verschiedenartigkeit beider Akte unter (straf-)rechtlichen Gesichtspunkten nichts.²⁷ In beiden Fällen wird das Verhalten vom Recht nicht missbilligt (*Roxin* Offene Tatbestände S. 180 f; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 69 m. Fußn. 71).²⁸ Der bis heute mit hoher Suggestivwirkung in der Diskussion vorgetragene *Welzelsche* Vergleich²⁹ verschleiert

13

²² Über Lagergrenzen hinaus weitgehend anerkannte Aussage, vgl. nur *Freund* MK Vor § 13 Rdn. 193; *Otto* Jura 1995 468, 469 f; *Paeffgen* NK Rdn. 14; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 17; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 9; *Wessels/Beulke* Rdn. 122. Anders aber z. B. *Gropp* AT § 6 Rdn. 14 ff; *Kühl* AT § 6 Rdn. 9; kontrastierend dazu wiederum *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 88: Verletzung eines Rechtsguts für sich genommen wertneutral.

²³ Dabei ist zu beachten, dass der Vorbehalt fehlender Rechtfertigung dem Unrechtsurteil materiell nichts hinzufügt, so u. a. *Schmidhäuser* FS Engisch, 433, 454; *Jakobs* 6/59 m.w.N.; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I Fall 3 A Rdn. 110, Fall 9 A Rdn. 28; *Paeffgen* NK Rdn. 15; *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 399, 408; *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 9.

²⁴ Dafür etwa *Baumann/Weber/Mitsch* § 12 Rdn. 11; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 48; *Lackner/Kühl* Vor § 13 Rdn. 17; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 7 ff; *Paeffgen* NK Rdn. 15 (hält Aussage über logisches Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit auch für statistisch richtig); *Welzel* Strafrecht § 10 III. Zutreffend kritisch gegenüber der Indiz-Formel, die als missverständlich und inhaltsleer eingestuft wird, dagegen *Gropp* AT § 6 Rdn. 10; *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 9; *Renzikowski* Notstand S. 157 m. w. N. in Fußn. 141.

²⁵ Zutreffend krit. daher gegenüber dieser For-

mulierung z. B. *Schlehofer* MK Rdn. 36; *Otto* Jura 1995 468 f; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 130 ff.

²⁶ Anderes gilt mit *Dieckmann* Jura 1994 178, 183 etwa, wenn die Mücke im Eigentum eines Biologen stand, der sie zu Forschungszwecken verwendet.

²⁷ Die Gegner betonen stattdessen die „Appellfunktion“ des Tatbestands(vorsatzes), der den Täter zu sorgfältiger Prüfung der den Eingriff rechtfertigenden Umstände anhalte, so etwa *Jescheck/Weigend* § 31 I 2; *Paeffgen* GedS Arm. Kaufmann, 399, 407 f; *Welzel* Strafrecht § 22 III 1 f; näher *Naka* JZ 1961 210. Aber der Impuls (zur Abstandnahme von der Tat), den die Kenntnis vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen vermittelt, wird durch die irriige Annahme einer rechtfertigenden Situation lahmgelegt (*Engisch* ZStW 70 [1958] 566, 590 f; *Rudolph* SK § 16 Rdn. 12; *Schaffstein* FS OLG Celle, 175, 183 f); weitere Kritik an diesem Argument bei *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 84 ff.

²⁸ *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 143 f; *Renzikowski* Notstand S. 156 m. Fußn. 133; aus dem Lager der LnT-Anhänger etwa *Engisch* ZStW 70 (1958) 566, 596 f; *Schünemann* GA 1985 341, 349; *Ch. Schmid* Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 84.

²⁹ Vgl. – statt vieler – *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 32; *Gropp* AT § 6 Rdn. 8; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 8; *ders.* FS Schroeder, 223, 233;

denn auch eher den nüchternen Blick dafür, dass bei einer Tötung in Notwehr von Anfang an ein ambivalentes Verhalten vorliegt: Die Tötungshandlung stellt sich zugleich als zulässiges Verteidigungsverhalten dar. Indem *Welzel* die beiden Eigenschaften der einen Handlung auf gesonderten Wertungsstufen behandelt, spaltet er die soziale Sinn-/Wertungseinheit „Tötung in Notwehr“ künstlich auf (*Roxin* Offene Tatbestände S. 181: „juristisches Kunstprodukt“). Auch verblasst die soziale Auffälligkeit als maßgeblicher Wertungsaspekt tatbestandsmäßigen Verhaltens sofort, wenn man den Einzugsbereich der Kapitaldelikte verlässt. Schon das Haarschneiden durch einen Frisör erscheint nicht als sozial auffälliges Verhalten, ist aber nach h.M. eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die nur im Falle einer Einwilligung gerechtfertigt ist. Die Beispiele ließen sich im Bereich des Wirtschafts- und Nebenstrafrechts, in dem häufig Angriffe auf diffuse (Zwischen-)Rechtsgüter wie den Wettbewerb (z. B. § 298) oder die Funktionsfähigkeit von Wirtschaftszweigen (etwa der Kredit- oder Versicherungswirtschaft) unter Strafe gestellt werden, leicht vermehren. Zudem gibt es auch umgekehrt tatbestandsloses Verhalten, das sozial auffällig ist; so beseitigt z. B. der fällige und einredefreie Speziesanspruch auf die Sache nach h. M. zwar die Tatbestandsmäßigkeit des Diebstahls, nicht jedoch die soziale Auffälligkeit der Wegnahme einer fremden Sache (*Samson* SK⁵ Rdn. 25; ferner *Ch. Schmid* Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 86 f; *Jäger* Zurechnung S. 17).

- 14 Unübersehbar sind auch die Schwierigkeiten der h. M., bei bestimmten Deliktgruppen die unrechtsbestimmenden Umstände so auf Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu verteilen, dass dabei der rechtlich relevante Wertunterschied der beiden Deliktstufen verwirklicht wird (ausführlich dazu *Samson* SK⁵ Rdn. 17 ff; *Perron* Rechtfertigung und Entschuldigung S. 84). Hinzuweisen ist hier nicht nur auf die bestehenden Unsicherheiten, die Einwilligung (etwa bei §§ 223, 303) oder das erlaubte Risiko als Tatbestandsausschluss- oder Rechtfertigungsgrund einzustufen. In den Blick geraten hier auch die gesamtatbewertenden Merkmale (z. B. die Verwerflichkeit in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 und die Tötung eines Wirbeltieres „ohne vernünftigen Grund“ in § 17 TierSchG; dazu näher Rdn. 35 ff) oder die Aufnahme negativer Rechtswidrigkeitsmerkmale in den Tatbestand (etwa „unbefugt“ bei § 324).³⁰ Vielfach hängt es zudem allein von der zufälligen stilistischen Fassung des Gesetzes ab, ob ein Umstand als unrechtsbegründend schon dem Tatbestand oder in seiner Umkehrung als unrechtsausschließend erst der Rechtswidrigkeit zugeordnet wird (*Roxin* AT I § 10 Rdn. 16 ff).³¹ Viel spricht daher dafür, Tatbestand und Rechtswidrigkeit als normative Bewertungs-/Funktionseinheit aufzufassen.³²

Paeffgen NK Rdn. 17. Dass *Welzel* – geschickt – mit sozialpsychologischen Wertungen arbeitet, stellen kritisch fest etwa *Koriath* Zurechnung S. 327 f: Beispiel hat „ungeheure Suggestivkraft“, „eindringliche Rhetorik“, aber Argumentationsstil außerordentlich „unfair“; *Schünemann* in Coimbra-Symposium S. 149, 168; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 439 f: „gefühlsmäßige Untertöne“; *Rödig* FS R. Lange, 39, 53 m. Fußn. 35: „ein Gleichnis ..., das seine Suggestivwirkung selten verfehlt“; *Samson* SK⁵ Rdn. 28.

³⁰ Näher *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 68 m. Fußn. 66 u. 67.

³¹ Inhaltsgleich lässt sich etwa das Merkmal „fremd“ in den Eigentumsdelikten positiv

formulieren als „einem anderen gehörend“ oder negativ als „weder dem Täter gehörend noch herrenlos“, s. *Samson* SK⁵ Rdn. 18; *Hoyer* ARSP-Beiheft 104 (2005) 99, 101. Vgl. auch BGHSt 39 1, 28: „Nicht immer spiegelt das Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgrund einen Sachverhalt wider, bei dem die Rechtsgutverletzung auch in den gerechtfertigten Fällen ein soziales Unwerturteil erlaubt; die Entscheidung des Gesetzgebers, den Tatbestand einzuschränken oder aber bei uneingeschränktem Tatbestand einen Rechtfertigungsgrund vorzusehen, ist unter Umständen nur technischer Natur“.

³² Zu weiteren Argumenten s. *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 66 ff. Die von Anhängern der strengen und der rechts-

Die Annahme, dass der Tatbestand neben der Rechtswidrigkeit unter Unrechtsgesichtspunkten keine eigene rechtliche *Wertungsstufe* bildet, führt jedoch nicht zwangsläufig zu einem Plädoyer für die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Vielmehr gibt es strukturelle und pragmatische Gründe, die es rechtfertigen, Tatbestand und Rechtswidrigkeit getrennt zu behandeln.³³

Für eine gewisse systematische Selbständigkeit des Straftatbestandes gegenüber der Rechtswidrigkeit spricht zunächst seine edukative Funktion. Der Gesetzgeber fasst vor dem Hintergrund bestimmter deliktischer „Leitbilder“ wie Diebstahl, Betrug, Urkundenfälschung etc. in den Tatbeständen die Umstände zusammen, die den Strafwürdigkeitsgehalt einer Deliktsart prägen (Formung von „Unrechts- bzw. Deliktstypen“).³⁴ Durch diese plakative Errichtung abstrakter, an jedermann adressierter Verbotstafeln sollen die Rechtsgenossen dazu angehalten werden, das im Tatbestand ausgewiesene sozialschädliche Verhalten zu unterlassen (Steuerungsfunktion der Straftatbestände).³⁵ Eine vergleichbar generalpräventive Funktion kommt Rechtfertigungsgründen nicht zu.³⁶ Erlaub-

folgenverweisenden Schuldtheorie der h. M. immer wieder vorgehaltenen Strafbarkeitslücken in Fällen, in denen über die Anstiftung eines im Erlaubnistatumsstandsirrtum handelnden Vordermannes durch einen nicht irrenden Hintermann zu urteilen ist, werden weitgehend durch die Annahme einer mittelbaren Täterschaft geschlossen. Allein bei Sonderdelikten wie § 203 ist der Rückgriff auf diese Rechtsfigur nicht möglich, weil hier – wie vom Gesetzgeber gewollt – das Geheimnis nur gegen Angriffe durch den Garanten geschützt werden soll, vgl. – statt vieler – *Schünemann* in Coimbra-Symposium S. 149, 176.

³³ Es gibt mittlerweile in der Literatur eine starke Tendenz dahingehend, Tatbestand und Rechtswidrigkeit in einer Wertungsstufe zu verschmelzen (ohne gleichzeitig die LnT zu vertreten) und den Unterschied beider Kategorien auf eine Funktionsdifferenz zu reduzieren; wegbereitend für diese gemäßigte Position war *Lenckner* (vgl. *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 17 ff); weiter *Herzberg* JA 1986 190, 192, 201; *Renzikowski* Notstand S. 150 ff (Frage der Zweckmäßigkeit); *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 66 ff; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 143 ff, 148 (dreistufiger Deliktsaufbau mit nur zwei Wertungskategorien); *Otto* AT § 5 Rdn. 17, 23 f; *ders.* Jura 1995 468, 474 f; *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 16; *Kindhäuser* AT § 6 Rdn. 12, § 29 Rdn. 26; die Unterschiede stark relativierend auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 13 f; *Perron* Rechtfertigung und Entschuldigung S. 88; ferner *Arzt* Die Strafrechtsklausur

6. Aufl. 2000 S. 169; *Dieckmann* Jura 1994 178, 185.

³⁴ Vgl. nur *Roxin* AT I § 10 Rdn. 20; *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 28; *Herzberg* JA 1986 190, 192; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 9; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 325; grundlegend *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 16.

³⁵ Die Tatsache, dass bei verschiedenen Straftatbeständen eine Abschtung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit/Unrecht kaum möglich ist, weil schon die Beschreibung des Deliktstypus ohne Einbeziehung des (Gesamt-)Unrechts nicht gelingt – etwa im Falle des Missbrauchs von Notrufen (§ 145), deren bestimmungsgemäßer Gebrauch keinen Missbrauch darstellt, oder bei den tatbestandsergänzenden Verwerflichkeitsklauseln in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 –, relativiert im Einzelfall den Charakter des Tatbestandes als Leitbildtatbestand“, hebt ihn aber nicht auf; näher dazu *Roxin* AT I § 10 Rdn. 24; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 18; *Herzberg* JA 1986 190, 194 f; *ders.* JA 1989 243, 245 f.

³⁶ Anders *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 462 f, für den alle Normen, die den Gesamt-Unrechtstatbestand konstituieren, eine generalpräventive Funktion besitzen. Die Kenntnis über Rechtfertigungsgründe ist für den Bürger sicher hilfreich. Dennoch wirken beide Normtypen unterschiedlich, bezwecken allein Strafnormen generalpräventiv den Schutz von Rechtsgütern; eine gar mit Strafe sanktionierte Nichtausübung von Eingriffsbefugnissen wäre jenseits der Unterlassungsdelikte unzulässig. Dass dem Gesetzgeber an

nissätze wie Notwehr, Notstand, mutmaßliche Einwilligung etc. gestatten vielmehr im Einzelfall den Eingriff in das tatbestandlich geschützte Rechtsgut, wenn das Recht das gegenläufige, vom Rechtfertigungsgrund berücksichtigte Interesse (beim Notstand etwa das Interesse des die Gefahr Abwendenden an seiner Körperintegrität oder seinem Eigentum) höher gewichtet als das beeinträchtigte Gut. Die Auflösung der Kollisionslage erfolgt auf einer Metaebene unter Rückgriff auf das Erforderlichkeitsprinzip;³⁷ danach ist etwa bei der Notwehr die Verteidigungshandlung nur dann zulässig, wenn sie erforderlich ist, sich also als geeignet und zugleich als das mildeste unter den geeigneten Mitteln darstellt. Hier zeigt sich eine strukturelle Besonderheit der Rechtfertigungsgründe, die auf Tatbestandsebene keine Entsprechung findet und – wie *Roxin* und andere zutreffend betonen – auch im Bereich der Rechtsfolgen praktische Auswirkungen hat. Denn eine gerechtfertigte Handlung löst prinzipiell auf Seiten des Betroffenen eine allgemeine Duldungspflicht aus,³⁸ während tatbestandsloses Verhalten nicht unbedingt erlaubt, sondern im „rechtsfreien Raum“ (vor dem Straftatbestand) angesiedelt oder nach zivil- oder öffentlichrechtlichen Maßstäben sogar rechtswidrig – und damit notwehrfähig – sein kann (*Roxin* AT I § 10 Rdn. 21).

- 17 Gegen eine Austauschbarkeit von positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen ist weiter anzuführen, dass Rechtfertigungsgründe zumeist deliktstypenübergreifend Anwendung finden, während die Einschränkung des „positiven“ Tatbestandes allein den Einzugsbereich der einzelnen Verbotsnormen betrifft.³⁹ Das spricht für einen eigenen Gehalt der Erlaubnissätze, die „zu den abstrakten, zunächst nur an den typischen Unrechts-

der Verteidigung der Rechtsordnung durch Private gelegen ist (wie *Rinck* meint), ist zu bestreiten.

³⁷ Zur Erforderlichkeit als generellem Strukturprinzip der Rechtfertigungsgründe *Arm. Kaufmann* JZ 1955 37, 40; *ders.* Normentheorie S. 254; *Mitsch* Rechtfertigung S. 189 m.w.N. *Hoyer* ARSP-Beiheft 104 (2005) 99, 110 weist darauf hin, dass „Verbote und Rechtfertigungsgründe zwei selbständige normative Entitäten bilden (müssen), weil sie nur als selbständige Entitäten gegeneinander abgewogen werden können ...“. Der Kollisionslösung fällt es nach *Vogel* Norm und Pflicht S. 38 auch leichter, durch entsprechende Formulierung der (ungeschriebenen) Metanorm die Problematik der sog. sozial-ethischen Grenzen der Rechtfertigung zu lösen, während die Gesamtnormlösung den Wortlaut des Erlaubnissatzes einschränken müsste.

³⁸ Pars pro toto *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 18; *Roxin* AT I § 10 Rdn. 21; *Wessels/Beulke* Rdn. 126; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 145 f. Die Folge der Duldungspflicht besteht darin, dass für den Betroffenen die Möglichkeit entfällt, sich seinerseits straflos gegen den Eingriff in seine Rechtsgüter zur Wehr zu setzen, wäh-

rend ihm andere Eingriffsvermeidungsstrategien weiterhin zur Verfügung stehen. Diese Beobachtung spricht aber – anders als *Ch. Schmid* Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 89 meint – nicht gegen die Annahme einer Duldungspflicht, mit der nur auf die Beschränkung von Handlungsvarianten hingewiesen werden soll. Eine differenzierende Betrachtung der duldungspflichterzeugenden Taten entwickelt *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 456 ff.

³⁹ Die Gründe für den Tatbestandsausschluss liegen nicht (wie bei den Rechtfertigungsgründen) notwendigerweise in der Anerkennung vorrangiger Werte, sondern u. U. auch in der mangelnden Zweckmäßigkeit oder der Unzulässigkeit der Bestrafung, da „die Tatbestände neben der Rechtswidrigkeitsbegründung auch Strafrenz- und Strafzweckwertungen enthalten“ (*Perron* Rechtfertigung und Entschuldigung S. 85; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 18; vgl. auch *Amelung* JZ 1982 617, 620 m. Fußn. 38). Zudem genügt es für einen Tatbestandsausschluss, wenn nur ein Tatbestandsmerkmal fehlt, während die Rechtfertigungswirkung das Vorliegen sämtlicher Rechtfertigungsmerkmale erfordert, so *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 144.

sachverhalten orientierten Verbotsnormen hinzutreten“ (*Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 18; auch *Roxin* AT I § 10 Rdn. 20). Die Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit unterstreicht den „dialogischen Charakter der Rechtfertigung“ (*Renzikowski* Notstand S. 157) und ermöglicht die Herausarbeitung systembildender Strukturen für die negativen, die Strafbarkeit ausschließenden Gründe (*Perron* in *Eser/Nishihara* S. 67, 71). Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen müssten zudem das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Gesetzlichkeitsprinzip nicht nur auf die Tatbestandsmerkmale (für die es nahezu unbestritten in seiner striktesten Form gilt), sondern auch auf die (negativen Tatbestands-)Merkmale des Rechtfertigungsgrundes anwenden. Das lässt sich aber (wie unter Rdn. 62 ff näher ausgeführt) nicht durchhalten. Stattdessen sind für die – zum Teil nur gewohnheitsrechtlich anerkannten – Erlaubnissätze Abstriche von den Anforderungen des nullum-crimen-Grundsatzes zuzulassen. Das dreistufige Prüfungsschema hat sich schließlich auch didaktisch bewährt (*Herzberg* JA 1986 190, 192); es kommt dem Bedürfnis des Rechtsanwenders nach abschichtbarer Prüfung komplexer Sachverhalte entgegen und dient damit der „Reduktion von Komplexität“.

Immer wieder in der Kritik standen die Vertreter eines zweistufigen Verbrechensaufbaus schließlich wegen ihrer Behandlung des (Gesamt-)Unrechtsvorsatzes (ausführlich dazu *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 311, 352 ff). Auf den Einwand (insbesondere aus dem Lager der strengen Schuldtheorie), die – aus § 16 Abs. 1 S. 1 abzuleitende – Forderung nach einer aktuellen Vorstellung aller unrechtsrelevanten Umstände würde zu untragbaren Strafbarkeitslücken führen, da praktisch kein Täter das Fehlen aller möglichen rechtfertigenden Umstände reflektiere,⁴⁰ sind im Wesentlichen zwei Lösungsansätze entwickelt worden: Teilweise lässt man für eine Kenntnis vom Fehlen rechtfertigender Umstände ein Mitbewusstsein am Rande genügen (*Roxin* Offene Tatbestände S. 125; *ders.* ZStW 78 [1966] 248, 259; *Rudolphi* SK § 16 Rdn. 12)⁴¹ oder wechselt beim Tatbewusstsein in Bezug auf Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss die Vorzeichen („Umkehrungsthese“), so dass der Vorsatz neben der Kenntnis der positiven Tatumstände nicht die Vorstellung vom Fehlen der negativen Tatumstände, sondern das Fehlen der Vorstellung vom Vorliegen negativer Tatumstände voraussetzt (*v. Weber* FS Mezger, 183, 185 ff; *Arth. Kaufmann* JZ 1954 653; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 146; auch *Roxin* AT I § 14 Rdn. 70). Während gegen die These vom sachgedanklichen Mitbewusstsein hinsichtlich des Fehlens der Rechtfertigungsvoraussetzungen zutreffend eingewandt wird, dass der Durchschnittstäter in der Rechtfertigungs-(Sonder-)Situation regelmäßig überhaupt nicht (auch nicht am Rande) an das Fehlen rechtfertigender Umstände denkt (*Krümpelmann* GA 1968 129, 132),⁴² kann der zweite Lösungsansatz

18

⁴⁰ Vgl. *Arm. Kaufmann* JZ 1955 37, 38; *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 271 f („psychologische Unmöglichkeit“); *Welzel* MDR 1952 584, 585 m. Fußn. 5; *Jakobs* 6/57 („psychologisch monströs“); ausführliche Kritik an diesem Argument von *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 355 ff.

⁴¹ Grundlegend zur von der h. M. im Kontext des Tatvorsatzes anerkannten Rechtsfigur des Mitbewusstseins *Platzgummer* Die Bewusstseinsform des Vorsatzes, Habil. Innsbruck 1964 S. 81 ff; zust. *Schünemann* GA 1985 341, 350 m. w. N.

⁴² Weiter *Paeffgen* GedS *Arm. Kaufmann*, 399, 403 (in der Psyche ohne reales Substrat); *Samson* Strafrecht I S. 125. Auch die Verteidigung des Ansatzes durch *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 366 ff – Mitbewusstsein liegt auch dann vor, wenn jemand vom zukünftigen Geschehen eine konkrete Vorstellung hat, die bestimmte Momente (hier: eine Rechtfertigungssituation, T. R.) gerade nicht beinhaltet – kann nicht über den hier vorgenommenen Kunstgriff einer *Fiktion* hinwegtäuschen. Indem Verf. (aaO S. 381 ff) im Weiteren den in § 17 angelegten Verant-

(„Umkehrungsthese“) jedenfalls nicht unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut in § 16 Abs. 1 S. 1 abgelehnt werden. Denn dort ist nur der Vorsatz bezüglich solcher Umstände geregelt, die für das Unrecht positiv vorliegen müssen (*Ch. Schmid* Tatbestand und Rechtfertigung S. 100; *Samson* Strafrecht I S. 125).⁴³ Es erscheint nur konsequent, bei einer Unrechtsbestimmung, die objektiv neben der Tatbestandserfüllung das Fehlen rechtfertigender Umstände voraussetzt, auch subjektiv neben der Kenntnis der Tatumstände das Fehlen der (irrigen) Annahme von Rechtfertigungsgründen zu fordern (*Roxin* AT I § 14 Rdn. 70).⁴⁴

- 19 Im Ergebnis sind Tatbestand und Rechtswidrigkeit nach hier vertretener Ansicht wegen der skizzierten Besonderheiten formal getrennt, bilden aber eine Wertungsstufe, so dass letztlich von einem formell dreistufigen Deliktsaufbau mit zwei Wertkategorien (Unrecht/Schuld) auszugehen ist.
- 20 **b) Rechtfertigung und Gesamtrechtsordnung.** Die Frage, ob die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit eines Verhaltens einheitlich für alle Teilrechtsordnungen bestimmt werden muss, oder ob insoweit rechtsgebietsspezifisch unterschiedliche Rechtswidrigkeitsurteile möglich sind, ist bis heute nicht abschließend geklärt.⁴⁵ Speziell für das Strafrecht lassen sich in dieser unter dem Topos „**Einheit der Rechtsordnung**“ kontrovers geführten Diskussion jedoch zunächst einige Bereiche absichten, über deren Behandlung überwiegend Konsens besteht.
- 21 Die (Straf-)Rechtswissenschaft ist sich einmal einig darüber, dass der im Zivilrecht oder Öffentlichen Recht als rechtmäßig (oder gar geboten) eingestufte Eingriff in ein strafatbestandlich geschütztes Rechtsgut auch im strafrechtlichen Sinne gerechtfertigt ist und keine Sanktionen auslöst.⁴⁶ Es wäre höchst widersprüchlich, wenn ein und dasselbe

wortungsgrundsatz (mit der Möglichkeit der Anknüpfung an das Täterverhalten) auf § 16 überträgt, um ein für den Rechtsblinden durch *dolus ignorantiae iuris causa* begründetes doloses Handeln zu begründen, bricht er mit der herkömmlichen Vorsatzdogmatik und dem Gesetz; selbst *Jakobs* 8/56, der eine ähnliche Vernormativierung des Vorsatzbegriffes vorschlägt, hält diese Problemlösung de lege lata wegen Eindeutigkeit des Wortlauts von § 16 für ausgeschlossen.

⁴³ So schon *Arth. Kaufmann* JZ 1956 353, 357 (zu § 59 a. F.) m. w. N.; auch *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 151 m. Fußn. 114 u. S. 251 m. Fußn. 135.

⁴⁴ Weiter *Schroth* FS *Arth. Kaufmann*, 595, 600; *Rudolphi* SK § 16 Rdn. 12 – jeweils ohne der LdT zu folgen. Ferner *Schünemann* GA 1985 341, 350; *Samson* Strafrecht I S. 125; krit. dagegen *Paeffgen* NK Rdn. 17; *ders.* Verrat S. 78 ff; *ders.* GedS *Arm. Kaufmann*, 399, 402 f.

⁴⁵ Immer noch grundlegend *Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung (1935); zur Rezeptionsgeschichte dieser Arbeit eingehend *Baldus* Die Einheit der Rechtsordnung, Diss. Frank-

furt a. M. 1995 S. 178 ff; monographisch mit umfassenden Nachweisen weiterhin *P. Kirchhof* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung (1978); *H. L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss (1983); *Felix* Einheit der Rechtsordnung (1998); *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit (2004) (der zutr. darauf hinweist, dass es sich beim Grundsatz von der Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils entgegen der traditionellen Betrachtungsweise weder um ein rechtstheoretisches noch um ein verfassungsrechtliches Gebot, sondern um ein einfachrechtliches Phänomen handelt, aaO S. 69 ff, 89 ff, 249 ff); speziell zur (von ihm zumeist abgelehnten) Anwendbarkeit zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe im Strafrecht *Hellmann* Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht (1987).

⁴⁶ Pars pro toto *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 197; *Pawlik* Notstand S. 240 f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 32; *Rühl* JuS 1990 521, 524; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 27; *Seebode* FS Klug II, 359, 367; *Schlehofer* MK Rdn. 10; so bereits *Stock* GerS 101 (1932) 148, 150.

Verhalten von einer Teilrechtsordnung als rechtmäßig – das Opferinteresse damit als rechtlich nicht schutzwürdig – bewertet und gleichzeitig bestraft würde. Die Nichtberücksichtigung einschlägiger Erlaubnissätze verletzte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns (hier in der Ausprägung der Erforderlichkeit: Strafrecht als „ultima ratio“) ebenso wie das Prinzip der Rechtssicherheit (ausführlich *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 298 ff, 307 ff, 317 f). Insofern ist es zutreffend, unter Hinweis auf die „Einheit der Rechtsordnung“ die Rechtfertigungsgründe dem Gesamtbereich der Rechtsordnung zu entnehmen (vgl. RGSt 61 242, 247; BGHSt 11 241, 244 f). Auch ist unbestritten, dass die im Zivil- oder Öffentlichen Recht ausgewiesene Rechtswidrigkeit einer Handlung allein keine hinreichende Bedingung strafatbestandlicher Verhaltenskriminalisierung darstellt; nicht alles, was verboten ist, ist strafwürdiges Unrecht (statt vieler *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 8; *Perron* FS Lenckner, 227, 233 f);⁴⁷ vielmehr stellt der Gesetzgeber aus der Fülle rechtswidriger Verhaltensweisen nur diejenigen Verhaltensnormverstöße, die er für besonders sozialschädlich hält, unter Strafe. In dieser Abweichung zwischen Strafrecht und anderen Teilrechtsgebieten zeigt sich lediglich der **fragmentarische Charakter des Strafrechts** (näher *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 297; *Günther* ZStW 102 [1990] 269, 279). Die Gefahr kollidierender Rechtswidrigkeitsurteile besteht hier nicht.

Problematisch und heftig umstritten ist dagegen, ob ein strafrechtlich erlaubtes Verhalten, das gleichzeitig von einer zivil- oder öffentlich-rechtlichen Verbotsnorm erfasst wird, auch im außerstrafrechtlichen Rechtsgebiet rechtmäßig sein muss, m. a. W.: Gibt es eine **spezifische Strafrechtswidrigkeit**, deren Verneinung im Einzelfall die Möglichkeit eröffnet, dasselbe Verhalten z. B. als zivil- oder polizeirechtswidrig zu qualifizieren? **22**

Eine überlieferte, bis heute stark vertretene Meinung lehnt die Kategorie einer besonderen, auf den Binnenbereich des Strafrechts beschränkten Strafrechtswidrigkeit zumeist ohne weitere Problematisierung ab.⁴⁸ Das Recht bilde eine in sich geschlossene Einheit, in der gespaltene Rechtswidrigkeitsurteile nicht zu akzeptieren seien. Dieselbe Handlung oder eine Handlung derselben Art könne nicht zugleich verboten und erlaubt sein. Materielle Unterschiede in der Unrechtsbestimmung zwischen den Teilrechtsordnungen schlugen sich auf Tatbestandsebene und bei den Rechtsfolgen (Strafe, Schadensersatz etc.) wider, während die (formale) Rechtswidrigkeit des Verhaltens einheitlich anhand der gesamten Rechtsordnung festzustellen sei (H. A. *Fischer* Rechtswidrigkeit S. 115; *Engisch* Einheit der Rechtsordnung S. 57 f; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 10). **23**

⁴⁷ Weiter *Eser* FS Nishihara, 41, 53; *Schmitz* Verwaltungshandeln S. 38 f; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 183 m. Fußn. 68.

⁴⁸ Grundsätzlich ablehnend etwa *Appel* Verfassung und Strafe S. 455 ff; *Bacigalupo* GedS Arm. Kaufmann, 459, 468 ff; *Cortes Rosa* in Coimbra-Symposium S. 183, 205 ff; *Eser* FS Lenckner, 25, 45; *ders./Burkhardt* Strafrecht I Fall 9 A Rdn. 43; *Hassemer* NJW 1984 351, 352; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 10; *ders.* GedS Tjong, 50, 60; *ders.* FS Uni Köln, 399, 411 ff; *ders.* in *Eser/Perron* S. 27, 35 f; *Jescheck/Weigend* § 31 III 1 m. Fußn. 18; *Arth. Kaufmann* JZ 1992 981 f; *Kern* ZStW 64 (1952) 255, 262; *Lackner/Kühl* Rdn. 4; *Rudolphi* GedS

Arm. Kaufmann, 371, 376 (der aber die Teilbarkeit des Rechtswidrigkeitsurteils anerkennt und die Gleichbewertung eines Verhaltens für alle Rechtsgebiete nur unter dem gleichen Aspekt fordert); *Samson* SK⁵ Rdn. 37 (anders *ders.* JZ 88 800, 802); *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 8; *Weber* JZ 1984 276 ff; *Welzel* Strafrecht § 10 II 3; *Wolter* FS GA, 269, 297 ff; auch *Geiger* FS Tröndle, 647, 651. Die Rechtsprechung beruft sich in der Sache seit langem auf den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, vgl. RGSt 34 249, 250 f; 59 404, 406; 61 242, 247; BGHSt 11 241, 244; 48 307, 310; OLG Celle ZfW 1987 126, 128.

24 Dagegen hält eine insbesondere in der Literatur stark vertretene Ansicht unterschiedliche Rechtswidrigkeitsurteile in einer einheitlichen Rechtsordnung nicht nur für möglich, sondern angesichts der Besonderheiten des jeweils rechtsgebietspezifischen Unrechts sogar für geboten, will man nicht Ungleiches gleich behandeln, sondern sachgerecht differenzieren (näher *P. Kirchhof* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten S. 5 ff; *Günther* SK Rdn. 31; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 180 f).⁴⁹ Diese These ist am gründlichsten von *H. L. Günther* in seiner Habilitationsschrift „Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß (1983)“ und einer Reihe von Folgebeiträgen⁵⁰ ausgearbeitet worden.⁵¹ *Günther* tritt für eine Abkopplung des Straftatmerkmals „(Straf-)Rechtswidrigkeit“ vom Merkmal der Rechtswidrigkeit i. S. d. Allgemeinen Rechtslehre ein. Das Strafrecht und damit der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff ziehe – anders als der allgemeine Rechtswidrigkeitsbegriff – keine Grenze zwischen erlaubtem und pflichtwidrigem Verhalten. Vielmehr würden aus dem großen Bereich der Gesamtrechtsordnung unter strafrechtsspezifischen Aspekten nur diejenigen rechtswidrigen Verhaltensweisen herausgefiltert, die mit der schwersten Sanktion, der Strafe, geahndet werden sollen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordere für einen derart schweren Eingriff in die Freiheitsrechte der Bürger qualifiziertes Unrecht. Diese Abschichtung leisteten zunächst (positiv) die Straftatbestände, die unter dem Aspekt der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit Strafunrecht vertypten. Die gleiche Aufgabe komme aber (negativ) den Strafunrechtsausschlussgründen zu, die ebenfalls sicherstellen müssten, dass nur solches Verhalten dem strafbarkeitsrelevanten Bereich zugeordnet werde, das die strafrechtsspezifische Form der Verhaltensmissbilligung verdiene. Diese spezifisch strafrechtliche Sanktion würde verfehlt, wenn die strafrechtlich relevante Rechtswidrigkeit mit dem allgemeinen Rechtswidrigkeitsurteil der Gesamtrechtsordnung gleichgesetzt würde. Letzteres bilde nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung dafür, dass Unrecht mit Relevanz für das jeweilige Rechtsgebiet vorliege (*Günther* SK Rdn. 31). *Günther* kennt hier neben den allgemeinen „unechten“ Strafunrechtsausschlussgründen (Rechtfertigungsgründe wie §§ 32, 34 und hoheitliche Eingriffsrechte), die ein strafatbestandsmäßiges Verhalten für die gesamte Rechtsordnung als rechtmäßig ausweisen, auch „genuin strafrechtliche echte Strafunrechtsausschlussgründe“. Sie regelten, unter welchen Voraussetzungen das Strafrecht auf seine strafrechtsspezifisch gesteigerte Missbilligung der Tat ausnahmsweise verzichte. Beispiele seien u. a. §§ 193, 218a, 240 Abs. 2, 253 Abs. 2, Einwilligung, mut-

⁴⁹ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 36 ff; *Derksen* Handeln auf eigene Gefahr, Diss. Bonn 1992 S. 13 f; *Heghmanns* Grundzüge S. 110 ff; *Jakobs* 11/5 f; *Kindhäuser* AT § 15 Rdn. 10; *Kratzsch* Verhaltenssteuerung S. 324 f; *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 12; *Paeffgen* NK Rdn. 41 f; *Pawlik* Notstand S. 210 f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 33 ff; *ders.* FS Oehler, 181, 195; *Schall* FS Roxin, 927, 937 ff; *Schlehofer* MK Rdn. 2 ff; *ders.* Vorsatz und Tatabweichung S. 73 ff; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 7 Rdn. 21; *Tröndle/Fischer* Rdn. 2. *Kirchhof* (Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten S. 30 ff, 38) sieht im Topos der Einheit der Rechtsordnung vornehmlich einen zunächst an den Gesetzgeber, aber auch an den Rechtsanwender adressierten „*Vereinheitlichungsauftrag*, der Wertungsunter-

schiede in einzelnen Rechtssätzen nicht vermeiden kann, jedoch einen planmäßigen systematischen Rechtsfindungsprozess fordert, der mit einer einheitlichen Lösung abschließt“ (kursiv im Original); zust. *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 95 f; *Hellmann* Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe S. 104 f; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 180 ff; auch *Jahn* Staatsnotstand S. 390, 393 m. diesbezüglich weiterführenden Nachw. zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

⁵⁰ U. a.: *Günther* in *Eser/Fletcher* I S. 363 ff; *ders.* FS H. Lange, 877 ff; *ders.* FS Spendel, 189 ff; *ders.* in *Coing* u. a. S. 421 ff.

⁵¹ Zusammenfassung wichtiger Ergebnisse und Thesen bei *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 394 ff.

maßliche Einwilligung, verschiedene Formen der notstandsähnlichen Lage⁵² und Züchtigungsrecht (*Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 395; *ders.* SK Rdn. 41).⁵³ Auf eine prägnante Formel gebracht: „Der Rechtfertigungsgrund legalisiert, der Strafunrechtsausschließungsgrund entkriminalisiert die strafatbestandsmäßige Handlung“ (*Günther* SK Rdn. 41; *ders.* FS Grünwald, 213, 220).

Den Ausgangsüberlegungen *Günthers* stimmen viele Autoren – nicht nur in der Strafrechtswissenschaft – zu.⁵⁴ Sie sind in der Tat bestechend (einfach) und weisen eine hohe Überzeugungskraft auf. So will es gerade bei Annahme einer einheitlichen – Tatbestand und Rechtswidrigkeit übergreifenden – Wertungsstufe des Unrechts (näher dazu Rdn. 12 ff) nicht recht einleuchten, warum die besonderen Anforderungen, die der Gesetzgeber an das im Straftatbestand vertyppte (strafwürdige) Unrecht stellt, nicht auch die Deliktsstufe der Rechtswidrigkeit beeinflussen sollen. Hier müsste es danach für einen Strafunrechtsausschluss⁵⁵ bereits ausreichen, wenn beim Vorliegen bestimmter Gründe die Tat nur unter die Strafwürdigkeitsschwelle sinkt, mag sie auch in anderen Rechtsgebieten noch als rechtswidrig bewertet werden. Dieser Befund einer ansonsten drohenden Asymmetrie innerhalb der Unrechtskategorie lässt die Annahme einer **Strafrechtswidrigkeit** sachlich durchaus berechtigt erscheinen (vgl. *Perron* FS Lenckner, 227, 234; *Paeffgen* NK Rdn. 41). Auch ist es bei den auf bestimmte Tatbestände bezogenen „echten“ Strafunrechtsausschließungsgründen (z. B. §§ 193, 240 Abs. 2, 253 Abs. 2) jedenfalls plausibel, sie an den strikten Anforderungen des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Gesetzmäßigkeitsprinzips zu messen, während für die echten Rechtfertigungsgründe nur

25

⁵² Hierunter fasst *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 395 die Pflichtenkollision, den Nötigungsnotstand, die Präventivnotwehr, die unter Missachtung ihrer sozial-ethischen Einschränkungen geübte Notwehr und die Tötung todgeweihten Lebens im defensiven Lebensnotstand.

⁵³ *Roxin* FS Oehler, 181, 182 f weist treffend darauf hin, dass sich bei den Rechtsfolgen der echten Strafunrechtsausschließungsgründe herkömmliche Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe mischen. Während diese in der Irrtums- und Teilnahmelehre mehr den Rechtfertigungsgründen gleichen, ähneln sie im Notwehrrecht eher den Entschuldigungsgründen.

⁵⁴ Deutlich im Strafrecht etwa *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 36 ff; *Brauer* Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, Diss. Trier 1988 S. 115 ff; *Jahn* Staatsnotstand S. 393 f; *Schünemann* in *Hirsch/Weigend* S. 147, 162 m. Fußn. 51; *ders.* in *Coimbra-Symposium* S. 149, 175; ferner *Amelung* in *Grundfragen* S. 85, 92 ff; *ders.* JZ 1982 617; 619 f; *Arm. Kaufmann* FS Klug II, 277, 291; *Krey* Verdeckter Ermittler S. 307 (krit. *ders.* AT 1 § 11 Rdn. 405 m. Fußn. 12); *Kuhlen* Umweltstrafrecht in Deutschland

und Österreich (1994) S. 173; *Küper* JZ 1983 88, 95; *Otto* AT § 8 Rdn. 13 f; *Paeffgen* NK Rdn. 41 ff; *Perron* FS Lenckner, 227, 234; *Renzikowski* Nostand S. 130 f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 33 ff; *ders.* FS Oehler, 181, 195; *Schild* AK Vor § 13 Rdn. 116 ff (122); *Schünemann* GA 1985 341, 352 f; *ders.* FS R. Schmitt, 117, 127; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 179, 185: „theoretisch hochbefriedigende Konzeption“; den Grundgedanken betreffend auch *Rudolphi* GedS *Arm. Kaufmann*, 371, 372 f. Zu den Befürwortern aus anderen Rechtsgebieten s. nur *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 296 ff sowie die Nachw. bei *Günther* SK Rdn. 35 u. *ders.* in *Eser/Fletcher* I S. 363, 380 m. Fußn. 41; zu vergleichbaren Überlegungen in der japanischen Strafrechtswissenschaft *Günther* in *Coing* u. a. S. 421, 425 m. w. N.

⁵⁵ Terminologische Bedenken am Begriff „Strafunrechtsausschließungsgrund“ äußern *Rudolphi* GedS *Arm. Kaufmann*, 371, 373 (besser „strafbefreiende Unrechtsminderungsgründe“); *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken S. 46 (besser: „Strafwürdigkeitsausschluss“); ferner *Weber* JZ 1984 276, 277; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 177; *Schünemann* GA 1985 341, 352.

Art. 20 Abs. 3 GG gelten soll (*Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 231 ff; *Paeffgen* NK Rdn. 43).

26 Gleichwohl bereitet der Vorschlag, im Strafrecht zwei Klassen von Rechtfertigungsgründen anzuerkennen,⁵⁶ von denen die echten Erlaubnissätze wie Notwehr und Notstand „Durchschlagskraft“ für die Gesamtrechtsordnung besitzen, während die echten Strafunrechtsausschließungsgründe (etwa das Züchtigungsrecht und verschiedene Formen der notstandsähnlichen Lage) nur im Binnenbereich des Strafrechts gelten sollen, in den praktischen Konsequenzen große Schwierigkeiten.⁵⁷ Mit vielen Stimmen in der Literatur ist schon zu bestreiten, dass die von *Günther* bisher benannten echten Strafunrechtsausschließungsgründe – die er einer dritten, zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung angesiedelten Kategorie zuweist – überhaupt benötigt werden, um in den einschlägigen Fallkonstellationen eine Straffreistellung sachgerecht zu begründen.⁵⁸ So schließt die Einwilligung nach hier und in der Lehre stark vertretener Ansicht bereits den Tatbestand aus, während die in den §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 geregelten Verwerflichkeitsklauseln als Tatbestandsergänzungen fungieren (näher dazu Rdn. 154 ff und 40). Verschiedene der von *Günther* den echten Strafunrechtsausschließungsgründen zugewiesenen Fälle der notstandsähnlichen Lage entpuppen sich als Fälle der Entschuldigung, die auf Schuldebene befriedigend gelöst werden können (so richtig *Roxin* FS Oehler, 181 ff; *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 375; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 10). Auch in den verbleibenden Fallkonstellationen (§§ 193, 218a,⁵⁹ mutmaßliche Einwilligung und weitere Konstellationen der notstandsähnlichen Lage) vermochte *Günther* bisher nicht den Nachweis zu führen, dass seine Lösung der hergebrachten Lehre überlegen ist. Misslich ist hier zunächst, dass beim Vorliegen eines echten Strafunrechtsausschlussgrundes allein das strafwürdige Unrecht entfällt, die Tat aber nach allgemeinen Maßstäben rechtswidrig und damit notwehr- bzw. nothilfefähig bleibt. Das führt nicht nur in Konstellationen der notstandsähnlichen Lage (etwa der Pflichtenkollision),⁶⁰ des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218a)⁶¹ und der mut-

⁵⁶ So ausdrücklich *Günther* FS Spindel, 189 ff; zust. *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 39.

⁵⁷ Es ist auffällig, dass die Zustimmung zu *Günthers* Konzeption fast nur die Grundaussage und ihre Herleitung betrifft, während die Identifikation und Ausformung der einzelnen echten Strafunrechtsausschließungsgründe erhebliche Kritik erfährt, vgl. nur *Roxin* FS Oehler, 181 ff (zur notstandsähnlichen Lage); *ders.* FS Jescheck, 457, 468; *ders.* JuS 1988 425, 430 f (zum Züchtigungsrecht des Lehrers); *ders.* JuS 2004 177, 178 f (zum elterlichen Züchtigungsrecht); *Schünemann* in Coimbra-Symposium S. 149, 181 (zu Konstellationen der notstandsähnlichen Lage). Anders aber sein Schüler *Reichert-Hammer* Politische Fernziele und Unrecht, Diss. Tübingen 1991 S. 235 ff; *ders.* JZ 1988 617 ff.

⁵⁸ In diesem Sinne (nach Durchmusterung der Fallgruppen) *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 374 ff; *Hirsch* FS Uni Köln, 399, 411 ff; *Jakobs* 11/4 m. Fußn. 10a; *Schl Schröder/Lenckner* Rdn. 8; weiter *Cortes*

Rosa in Coimbra-Symposium S. 183, 205 ff: „keine Daseinsberechtigung“ (am Beispiel der rechtfertigenden Pflichtenkollision und der mutmaßlichen Einwilligung); ablehnend jedenfalls hinsichtlich der notstandsähnlichen Lage und des Züchtigungsrechts auch *Roxin* AT I § 16 Rdn. 128, § 17 Rdn. 41. Selbst Befürworter der Konzeption *Günthers* sehen für Strafunrechtsausschließungsgründe in der Praxis keinen nennenswerten Anwendungsbereich, so *Schünemann* FS R. Schmitt, 117, 127; *Perron* FS Lenckner, 227, 234; auch *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 187 m. Fußn. 84.

⁵⁹ In der 2. Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung hat sich das BVerfG (E 88 203, 273) dafür ausgesprochen, dass ein strafgesetzlicher Rechtfertigungsgrund jedenfalls im Bereich des Schutzes elementarer Rechtsgüter Wirkung für die gesamte Rechtsordnung hat.

⁶⁰ So darf nach *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 331 ff bei einer Kollision gleichwertiger Handlungspflichten (der Vater kann nur

maßlichen Einwilligung zu wenig sachgerechten Ergebnissen.⁶² Auch wer sich in Wahrnehmung berechtigter Interessen beleidigend äußert oder etwa als Elternteil sein Kind züchtigt, ist u. U. zulässigen Notwehr(hilfe)aktionen seines Gegenübers oder Dritten ausgesetzt. Das kann zur Eskalation von Gewalt und damit zu gravierenden Störungen des Rechtsfriedens führen.⁶³ Am Beispiel des – neu geregelten – elterlichen Züchtigungsrechts lässt sich zudem gut eine Kernkritik an der Lehre vom Strafunrechtsausschluss aufzeigen. Es wird zu Recht die Beliebigkeit moniert, mit der sich echte Strafunrechtsausschlussgründe an den im Tatbestand ausgewiesenen gesetzgeberischen Wertungen vorbei *praeter legem* vom Richter entwickeln lassen.⁶⁴ Günthers These, dass das (über Gebühr beanspruchte) elterliche Züchtigungsrecht zwar das Strafunrecht ausschließe, die Züchtigung familienrechtlich aber verboten bleibe,⁶⁵ harmoniert zwar mit § 1631 Abs. 2 BGB n. F.⁶⁶ und vermeidet – wie vom Gesetzgeber ausweislich der Motive erwünscht – eine „Kriminalisierung der Familie“. Dennoch findet sich für diesen nach kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen vorgenommenen Strafunrechtsausschluss kein Anhaltspunkt im Gesetzestext. Fehlt es aber an gesetzlichen bzw. gewohnheitsrechtlich/dogmatisch abgesicherten Rechtfertigungs- oder sonstigen Strafbefreiungsgründen, kann es bei nach § 223 tatbestandsmäßigem Verhalten „nicht Aufgabe des Richters sein, zusätzliche außergesetzliche Strafunrechtsausschlussgründe zu schaffen“ (Roxin AT I § 17 Rdn. 41; *ders.* JuS 2004 177, 178; zust. Hoyer FamRZ 2001 521, 523).⁶⁷ Wenn Günther auf die Besorgnis mangelnder Bestimmtheit der Strafunrechtsausschlussgründe mit dem Hinweis pariert, der Rechtsanwender bleibe „an den naheliegenden Wortsinn, an die Grundentscheidungen des historischen Gesetzgebers, an in der Gesamtrechtsordnung

eines seiner beiden Kinder vor dem Brandtod retten) eine dritte Person zugunsten des anderen Kindes Nothilfe üben. Es ist verfehlt, hier keine vollständig gerechtfertigte Tat des Vaters anzunehmen; denn diesem war es objektiv unmöglich, beide Kinder zu retten. Auch birgt Günthers Lösung die Gefahr, dass durch die Behinderung des Vaters letztlich kein Kind gerettet wird; richtig Roxin FS Oehler, 181, 185 ff; *ders.* AT I § 16 Rdn. 128; dort auch weitere Kritik an der Behandlung der notstandsähnlichen Lage durch Günther; zust. Rudolphi GedS Arm. Kaufmann, 371, 375; auch Hirsch LK¹¹ Rdn. 10.

⁶¹ In Fällen des indizierten Schwangerschaftsabbruchs nähert sich Günther Strafrechtswidrigkeit S. 384 f allerdings wieder der h.M. an und verneint ein Nothilferecht.

⁶² Selbst die besonders heikle Frage, ob Amtsträgerhandeln (auch) auf die – im Vergleich mit den hoheitlichen Eingriffsbefugnissen weiteren – allgemeinen Notrechte (insbes. §§ 32, 34) gestützt werden kann, lässt sich ohne Rückgriff auf die Lehre Günthers beantworten, dazu ausführlicher Rönnau/Hohn LK § 32 Rdn. 219 f.

⁶³ Näher Roxin FS Oehler, 181, 185 ff; *ders.* in Eser/Fletcher I S. 229, 254 f (zum Züchti-

gungsrecht des Lehrers); zust. Rudolphi GedS Arm. Kaufmann, 371, 375; Hoyer FamRZ 2001 521, 524 („strafrechtlich tolerierte Schlägerei“); Beulke FS Hanack, 539, 544. Auf das Notwehr(hilfe)problem weisen auch Paeffgen NK Rdn. 43 u. Wolter FS GA, 269, 299 hin.

⁶⁴ Günther (Strafrechtswidrigkeit) bildet als neue Strafunrechtsausschlussgründe die „notstandsähnliche Lage“ (S. 326 ff), das elterliche Erziehungsprivileg (S. 352 ff) und das Erziehungsprivileg des Lehrers (S. 355 ff).

⁶⁵ Günther FS H. Lange, 877, 895 f; auch Reichert-Hammer JZ 1988 617; Moritz JA 1998 704, 709.

⁶⁶ § 1631 Abs. 2 BGB n. F.: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“

⁶⁷ Auch Lagodny Strafrecht vor den Schranken S. 477: Es muss gefragt werden, „ob der Gesetzgeber die von den „Härtefall“-Abwägungen erfaßten Sachverhalte bewußt regeln wollte oder nicht. Allein über die Rechtfertigungsgründe kann diese Frage naturgemäß nicht beantwortet werden“ (kursiv im Original).

objektivierte gesetzliche Wertungen gebunden“ (SK Rdn. 43), kann das die Bedenken nicht wirklich zerstreuen. Denn sein am vorstehenden Beispiel des elterlichen Züchtigungsrechts demonstriertes methodisches Vorgehen⁶⁸ verdeutlicht gut die Gefahr eines Überspiels des Gesetzeswortlauts, wenn auf Unrechtsebene gleichsam eine zweite Rechtswidrigkeits-/Strafwürdigkeitsprüfung eingeführt wird.⁶⁹ Dass hier die Befürchtung eines – unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung – problematischen Zuwachses an Richtermacht⁷⁰ sowie einer Verwischung der für die Strafrechtsdogmatik zentralen Grenzlinie zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld aufkommt,⁷¹ verwundert nicht. *Jakobs* (11/4 m. Fußn. 10a) weist zudem mit Recht darauf hin, dass weder das Vorliegen von Bagatellunrecht die Tatbestandsverwirklichung noch der Grenzfall eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtfertigung hindert.⁷² Letztlich muss auch *Günther* für die Rechtsanwendung im konkreten Fall bei jedem seiner Strafunrechtsausschlussgründe dahingehend Farbe bekennen, welche Folgen aus seiner Einstufung für die Teilnahme-, Irrtums- und Notwehrlehre zu ziehen sind, ob also etwa das Täterverhalten „rechtswidrig“ und damit teilnahme- und notwehrfähig ist oder nicht.⁷³ Wägt man den Vorteil der Lehre vom Strafunrechtsausschlussgrund – müheloses Erklären divergierender Aussagen zur Rechtswidrigkeit von Verhaltensweisen, die unter verschiedenen Wertungsaspekten beurteilt werden (so zutr. *Otto* AT § 8 Rdn. 13) – mit den skizzierten Nachteilen ab, spricht bis zur befriedigenden Klärung der aufgeworfenen Fragen mehr gegen die Konzeption von *Günther*. Es wird hier daher der h. M. gefolgt, die auf den Binnenbereich des Strafrechts beschränkte Rechtfertigungsgründe ablehnt.

27 Ungenau ist es, wenn die Begriffe **Rechtswidrigkeit** und **Unrecht** gleichbedeutend verwendet werden (so etwa von *Mezger* LK⁸ Einl. Bem. III 1, Vor § 51 Bem. 9). Während

⁶⁸ Formulierung *Günthers* in FS H. Lange, 877, 895 f: „... kommt als dogmatisches Vehikel zur Vermeidung einer Kriminalisierung ein entsprechender Strafunrechtsausschlussgrund in Betracht, den entweder der Gesetzgeber oder praeter legem Judikatur und Strafrechtswissenschaft bilden können.“

⁶⁹ Nachdrücklich gegen diese Strafwürdigkeitslösung *Weber* JZ 1984 276, 277; *Wolter* FS GA, 269, 296 ff; *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken S. 476 f.

⁷⁰ Vgl. dazu *Weber* JZ 1984 276, 277; *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 376; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 10.

⁷¹ So etwa *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 10; *ders.* FS Uni Köln, 399, 414; *Bacigalupo* GedS Arm. Kaufmann, 459, 468 f; *Gössel* GA 1993 276, 277; *Lackner/Kühl* Rdn. 4; *Jakobs* 11/4 m. Fußn. 10a; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I Fall 9 A Rdn. 43; auch *Hassemer* NJW 1984 351, 352.

⁷² Ebenso *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 8 u. *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 377, beide mit dem Hinweis darauf, dass auch geringfügiges Unrecht strafrechtlich relevantes Unrecht bleibe, wie schon die §§ 153, 153a StPO zeigen. Dass in Grenzsituationen einer Rechtfertigung die prozessuale Erledi-

gung einer materiell-rechtlichen Lösung vorzuziehen ist (so *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 8; auch *Hassemer* NJW 1984 351, 352), bestreitet *Günther* SK Rdn. 43; *ders.* FS H. Lange, 877, 899.

⁷³ Wird der Rechtsanwender aber auch hier wieder auf die Bipolarität von „rechtswidrig“ oder „rechtmäßig“ und damit auf den formellen Rechtswidrigkeitsbegriff zurückgeworfen, fragt man sich, ob sich der „Ausflug“ in die materielle Rechtswidrigkeit (konkret: die Abstufung strafwürdigen von sonstigem Unrecht) wirklich gelohnt hat, wenn unter Rückgriff auf die herkömmliche Dogmatik ebenfalls sachgerechte oder gar befriedigendere Ergebnisse erzielt werden. *Appel* Verfassung und Strafe S. 455 ff weist die Lehre *Günthers* aus normentheoretischen Gründen zurück, da es vor dem Hintergrund einer Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen nur einen einheitlichen Rechtswidrigkeitsbegriff geben könne. Auch *Gössel* GA 1984 520, 522 bezweifelt, dass *Günther* seine Differenzierung zwischen echten und unechten Strafausschlussgründen normentheoretisch zum Ausdruck bringen könne.

die Rechtswidrigkeit lediglich den Widerspruch zur (Gesamt-)Rechtsordnung angibt (ein Verhalten ist rechtswidrig oder nicht rechtswidrig), bedeutet das Unrecht etwas Substantielles, nämlich das als rechtswidrig gewertete Verhalten selbst. Es gibt deshalb zwar keine verschiedenen Grade der Rechtswidrigkeit (eine Tat kann nicht mehr oder weniger rechtswidrig sein),⁷⁴ wohl aber – je nach dem Wert des verletzten (oder gefährdeten) Rechtsguts wie auch der Intensität des Angriffs – Unrecht von größerem oder geringerem Gewicht (*Welzel* Strafrecht § 10 II 3; *ders.* Strafrechtssystem S. 18 f; *Engisch* FS DJT I, 401, 402; *Jescheck/Weigend* § 24 I 1).⁷⁵ Eine Sachbeschädigung ist so rechtswidrig wie ein Mord, aber das Unrecht eines Mordes wiegt ersichtlich unendlich viel schwerer als das unberechtigte Zerstören eines Tisches. Im Hintergrund dieser Unterscheidung steht die Bestimmungs- und Bewertungsfunktion der Norm (vgl. dazu *Jescheck* LK Vor § 13 Rdn. 43). Ist ein tatbestandsmäßiges Verhalten als rechtswidrig einzustufen, ist es dem Ver- oder Gebot nicht gelungen, den Normadressaten zu rechtskonformem Verhalten zu bestimmen. Beim Unrecht wirkt sich die Bewertungsfunktion der Norm aus, da der Gesetzgeber die einzelnen Deliktstatbestände im Unrechtsgehalt abgestuft hat. Außerdem ist der Unterschied zwischen **Verhaltens-**(Handlungs- oder Unterlassungs-) und **Erfolgsunrecht** zu beachten. Bei ersterem geht es um die einem Verbot oder Gebot zuwiderlaufende Handlung bzw. Unterlassung, bei letzterem um einen der Rechtsordnung widersprechenden objektiven Zustand. Das strafrechtlich relevante Unrecht knüpft funktionsgemäß stets an das Verhaltensunrecht an. Daneben tritt nach herrschender personaler Unrechtslehre⁷⁶ beim vollendeten (Erfolgs-)Delikt als vollwertiges Unrechtselement das Erfolgsunrecht,⁷⁷ das beim Vorsatzdelikt maßgeblich durch die Höhe des durch die rechtswidrige Handlung begründeten Unrechts bestimmt wird und beim Fahrlässigkeitsdelikt die Strafbarkeit in der Regel erst auslöst, weil eine folgenlose sorgfaltswidrige Handlung das erforderliche Unrechtsquantum nicht aufweist (vgl. *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 58). Möglich ist aber auch Verhaltensunrecht ohne gleichzeitiges Erfolgsunrecht (z. B. beim Versuch) und – strafrechtlich irrelevant – reines Erfolgsunrecht. Die Rechtfertigungsfrage bezieht sich auf das Verhaltensunrecht. Deshalb ist es möglich, dass eine Üble Nachrede (§ 186) gemäß § 193 gerechtfertigt ist, durch diese aber, wie sich später klärt, objektiv die Unwahrheit gesagt wird und daher – zivilrechtlich für die quasinegatorische Unterlassungsklage bedeutsam – ein ehrverletzender Zustand entstanden ist (*Münzberg* Verhalten und Erfolg S. 377, 394, 417; *Hirsch* FS Dreher, 211, 231).

⁷⁴ Missverständlich daher *Kern* ZStW 64 (1952) 255 ff, der von „Graden der Rechtswidrigkeit“ spricht, in der Sache aber abstufbares Unrecht meint.

⁷⁵ So auch *Bockelmann/Volk* § 12 A IV; *Cortes Rosa* in Coimbra-Symposium S. 183; *Günther* SK Rdn. 16 ff unter Hinweis auf die Existenz einer speziellen „Strafrechtswidrigkeit“; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 11; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 147 f; *Arth. Kaufmann* ZStW 76 (1964) 543, 553; *ders.* FS Lackner, 185, 187 f; *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 27 ff; *Lackner/Kühl* Vor § 13 Rdn. 18; *Lenckner* Notstand S. 32 ff; *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 16; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 3; *Samson* SK⁵ Rdn. 2; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 51. *Koriath* JRE 2003

317, 332 f hält – zu Unrecht – aus logischen Gründen die Graduierung von Unrecht für ausgeschlossen.

⁷⁶ Umfangreiche Nachw. bei *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 52.

⁷⁷ Dagegen versucht eine monistisch-subjektive Unrechtslehre, den Erfolg aus dem Unrecht zu eliminieren; grundlegend *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Diss. Bonn 1973; weitere Nachw. bei *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 59. Kritische Auseinandersetzung dazu bei *Roxin* AT I § 10 Rdn. 96 ff m. w. N.; eine ablehnende Gesamtwürdigung dieser Lehre liefert *Mylonopoulos* Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Diss. Saarbrücken 1981.

- 28** **Praktische Bedeutung** hat die Frage der **Einheit der Rechtsordnung** vor allem für die Notwehr (Rechtswidrigkeit des Angriffs) und die Teilnahmelehre (Rechtswidrigkeit der Haupttat), aber auch für die Irrtumslehre: Beachtlich ist nur der Irrtum über das Unrecht der mit Strafe bedrohten Tat, nicht aber der Irrtum über die Strafbarkeit.
- 29** c) **Rechtfertigung und Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit.** Im Schrifttum wird teilweise zwischen formeller Rechtswidrigkeit – als dem Verstoß gegen das positivrechtlich Gesollte – und materieller Rechtswidrigkeit unterschieden, wobei letztere der ersteren übergeordnet und deshalb ein Verhalten trotz formeller Rechtswidrigkeit gerechtfertigt sein soll, weil es an der materiellen Rechtswidrigkeit fehle (bahnbrechend zur Differenzierung v. *Liszt* StrafR 12./13. Aufl. (1903) S. 140 f; zur Dogmengeschichte eingehend *Heinitz* Materielle Rechtswidrigkeit S. 4 ff; *ders.* FS Eb. Schmidt, 266, 285 ff).⁷⁸ Die materielle Rechtswidrigkeit wird inhaltlich bestimmt als „der Unwertgehalt einer Handlung mit Rücksicht auf die Beeinträchtigung des durch die betreffende Norm geschützten Rechtsgutes“, die „Gesellschaftsschädlichkeit“ eines Verhaltens, der „Verstoß gegen die herrschenden Kulturanschauungen“ oder die „Sozialethik“ usw. (vgl. z. B. *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 42; *ders./Weigend* § 24 I 2; *Heinitz* Materielle Rechtswidrigkeit S. 118; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 20).⁷⁹ Als Gesichtspunkte einer aus dem Gedanken der materiellen Rechtswidrigkeit abgeleiteten überpositiven Rechtfertigung finden sich u. a.: das Prinzip „angemessenes Mittel zum richtigen Zweck“ (v. *Liszt/Schmidt* AT § 32 B II), der Grundsatz „des mangelnden und des überwiegenden Interesses“ (*Mezger* Strafrecht § 27), der „Mehr-Nutzen-als-Schaden“-Grundsatz (*Sauer* AT § 13 I 3 f) und die Möglichkeit, Rechtfertigung auch dann anzunehmen, wenn das Gesetz keinen anwendbaren Rechtfertigungsgrund enthält, wenn aber die Zwecke, die der Gesetzgeber mit der Aufstellung der Strafvorschrift erreichen wollte, im konkreten Fall hinter höherrangigen Interessen zurücktreten müssen (*Jescheck/Weigend* § 24 I 3 b).
- 30** Gegenüber dem Begriffspaar erheben sich **Bedenken**; es kann zudem als überflüssig und überholt gelten (krit. insbesondere *Hafer* AT § 18 I; *Kern* ZStW 64 [1952] 255, 262; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 50).⁸⁰ Die im Mittelpunkt stehende Frage, nach welchen Maßstäben die Rechtsprechung den Katalog der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe ergänzen kann, ist entschärft, seit der übergesetzliche rechtfertigende Notstand zum Gewohnheitsrecht erstarkte, zusätzlich, seit er in § 34 gesetzlich geregelt worden ist (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 13; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 149 m. Fußn. 350). Was das Ausfüllen von Lücken des Rechtfertigungskatalogs angeht, unterliegt das Strafrecht den allgemeinen Regeln der juristischen Hermeneutik. Der Strafrichter ist dort, wo er, weil es sich um Strafeinschränkung handelt, zur Lückenausfüllung berufen ist, methodisch nicht freier gestellt als ein Richter in anderen Rechtsgebieten. Soweit Rechtfertigungsgründe über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus bejaht werden sollen, muss das deshalb durch zulässige Analogie oder sonstige vom geltenden Recht ausgehende, anerkannte hermeneutische Verfahrensweisen gedeckt sein (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 13; anders *Roxin* AT I § 14 Rdn. 10 u. 12) – was auf Grund von Rechtsanalogie beim übergesetz-

⁷⁸ Ebenfalls *Graf Dohna* Rechtswidrigkeit S. 38 ff; aus der jüngeren Literatur *Roxin* AT I § 14 Rdn. 4 ff; *Jescheck/Weigend* § 24 I 2, 3; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 20 f.

⁷⁹ *Nagler* GerS 111 (1938) 41, 80; *Mezger* LK⁸ Vor § 51 Bem. 9 f. Siehe aber auch *Nagler* FS Frank I, 339, 343 ff.

⁸⁰ Weiterhin *Bockelman/Volk* § 15 A III; *Schmidhäuser* FS Lackner, 77, 79; *Tröndle/Fischer* Vor § 13 Rdn. 24; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 149 m. Fußn. 350.

lichen rechtfertigenden Notstand der Fall war. Zur Gefahr, sich auf dem Wege über die materielle Rechtswidrigkeit aus der Bindung an das geltende Recht zu lösen, s. auch *Jescheck/Weigend* § 24 I 3 b und *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 149 m. Fußn. 350. Im übrigen zu diesen Fragen noch Rdn. 59, 79 f.

Soweit der Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit vornehmlich außerhalb der Rechtfertigungsproblematik Bedeutung zugemessen wird (vgl. insbesondere *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 42; *ders./Weigend* § 24 I 3 b), erscheint sie ebenfalls ungenau und überflüssig. Denn teils handelt es sich um Fragen, die in die schon der formellen Rechtswidrigkeit vorgelagerte Rubrik der (restriktiven) teleologischen Auslegung der Tatbestände gehören (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 14; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 149 m. Fußn. 350); teils geht es, nämlich bei der Abstufung der Schwere des Rechtsverstoßes, um den Unterschied von Rechtswidrigkeit und (graduierbarem) Unrecht (*Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 50; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 14).⁸¹

d) **Rechtfertigung, rechtsfreier Raum und Frage schlichten Unrechtsausschlusses.** Tatbestandsmäßiges Verhalten ist nach herrschender Auffassung entweder rechtswidrig oder gerechtfertigt (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 16; *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 18 f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 29 f).⁸² Eine Reihe von Autoren bejaht als dritte Möglichkeit, dass eine Tatbestandsverwirklichung lediglich „unverboten“ und deshalb aus diesem Grunde als nicht rechtswidrig einzustufen sei. Man beruft sich dabei zumeist ausdrücklich auf die Lehre vom rechtsfreien Raum (*Binding* Handbuch Bd. I S. 765 f; *Arth. Kaufmann* FS Maurach, 327 ff; *ders.* in JZ 1992 981, 984 u. FS P. Schneider, 158, 176 klarer: „rechtswertungsfreier Raum“⁸³ [kursiv im Original]);⁸⁴ im Ergebnis stimmen damit auch die Anhänger der „Neutralitätslehre“ überein (*Beling* Lehre vom Verbrechen, S. 168; *Blei* I § 63 II; *Otto* Pflichtenkollision S. 108, 122 ff).⁸⁵ Zur Begründung wird angeführt, dass es Konfliktlagen gebe, in denen eine Bewertung des Verhaltens als rechtswidrig oder gerechtfertigt von Rechts wegen nicht getroffen werden könne und eine Einordnung als „nur

⁸¹ Auch *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 42 m. Fußn. 36: in der Sache nichts anderes als die Unterscheidung zwischen ‚Rechtswidrigkeit‘ und ‚Unrecht‘; dazu Rdn. 27.

⁸² Weiter *Archangelskiy* Lebensnotstand S. 17 ff; *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 16; *Duttge* in *Schünemann* u. a. S. 369, 372 ff; *Eser* Schwangerschaftsabbruch S. 95 ff; *Gropp* AT § 6 Rdn. 31; *Hirsch* FS Bockelmann, 89, 97 ff; *Jescheck/Weigend* § 31 VI 2; *Künschner* Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht S. 323 ff; *Lenckner* Notstand S. 15 ff; *Renzikowski* Notstand S. 172 f; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 176; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 8 m. w. N.; *Schünemann* in *Coimbra-Symposium* S. 149, 168; *ders.* in *Hassemer* u. a. S. 145, 149 ff.

⁸³ Zum rechtswertungsfreien Raum aus rechtsphilosophischer Sicht *Lindner* ZRph 2004 87 ff m. w. N. in Fußn. 9.

⁸⁴ Ferner *Arth. Kaufmann* JuS 1978 361, 366; *ders.* Grundprobleme der Rechtsphilosophie S. 191, 204 f; *ders.* Rechtsphilosophie

S. 226 ff m. w. N.; *Comes* Rechtsfreier Raum S. 94 ff; *Dingeldey* Jura 1979 478, 482; *Fehsenmeier* Strafrechtswertungsfreier Raum S. 151 ff; *Koriath* JRE 2003 317, 325 ff (in *echten* Kollisionsfällen); *Lindner* JZ 2006 373, 382 (für bestimmte Ausnahmetatbestände der aktiven Sterbehilfe); *Philipps* ARSP 52 (1966) 195, 204 ff; *Priester* FS *Arth. Kaufmann*, 499 ff (für „unrechtsfreien Raum“ in bestimmten Fällen); *Schild* JA 1978 449 ff, 570 ff, 631; im älteren Schrifttum ebenso *Nagler* FS *Frank* I, 339, 341; *H. Mayer* AT S. 191. Zur gesellschaftlichen Funktion des rechtsfreien Raumes *Hee-Won Kang* Gesetzesflut und rechtsfreier Raum, Diss. Freiburg i. Br. 1990 S. 174 ff.

⁸⁵ Weiter *Otto* AT § 8 Rdn. 199 ff; *ders.* Jura 2005 470, 472. So im älteren Schrifttum auch *Beling* Grundriß, 11. Aufl. (1930) S. 14 f; *Baumgarten* Notstand S. 30; *Mezger* LK⁸ Vor § 51 Bem. 101 (S. 353); *Kern* ZStW 64 (1952) 255, 257.

entschuldigt“ nicht sachgemäß (*Arth. Kaufmann* JZ 1992 981, 983: „im höchsten Maße ungerecht“) wäre.⁸⁶ Als Beispiele dienen jene „rechtlich wie auch menschlich problematischen“ Lebenssachverhalte, in denen „gleichwertige oder rational nicht bewertbare Güter bzw. Pflichten miteinander kollidieren“; zu den Konflikten, in denen zweifelsfrei eine Abwägung „Leben gegen Leben“ vorzunehmen ist, zählen neben den Notstandsindikationen beim Schwangerschaftsabbruch (die in den Beiträgen *Arth. Kaufmanns* ganz im Vordergrund stehen, vgl. nur FS Maurach, 327, 338 ff; JZ 1992 981 ff; FS P. Schneider, 158, 172 ff), vor allem Fälle, welche die h. M. dem entschuldigenden Notstand (etwa die Situation der sog. Gefahrengemeinschaft) oder der Pflichtenkollision zuordnet (s. die einschlägigen Fallgruppen bei *Schünemann* in Hassemer u.a. S. 145, 150 ff). Mangels rational einsichtiger, allgemein verbindlicher Entscheidungskriterien ziehe die Rechtsordnung in solchen tragischen Fällen ihre Normen zurück und verzichte auf eine Wertung. Es fehle insofern sowohl an einem Verbot als auch an einer Erlaubnis; vielmehr bleibe ein rechtsfreier Raum, in dem es der freien sittlichen, allein vor dem eigenen Gewissen zu verantwortenden Entscheidung des einzelnen überlassen sei, was er zu tun habe (vgl. *Arth. Kaufmann* FS Maurach, 327, 336 ff). In späteren Abhandlungen verwirft *Kaufmann* die Formulierung vom „Zurückziehen der Normen“ und spricht statt vom „rechtsfreien“ vom „rechtswertungsfreien“ Raum, verteidigt aber entschieden die Kategorie des „Unverbotenen“ (JZ 1992 981, 983 ff; Grundprobleme der Rechtsphilosophie S. 204 f; Rechtsphilosophie S. 226 ff).⁸⁷

- 33** Diese deliktsrechtliche Version der Lehre vom rechtsfreien Raum kann nicht überzeugen. Der Gedanke des rechtsfreien Raumes ist entwickelt worden mit dem Blick auf Lebensbereiche, die das Recht von vornherein, weil einer rechtlichen Regelung nicht zugänglich oder bedürftig, als „tatbestandsfreien“ oder „rechtssatzfreien“ Raum unregelt lässt (vgl. *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie Bd. I [1892] S. 375 ff, 386; *Larenz* Methodenlehre 6. Aufl. [1991] S. 371). Als Beispiele werden genannt: Liebe, Freundschaft, Erholung, Vergnügen sowie Religion und Kunst (*Engisch* ZStaatsW 108 [1952] 385, 389, 409 f). Insofern hat diese Lehre in ihrer klassischen Form in einer liberalen Rechtsordnung durchaus ihre Berechtigung.⁸⁸ Eine Ausdehnung auf deliktsrechtliche Konfliktfälle ist aber nicht möglich. Die Annahme, dass sich die Rechtsordnung

⁸⁶ Wenn *Koriath* (JRE 2003 317, 332) in der Annahme eines rechtswidrigen (und damit missbilligenswerten), aber – wegen der besonderen Motivationslage – entschuldigten (und damit nicht strafbedürftigen) Verhaltens eine widersprüchliche Argumentation der h. M. sieht, ist das vor dem Hintergrund der allgemein akzeptierten Funktion der Kategorien Rechtswidrigkeit und Schuld nicht nachvollziehbar.

⁸⁷ Jenseits des Themas liegen Phänomene wie das von den USA in Guantanamo unterhaltene Gefangenenlager, wo die Welt derzeit einen „Machtmissbrauch durch Bildung (faktisch, T. R.) rechtsfreier Räume“ (*Schünemann* in Hassemer u. a. S. 145, 150) beobachten kann. Vgl. auch *Engisch* ZStaatsW 108 (1952) 385, 424: „Tatsächliches Versagen der Rechtsmacht im Einzelfalle schafft noch keinen rechtsfreien Raum.“

⁸⁸ Grundlegend zur Frage, ob es im Bereich zwischenmenschlicher Beziehungen eine „Freiheit von der Rechtsordnung“ gibt, *Engisch* ZStaatsW 108 (1952) 385 ff. *Hirsch* (FS Bockelmann, 89, 92 ff) und *Roxin* (AT I § 14 Rdn. 27) legen zutreffend dar, dass die theoretischen und logischen Einwände, mit denen die Denkmöglichkeit eines rechtsfreien Raumes von vornherein bestritten wird, nicht durchgreifen; auch *Schünemann* in Hassemer u. a. S. 145, 150; dazu schon *Arth. Kaufmann* FS Maurach, 327, 332 ff. Anders *Renzikowski* Notstand S. 172 f: „Darin liegt eine Verwechslung von ‚rechtsfrei‘ mit ‚staatsfrei‘.“ Gegen einen „rechtsfreien Raum vor dem Unrechtstatbestand“ *Wolter* FS GA, 269, 282 unter Hinweis auf die Menschenwürdegarantie und den Kern der Autonomie des Menschen, die einen solchen „rechtsfreien Raum“ grundsätzlich verbieten.

hier jeder Bewertung enthalte, ist schon deshalb verfehlt, weil tatbestandsmäßiges Verhalten gegen ein Rechtsgut gerichtet ist. Bereits die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens – also der vom Gesetzgeber für strafwürdig befundene Angriff auf ein von ihm für schützenswert gehaltenes Gut – impliziert seine rechtliche Relevanz und fordert eine Entscheidung darüber heraus, ob die Tat rechtswidrig oder rechtmäßig ist (vgl. nur *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 17; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 29; *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 16).⁸⁹ Infolgedessen lässt sich nicht davon sprechen, dass hier eine Rücknahme oder ein Verzicht der rechtlichen Wertung zugunsten des rechtsfreien Raumes erfolge. Indem vielmehr die Rechtfertigung an das Vorliegen einer Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung, d. h. eine dem generellen Normbefehl unterfallende Handlung geknüpft ist, bleibt sie dem rechtlichen Regelungsbereich verhaftet. Gerade weil in den fraglichen Fällen ein rechtlich grundsätzlich negativ beurteiltes Verhalten nicht als rechtswidrig eingestuft wird, muss eine rechtliche Bewertung der betreffenden Konfliktlage tatsächlich stattgefunden haben, damit die Ausnahme und der Übergang von der normalerweise sich ergebenden Rechtswidrigkeit zu deren Fehlen erklärt werden kann. Es geht also dort, wo die Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens verneint wird, um nichts anderes als „weitere Akte einer rechtlichen Regelung“ (*Lenckner* Notstand S. 20; zust. *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 17; *Paeffgen* NK Rdn. 55). Liegt aber ein tatbestandsmäßiges Verhalten vor, kann sich die Rechtsordnung nicht einfach zurückziehen, sondern muss die Auflösung des Konflikts regeln. So ist etwa beim indizierten Schwangerschaftsabbruch rechtlich zu entscheiden, innerhalb welcher Grenzen Eingriffe in das Rechtsgut gestattet sein sollen.⁹⁰ Sonst würde eine für Schwangere und Ärzte untragbare „Rechtslage“ entstehen, die dem Bestreben des Gesetzgebers, den Schwangerschaftsabbruch in den in § 218a anerkannten Indikationsfällen zu ermöglichen, widerspräche (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 17).⁹¹ Andererseits läuft in den Fällen, in denen die h. M. einen nur entschuldigenden Notstand bejaht, die unter Berufung auf einen rechts(wertungs)freien Raum erfolgende Verneinung der Rechtswidrigkeit bzw. Annahme der „Unverbotenheit“ darauf hinaus, dass man den Betroffenen hier hinsichtlich seiner bedrohten Rechtsgüter (vor allem Leben und Leib) rechtlich schutzlos stellen und ihm damit das Notwehrrecht abschneiden würde. Der Hinweis von *Arth. Kaufmann* auf den mündigen, in Konfliktsituationen eigenverantwortlich entscheidenden Bürger und sein Appell an die Toleranz⁹² lösen jedenfalls das Notwehrproblem nicht.⁹³ Die Bemühungen, dem Gesetzgeber und der Rspr. mit Hilfe der Lehre vom

⁸⁹ Weiter *Duttge* in Hassemer u. a. S. 369, 381; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I Fall 9 A Rdn. 42; *Günther* SK Rdn. 56; *Schünemann* in Hassemer u. a. S. 145, 150; *ders.* in Coimbra-Symposium S. 149, 168; auch *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 149 m. Fußn. 349.

⁹⁰ Siehe BVerfGE 39 37, 44 – 1. Fristenregelungsurteil: „Der Staat darf sich seiner Verantwortung auch nicht durch Anerkennung eines ‚rechtsfreien Raumes‘ entziehen, in dem er sich der Wertung enthält und diese der eigenverantwortlichen Entscheidung des Einzelnen überlässt.“; ferner BVerfGE 88 203, 273 ff – 2. Fristenregelungsurteil; krit. dazu *Merkel* NK Vor § 218 Rdn. 13 ff m. w. N. Zur prozeduralen Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs näher *Saliger* in *Bernat/Kröll* S. 124, 138 ff.

⁹¹ Auch *Eser* Schwangerschaftsabbruch S. 95: der Gesetzgeber muss – wenn möglich – eine Wertentscheidung treffen.

⁹² Vgl. *Arth. Kaufmann* JZ 1992 981, 983 ff; *ders.* Grundprobleme der Rechtsphilosophie S. 191, 205; *ders.* Rechtsphilosophie S. 232 ff.

⁹³ Das „rechtliche Chaos“, das *Hirsch* (FS Bockelmann, 89, 103) befürchtet und das nach *Roxin* (AT I § 14 Rdn. 30; zuvor schon in JuS 1988 425, 429 f) z. B. im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs zwischen Abtreibungsgegnern und -befürwortern zu einer „offenen Feldschlacht“ mit erheblichen Verletzungen führen könne, ohne dass dies rechtliche Folgen nach sich zöge, ist von *Kaufmann* nicht geordnet worden. Statt dessen verweist er auf Missverständnisse seiner Lehre und darauf, dass „der Vorwurf,

rechtsfreien Raum ein Alibi zu liefern, sich bei schwierigen und umstrittenen Kollisionsproblemen aus der Verantwortung herauszuhalten, übersehen daher auch die der Rechtsordnung aufgebene Schutzfunktion (*Hirsch* FS Bockelmann, 89, 106 ff, 115; ferner *Gropp* AT § 6 Rdn. 31). Ein rechtsfreier Raum „hinter“ dem Tatbestand ist daher nicht anzuerkennen (*Roxin* AT I § 14 Rdn. 30; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 176; *Eser* Schwangerschaftsabbruch S. 98 f).

- 34** Die Anhänger der Lehre vom rechtsfreien Raum bzw. der „Neutralitätstheorie“ übersehen außerdem, dass es **keinen Unterschied zwischen Rechtfertigung und bloßem Unrechtsausschluss** gibt. Sie sind der Meinung, dass die Begriffe „Rechtfertigung“ und „Erlaubnis“ nur in dem Sinne zu verstehen seien, dass die Rechtsordnung eine *positive* Bewertung des Handelns vornehme, während sie sich beim „einfachen“ Unrechtsausschluss neutral verhalte (*Beling* Lehre vom Verbrechen S. 168; *Mezger* LK⁸ Vor § 51 Bem. 10 1 [S. 353]; *Kern* ZStW 64 [1952] 255, 257; *Arth. Kaufmann* FS Maurach, 327, 335, 336, 341 f). Durch diese Differenzierung werden jedoch die Begriffe „Rechtfertigung“ und „Erlaubnis“ inhaltlich überfrachtet.⁹⁴ Es geht bei ihnen nur darum, dass eine rechtsgutsverletzende (tatbestandsmäßige) Handlung wegen des Vorliegens eines von der Rechtsordnung respektierten Ausnahmegrundes *als nicht* rechtswidrig eingestuft, eben dem Makel des ihr sonst anhaftenden Unrechts entzogen wird (*Lenckner* Notstand S. 22 f; *Gimbernat Ordeig* FS Welzel, 485, 495 f; *Hirsch* FS Bockelmann, 89, 100; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 29 f). Deshalb bedeutet beispielsweise die Rechtfertigung (Erlaubnis) einer in erforderlicher Notwehr begangenen Tötung nicht, dass der Notwehrtäter einen rechtlich erwünschten Erfolg oder eine positiv zu wertende Handlung vorgenommen habe. Da das Recht „nicht mehr sein will als eine Ordnung sozialer Beziehungen, genügt für die rechtliche Bewertung die Feststellung, daß das fragliche Verhalten dieser Ordnung nicht zuwiderläuft“ (*Lenckner* Notstand S. 22 f; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 18, 64, 73; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 1, 30). Für eine Unterscheidung von Rechtfertigungs- und „einfachen“ Unrechtsausschließungsgründen bestehen also weder qualitative noch quantitative Gesichtspunkte; Rechtfertigung und Unrechtsausschluss bezeichnen ein und dasselbe.⁹⁵

2. Einzelfragen der Abgrenzung fehlender Rechtswidrigkeit und schon fehlender Tatbestandsmäßigkeit

Schrifttum

Altpeter Strafwürdigkeit und Straftatsystem, Diss. Tübingen 1989 (1990); *Amelung* Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA 1999 182; *Barton* Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB), StV 1993 156; *Baumann* Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen

die Lehre vom rechtsfreien Raum führe zu einem rechtlosen Naturzustand, absurd ist“ (Rechtsphilosophie S. 227).

⁹⁴ Auch *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 263 f; *ders.* SK Rdn. 56 als Verfechter der Existenz von Strafunrechtsausschließungsgründen lehnt diese Lehre ab, u. a. deshalb, weil der schlichte Unrechtsausschließungsgrund seine Wirkungen nicht auf das Strafrecht beschränkt, sondern rechtsgebietsübergreifend für die gesamte Rechtsordnung gelten soll.

⁹⁵ Im einzelnen zur Kritik der deliktsrechtlichen Version der Lehre vom rechtsfreien Raum und der Differenzierung von Rechtfertigung und bloßem Unrechtsausschluss *Duttge* in Hassemer u. a. S. 369, 376 ff; *Hirsch* FS Bockelmann, 89 ff; *Lenckner* Notstand S. 18 ff; *Jakobs* 13/3; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 26 ff; *ders.* in *Eser/Fletcher* I S. 230, 247 ff; *Schinemann* in Hassemer u. a. S. 145, 149 ff; auch *Maurach/Zipf* § 24 Rdn. 19.

Handlung (Bemerkungen zur Sozialadäquanz und zur Plenarentscheidung des BGH v. 4.3.57), MDR 1957 646; *Beckemper* Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, Jura 2001 163; *A. Bergmann* Das Unrecht der Nötigung (§ 240 StGB), Diss. Marburg 1982 (1983); *M. Bergmann* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, Diss. Mannheim 1987 (1988); *Bernert* Zur Lehre von der „sozialen Adäquanz“ und den „sozialadäquaten Handlungen“, Diss. Marburg 1966; *Bertuleit* Sitzdemonstrationen zwischen prozedural geschützter Versammlungsfreiheit und verwaltungsakzessorischer Nötigung, Diss. Gießen 1993 (1994); *Binavince* Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte (1969); *Binding* Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV: Die Fahrlässigkeit (1919); *Boll* Strafrechtliche Probleme bei Kompetenzüberschreitungen nichtärztlicher medizinischer Hilfspersonen in Notsituationen, Diss. Heidelberg 1999/2000 (2001); *Bottke* Wege der Strafrechtsdogmatik, JA 1980 93; *ders.* Sinn oder Unsinn kriminalrechtlicher AIDS-Prävention? Zugleich Versuch eines vorläufigen Resümees, in Swarc (Hrsg.) AIDS und Strafrecht (1996), S. 277; *Bulla* Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, Festschrift Nipperdey Bd. II (1965) 79; *Cancio Meliá* Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung – Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, GA 1995 179; *Cramer* Zum Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, Festschrift Roxin (2001) 945; *Derksen* Handeln auf eigene Gefahr, Diss. Bonn 1991 (1992); *Deutsch* Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe, Festschrift Welzel (1974) 227; *Dickert* Der Standort der Brauchtumpflege in der Strafrechtsordnung – Dargestellt am Beispiel des Maibaumdiebstahls, JuS 1994 631; *Dietlein* Angelfischerei zwischen Tierquälerei und sozialer Adäquanz – Anmerkungen zu OLG Celle, NStZ 1993, 291, NStZ 1994 21; *Dölling* Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984) 36; *Donatsch* Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, Habil. Zürich 1987; *Dreher* Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, NJW 1970 1153; *ders.* Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift Heinitz (1972) 208; *ders.* Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1973 309; *ders.* Die Sphinx des § 113 Abs. 3, 4 StGB, Gedächtnisschrift Schröder (1978) 359; *ders.* Nochmals zur Sphinx des § 113 StGB, JR 1984 401; *Duttge* Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit – Erwiderung auf Rolf D. Herzberg GA 2001, 568 ff, GA 2003 451; *Ebert/Kühl* Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981 225; *Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Habil. Gießen 1930; *ders.* Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift Mezger (1954) 127; *ders.* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift DJT Bd. I (1960) 401; *Eser* „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? Festschrift Roxin (2001) 199; *Exner* Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910); *Frisch* Vorsatz und Risiko (1983); *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988); *Gänßle* Das behördliche Zulassen strafbaren Verhaltens, eine rechtfertigende Einwilligung? Diss. Dresden 2003; *Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955) 1; *Galperin* Sozialadäquanz und Arbeitskämpfordnung, Festschrift Nipperdey Bd. II (1965) 197; *Geppert* Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? ZStW 83 (1971) 947; *ders.* Die Nötigung (§ 240 StGB), Jura 2006 31; *Gössel* Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Festschrift Bengl (1984) 23; *Graf zu Dohna* Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911) 323; *H. L. Günther* Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnahe? Festschrift Baumann (1992) 213; *Harneit* Überschuldung und erlaubtes Risiko, Diss. Kiel 1983 (1984); *Hassemer* Professionelle Adäquanz, wistra 1995 41, 81; *Hansen* Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht, Diss. Hamburg 1969 (1972); *Herdegen* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Festschrift BGH 25 (1975) 195; *Herzberg* Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), JR 1986 6; *ders.* Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des AIDS-Infizierten, JuS 1987 777; *ders.* AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989 470; *ders.* Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV, in Swarc (Hrsg.) AIDS und Strafrecht (1996) S. 61; *ders.* Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur „vortatbestandlichen“ Deliktsverneinung, GA 1996 1; *ders.* Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, GA 2001 568; *Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Diss. Bonn 1957 (1960); *ders.* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) 78; *ders.* Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen (§ 113 StGB), Festschrift Klug Bd. II (1983) 235; *ders.* Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, Festschrift Lenckner (1998) 119; *Hombrecher* Geldwäsche (§ 261) durch Strafverteidiger? Diss. Kiel

2001; *Jähnke* Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, Gedächtnisschrift Schlüchter (2002) 99; *Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (1972); *ders.* Nötigung durch Gewalt, Gedächtnisschrift H. Kaufmann (1986) 791; *ders.* Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, Festschrift Hirsch (1999) 45; *Kargl* Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB) ZStW 114 (2002) 763; *Armin Kaufmann* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Diss. Bonn 1954; *ders.* Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955 37; *ders.* Das fahrlässige Delikt, ZfRV 1964 41; *ders.* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift Welzel (1974) 393; *ders.* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift Klug Bd. II (1983) 277; *Kienappel* Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1960; *ders.* Das erlaubte Risiko im Strafrecht (1966); *Kindhäuser* Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit – Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA 1994 197; *Klug* Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift Eb. Schmidt (1961) 249; *Knauer* AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik, GA 1998 428; *Krause* Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Jura 1980 449; *D. M. Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko, Diss. Rostock 1994 (1995); *Krauß* Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, ZStW 76 (1964) 19; *Krumpelmann* Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968 129; *Kunert* Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Diss. Bonn 1958; *Küpper* Strafvereitelung und „sozialadäquate“ Handlungen, GA 1987 385; *Lang-Hinrichsen* Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952 302; *Lenckner* Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift H. Mayer (1966) 165; *ders.* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege“, JuS 1968 249; *ders.* Technische Normen und Fahrlässigkeit, Festschrift Engisch (1969) 490; *Lenz* Die Diensthandlung und ihre Rechtmäßigkeit in § 113 StGB, Diss. Bonn 1987; *Lesch* Der Verbrechensbegriff, Habil. Bonn 1997/98 (1999); *Maiwald* Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“, Festschrift Jescheck Bd. II (1985) 405; *Martin* Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Diss. Freiburg 1989; *H.-W. Mayer* Forum: Die ungeschützte geschlechtliche Betätigung des Aidsinfizierten unter dem Aspekt der Tötungsdelikte – ein Tabu? JuS 1990 784; *Mörder* Die soziale Adäquanz im Strafrecht, Diss. Saarbrücken 1960; *Naucke* Straftatsystem und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs. 3 u. 4 StGB), Festschrift Dreher (1977) 459; *Neumann* Zur Systemrelativität strafrechtsrelevanter sozialer Deutungsmuster – am Beispiel der Strafbarkeit von Streiks und Blockadeaktionen, ZStW 109 (1997) 1; *Niemeyer* Bedeutung des § 136 Abs. 3 und 4 StGB bei Pfändung von Sachen, JZ 1976 314; *Nipperdey* Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967 1985; *Oehler* Die erlaubte Gefährdung und die Fahrlässigkeit, Festschrift Eb. Schmidt (1961) 232; *Ostendorf* Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982 333; *Otto* Strafbares Nötigung durch Sitzblockaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die Thesen der Gewaltkommission zu § 240 StGB, NStZ 1992 568; *ders.* „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, Festschrift Lenckner (1998) 193; *Paeffgen* Allgemeines Persönlichkeitsrecht der Polizei und § 113 StGB, JZ 1979 516; *Peters* Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, Festschrift Welzel (1974) 415; *Preuß* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Diss. Freiburg 1974; *Pritt-witz* Die Ansteckungsgefahr bei AIDS – Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken, JA 1988 427; *ders.* Das „AIDS-Urteil“ des Bundesgerichtshofs, StV 1989 123; *ders.* Strafrecht und Risiko, Habil. Frankfurt a.M. 1991/92 (1993); *Ramm* Sozialadäquanztheorie und freiheitlicher sozialer Rechtsstaat, AuR 1966 161; *Rehberg* Zur Lehre vom „erlaubten Risiko“, Diss. Zürich 1962; *Reinhard* Das Bundesverfassungsgericht wechselt die Pferde: Der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, StV 1995 101; *ders.* Abschied vom strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff, NJW 1997 911; *Rengier* AIDS und Strafrecht, Jura 1989 225; *Roeder* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos (1969); *Röttger* Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Diss. Hamburg 1991 (1993); *Rose* Die strafrechtliche Relevanz von Risikogeschäften, wistra 2005 281; *Roxin* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964 373; *ders.* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Diss. Hamburg 1956 (1959; 2. Aufl. 1970); *ders.* Literaturbericht, ZStW 82 (1970) 675; *ders.* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. (1973); *ders.* Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Festschrift Klug, Bd. II (1983) 303; *ders.* Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz, Festschrift Androulakis (2003) 573; *ders.* Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, ZStW 116 (2004)

929; *Rudolphi* Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift Schröder (1978) 73; *ders.* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 371; *Rüthers* Die Spannungen zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AuR 1967 129; *Sax* Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975 137; *ders.* „Tatbestand“ und Rechtsgutsverletzung (I), JZ 1976 9, (II) JZ 1976 429; *Schaffstein* Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960) 369; *ders.* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Festschrift Celle Bd. I (1961) 175; *Schall* Zur Reichweite der verwaltungsbehördlichen Erlaubnis im Umweltstrafrecht, Festschrift Roxin (2001) 927; *Schild* Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampfspiel), Jura 1982 464, 520; *Schlehofer* Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989 2017; *Schmidhäuser* Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Festschrift Schaffstein (1975) 129; *Schöls* Zur Verbindlichkeit des Befehls und zum Irrtum über die Verbindlichkeit (§ 22 WStG), Festschrift Dreher (1977) 479; *Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 575; *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken – Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, Diss. Hamburg 1997 (1998); *Seebode* Die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung in § 113 Abs. 3 und 4 StGB, Diss. Göttingen 1987 (1988); *Sinn* Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, Diss. Gießen 1999/2000 (2000); *Sommer* Die Bedeutung der Sozialadäquanz bei der rechtlichen Bewertung technischer Risiken, Diss. Münster 1986; *Thiele* Verbotensein und Strafbarkeit, JR 1979 397; *Tröndle* Sitzblockade und ihre Fernziele, Festschrift Rebmann (1989) 480; *Hilde Vianden-Grüter (Hilde Kaufmann)* Der Irrtum über die Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA 1954 359; *Waßmer* Untreue bei Risikogeschäften, Diss. Heidelberg 1996 (1997); *v. Weber* Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Mezger (1954) 183; *Weigend* Grenzen strafbarer Beihilfe, Festschrift Nishihara (1998) 197; *Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) 491; *ders.* Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ 1952 19; *ders.* Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, JZ 1952 133; *ders.* Der Irrtum über die Amtspflicht, JZ 1952 208; *ders.* Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1952) 196; *ders.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (1961); *Wimmer* Ambivalenz der verkehrsrichtigen Gefahrhandlung, ZStW 75 (1963) 420; *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Diss. Berlin 1995; *Wolski* Soziale Adäquanz, Diss. Berlin 1989 (1990); *Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Habil. Bonn 1979 (1981); *ders.* Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem – Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit der Norm und zum rechtsfreien Raum „vor dem Tatbestand“, NStZ 1993 1; *ders.* Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, GA 1996 207; *Württemberg* Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift Rittler (1957) 125; *Zaczyk* § 193 StGB als Rechtfertigungsgrund, Festschrift Hirsch (1999) 819; *Zipf* Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970) 633; *ders.* Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht (1970).

Siehe außerdem das Schrifttum Vor Rdn. 5.

a) Sog. **Rechtswidrigkeitsregeln** (früher auch: Rechtspflichtmerkmale) finden sich mit dem Erfordernis der Verwerflichkeit in § 240 Abs. 2⁹⁶ und § 253 Abs. 2, aber auch in § 17 Nr. 1 TierSchG, der die Strafbarkeit der Tötung eines Wirbeltieres davon abhängig macht, dass sie „ohne vernünftigen Grund“ erfolgt. Damit sind Delikte angesprochen, bei denen es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, das verbotene Verhalten durch die Formulierung von Tatumständen präzise zu bestimmen. Die straftatsystematische Ein-

⁹⁶ Wer die Regelung des § 240 Abs. 2 auf die §§ 105, 106 und 108 entsprechend anwendet (so *Lackner/Kühl* § 105 Rdn. 5; *Sch/Schröder/Eser* § 105 Rdn. 10; aA *BGHSt* 23 46,

55; *H. E. Müller* MK § 105 Rdn. 22), muss die Diskussion um die straftatsystematische Einordnung der Verwerflichkeit auch im Zusammenhang mit diesen Delikten führen.

ordnung dieser Rechtswidrigkeitsregeln und damit auch ihre Verortung im Verbrechenaufbau ist umstritten.

- 36** Die Rechtsprechung weist im – nur scheinbaren⁹⁷ – Anschluss an die von *Welzel* begründete Lehre von den sog. offenen Tatbeständen (JZ 1952 19 f; 133 ff; 208 f) jedenfalls das Merkmal der Verwerflichkeit i.S.v. § 240 der Stufe der Rechtswidrigkeit zu (RGSt 77 350, 351 f [noch zur Vorgängerbestimmung: Widerspruch zum gesunden Volksempfinden]; BGHSt [GrS] 2 194, 195 f; 5 245, 246).⁹⁸ Nach dieser Auffassung ist die Beschreibung der tatbestandlichen Merkmale in § 240 Abs. 1 und § 253 Abs. 1 ohne Berücksichtigung des in den jeweiligen Absätzen 2 enthaltenen Erfordernisses der Verwerflichkeit vollständig, obwohl sich die Vertreter dieser Lehre einig darin sind, dass weder die Merkmale in § 240 Abs. 1 noch die in § 253 Abs. 1 stets genügen, um (strafwürdiges) Unrecht zu beschreiben. Nichts anderes ist gemeint, wenn davon gesprochen wird, dass die Verwirklichung des Tatbestands der Nötigung und der Erpressung das Unrecht der Tat nicht „indizierten“ und die Tatbestände daher von offener Natur seien (vgl. zur Erläuterung näher *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 66). Im Gegensatz zu den sog. geschlossenen Tatbeständen, bei denen unter dem Prüfungspunkt „Rechtswidrigkeit“ allein die Frage beantwortet wird, ob das Unrecht der Tat ausnahmsweise wegen Vorliegens einer Erlaubnis ausgeschlossen ist, bedürfe es bei den offenen Tatbeständen auf dieser Stufe noch einer positiven Feststellung (hier durch Bejahung der Verwerflichkeit als Rechtswidrigkeitsmerkmal) der Rechtswidrigkeit.
- 37** Diese Lehre von den offenen Tatbeständen wird in der Lehre heute ganz überwiegend abgelehnt – wobei die Gegenvorschläge teilweise stark voneinander abweichen. Tatsächlich weist das dogmatische Fundament dieser Ansicht einen grundlegenden Mangel auf: Die Annahme eines das Unrecht nicht positiv und abschließend beschreibenden offenen Tatbestands lässt sich mit dem auch von der Rechtsprechung akzeptierten dreistufigen Verbrechenaufbau nicht vereinbaren (so zutreffend *Roxin* Offene Tatbestände S. 131 f; *ders.* AT I § 10 Rdn. 44; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 66). In einem Straftatsystem, das auf der Annahme beruht, bereits der Tatbestandsverwirklichung komme eine eigenständige Rechtswertung zu, ist kein Platz für einen offenen Tatbestand, dem eine solche Wertung gerade nicht entnommen werden kann.
- 38** Völlig bruchlos lassen sich die speziellen Rechtswidrigkeitsregeln in das Straftatsystem nur auf der Basis der – hier letztlich nicht für richtig gehaltenen – Lehre von den negativen Tatbeständen oder der von den Strafunrechtsausschlussgründen (dazu oben Rdn. 11 u. Rdn. 24) integrieren. Für den, der von einem echten Gesamt-Unrechtstatbestand als Folge eines zweistufigen Verbrechenaufbaus ausgeht, der mit Unrecht und Schuld also nur zwei Wertungsstufen kennt (s. näher Rdn. 11 m. Fußn. 16 u. 18), stellt sich das Problem der Zuordnung der Rechtswidrigkeitsregel zu Tatbestand oder Rechtswidrigkeit von vornherein naturgemäß nicht. Wer hingegen in einer speziellen Rechtswidrigkeitsregel einen echten Strafunrechtsausschlussgrund (genauer: Tatbestandsein-

⁹⁷ S. dazu *Roxin* Offene Tatbestände S. 18 f: Die Unterschiede zeigen sich in der Behandlung des Irrtums über die Verwerflichkeit, vgl. Rdn. 41 f.

⁹⁸ Weiter BGHSt 17 328, 331; 18 389, 391 f; 19 263, 268; 23 46, 54 f; 31 195, 200; 34 71, 77; 35 270, 275 f, 279; BayObLG NJW 1963 824; OLG Braunschweig NJW 1976 60, 62; zust. *A. Bergmann* Unrecht S. 171 ff; *Otto*

NStZ 1992 568, 571; *Lackner/Kühl* § 240 Rdn. 25; *Tröndle* FS Rebmann, 480, 482. Dass die Verwerflichkeit eine tatbestandsergänzende Funktion hat (so BVerfGE 73 238, 253; BVerfG NJW 1991 971, 972; 1993 1519; 2002 1031, 1033; BGHSt 35 270, 275 ff), sagt noch nichts über die Zuordnung zu Tatbestand oder Rechtswidrigkeit aus.

schränkungsgrund) sieht (Günther FS Baumann, 213, 217f; ders. SK Vor § 32 Rdn. 52; Schlehofer UK Rdn. 18; ähnlich Sch/Schröder/Eser § 240 Rdn. 16), vermag diese auch mit einem dreistufigen Verbrechensaufbau zu versöhnen. Danach nimmt z. B. das Fehlen der Verwerflichkeit der Nötigung nicht das gesamte Unrecht, sondern lediglich das erhöhte Strafunrecht; dabei bleibt die Tat rechtswidrig, so dass die Rechtswidrigkeitsstufe eine Funktion und daher ihren Sinn behält: Dort entscheidet das Vorliegen einer Erlaubnis (Rechtfertigungsgrund oder unechter Strafunrechtsausschlussgrund) darüber, ob die Tat rechtswidrig ist. Durch die Unterscheidung zwischen allgemeiner Rechtswidrigkeit und spezieller (das qualifizierte Strafunrecht anzeigender) Strafrechtswidrigkeit ist es möglich, über die Verwerflichkeit der Tat zu urteilen, ohne zuvor die Frage zu stellen, ob das Täterverhalten von einem Erlaubnissatz gedeckt ist.

Im Rahmen der klassischen Verbrechenslehre, die drei selbständige Wertungsstufen kennt und deren Vertreter gleichzeitig Rechtswidrigkeit und Unrecht über alle Teilbereiche der Rechtsordnung hinweg einheitlich bestimmen, ergibt sich demgegenüber die Schwierigkeit, dass weder die Einordnung der Rechtswidrigkeitsregel als Tatbestandsmerkmal noch die Einordnung als Element der Rechtswidrigkeit vollständig überzeugen kann. Wer etwa auf dem Standpunkt steht, die Verwerflichkeit sei ein Tatbestandsmerkmal (so Bertuleit Sitzdemonstrationen S. 202; Lenckner JuS 1968 249, 254),⁹⁹ muss sich entgegenhalten lassen, dass damit die Rechtswidrigkeitsebene überflüssig wird, da sich endgültig über die Verwerflichkeit nicht gut ohne Berücksichtigung etwaiger Rechtfertigungsgründe urteilen lässt (Hirsch Negative Tatbestandsmerkmale S. 289 ff; Roxin AT I § 10 Rdn. 45; Sinn Nötigung S. 334 ff).¹⁰⁰ Dieser Kritik meinen die Vertreter der sog. materiellen Abstufungstheorie wirksam begegnen zu können (Hirsch Negative Tatbestandsmerkmale S. 291 ff; ders. ZStW 74 [1962] 78, 118 ff; ders. LK¹¹ Rdn. 21).¹⁰¹ Ihre Lösung kann jedoch nicht befriedigen. Danach soll auf einer ersten Stufe die generelle Verwerflichkeit der Tat ohne Berücksichtigung von Erlaubnissätzen beurteilt, auf einer zweiten Stufe die konkrete Verwerflichkeit unter Einbeziehung der sich aus Rechtfertigungsgründen ergebenden Wertungen geprüft werden: Sozialkonforme, nicht erst ausnahmsweise zulässige Zwangsanwendungen werden damit bereits aus dem Tatbestand eliminiert. Führe die Prüfung dagegen zur Bejahung der generellen Verwerflichkeit, womit der „unrechtsindizierende“ Tatbestand erfüllt sei, schließe sich im Rahmen der Rechtswidrigkeitsregel als zweite Stufe die Frage an, ob ein Rechtfertigungsgrund eingreife. Sei das zu verneinen, so liege auch konkrete Verwerflichkeit und damit die Rechtswidrigkeit der Tat vor. Eine derartige Aufspaltung des Verwerflichkeitsurteils ist auf dem Boden einer Auffassung, die nicht zwischen schlichtem und spezifisch strafrechtlichem Unrecht unterscheidet, jedoch ausgeschlossen. Im übrigen setzt die zweistufige Prüfung einen doppelten Verwerflichkeitsbegriff voraus, für den das Gesetz nichts hergibt (so zu treffend Roxin AT I § 10 Rdn. 45 m. Fußn. 91). Will man spezielle Rechtswidrigkeitsmerkmale wie die Verwerflichkeit hingegen als Rechtfertigungsregel verstehen, steht man

39

⁹⁹ Sch/Schröder/Eser § 240 Rdn. 16 sowie alle Autoren, die von einem gesamtatbewertenden Merkmal ausgehen, s. die Nachw. in Rdn. 40 m. Fußn. 103.

¹⁰⁰ Das Dilemma lässt sich nicht dadurch auflösen, dass man den Schutzbereich der Nötigung von vornherein auf Beeinträchtigungen der rechtlich geschützten Freiheit beschränkt (so Amelung GA 1999 182, 192;

Jakobs GedS H. Kaufmann, 791, 797; Neumann ZStW 109 (1997) 1, 8, da sich auch auf Basis dieser Auffassung die Frage nach dem Prüfungsort von Rechtfertigungsgründen stellt.

¹⁰¹ Zust. Jescheck LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 47; Maurach/Zipf § 24 Rdn. 8 f; ähnlich Jakobs 6/62.

zum einen vor dem Problem, dass der Tatbestand nun kein Unrecht mehr beschreibt: Wer wollte behaupten, dass der Gläubiger Nötigungsunrecht, das nach der drei Wertungsstufen umfassenden Verbrechenslehre lediglich unter dem Vorbehalt seines ausnahmsweisen Entfallens auf Rechtfertigungsebene steht, schon dadurch verwirklicht, dass er seinem säumigen Schuldner androht, er werde die Forderung gerichtlich durchsetzen? Zum anderen spricht auch die dogmatische Struktur der Verwerflichkeit gegen ihre Zugehörigkeit zur Ebene der Rechtfertigung: Sie lässt Ausprägungen des alle Rechtfertigungsgründe kennzeichnenden sog. Minimierungsprinzips¹⁰² vermissen, d.h. die Beschränkung des Eingriffs auf das zur Zielverwirklichung unumgängliche (erforderliche) Maß (*Gropp/Sinn* MK § 240 Rdn. 118; *Sinn* Nötigung S. 343 ff).

- 40** Da spezielle Rechtswidrigkeitsregeln durch Berücksichtigung der Relation zwischen Tatziel und Tatmittel in erster Linie eine Gesamtbewertung der Tat beinhalten, ist der mittlerweile h.L. in ihrer Auffassung zuzustimmen, die die Rechtswidrigkeitsregeln als **gesamttatbewertende Merkmale** klassifiziert (*Roxin* Offene Tatbestände S. 154 f; *ders.* ZStW 82 [1970] 675, 682 f; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 66).¹⁰³ Danach gehören die Grundlagen der Bewertung einer Nötigung/Erpressung als verwerflich bzw. der Tötung eines Wirbeltieres als ohne vernünftigen Grund geschehen zum Tatbestand des jeweiligen Delikts, während das Bewertungsurteil selbst mit der Frage nach der Rechtswidrigkeit der Tat identisch ist. Für diese Einordnung spricht auch, dass etwa das Merkmal der Verwerflichkeit bei der Erpressung exakt dieselbe Funktion übernimmt wie das der Täuschung beim Betrug (*Roxin* AT I § 10 Rdn. 46), ohne dass ernsthaft erwogen würde, die Umstände der Täuschung in den Bereich der Rechtswidrigkeit des § 263 zu verweisen: Hier wird die noch sozialadäquate Ausnutzung von Wissensvorsprüngen zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile abgegrenzt von einer gesellschaftlich nicht mehr akzeptierten Übervorteilung.
- 41** Für den Irrtum des Täters bedeutet die Einordnung der Rechtswidrigkeitsmerkmale als gesamttatbewertend Folgendes: Irrt der Täter über die tatsächlichen oder rechtlichen¹⁰⁴ Voraussetzungen der Bewertung seiner Drohung/seines Gewalteinsatzes als verwerflich bzw. der Tötung als unvernünftig, befindet er sich in einem Tatumstandsirrtum, der gem. § 16 den Vorsatz ausschließt, im umgekehrten Fall (Irrtum zuungunsten des Täters) jedoch eine Versuchsstrafbarkeit begründet, soweit diese vom Gesetz vorgesehen ist. Keine vorsätzliche Nötigung begeht danach z.B. der Erbe, der dem Chefredakteur einer Zeitung wegen nur vermeintlich unrichtiger Darstellungen über den Erblasser mit einer Strafanzeige droht, um den Abdruck einer Gegendarstellung zu erzwingen. Fehlvorstellungen über das Verwerflichkeits- bzw. Unvernünftigkeitssurteil selbst haben als Verbotsirrtümer auf den Schuldpruch gem. § 17 überhaupt nur dann Einfluss, wenn der Täter sie nicht hat vermeiden können und er gleichzeitig zu seinen Gunsten irrt. Wer also ohne Nachzudenken oder um Rat nachzusuchen einen Hund in der Meinung erschlägt, die Tötung sei vernünftig, weil das Tier nicht folgt, macht sich gem. § 17 Nr. 1 TierSchG

¹⁰² S. dazu *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 254 f; *ders.* FS Welzel, 393, 401; *ders.* JZ 1955 37, 40; *Rudolph* GedS Arm. Kaufmann, 371, 389; *Günther* SK Rdn. 75.

¹⁰³ Ebenso *Geppert* Jura 2006 31, 39; *Hansen* Nötigungsunrecht S. 100 f; *Herdegen* FS BGH 25, 195, 200; *Jescheck/Weigend* § 25 II 2; *Krümpelmann* GA 1968 129, 138; *Schaffstein* ZStW 72 (1960) 369, 395 f; *Lackner/Kühl* § 240 Rdn. 25; *Samson* SK⁵

Rdn. 36; *Toepel* NK § 240 Rdn. 139; teilw. zust. *Gropp/Sinn* MK § 240 Rdn. 118.

¹⁰⁴ Es kommt nicht darauf an, ob sich der Irrtum auf den tatsächlichen oder rechtlichen Sachverhalt bezieht; entscheidend ist allein die Unterscheidung zwischen Bewertungsvoraussetzungen (zu denen auch ein Rechtfertigungsgrund gehören kann) und der Bewertung selbst, vgl. *Roxin* AT I § 10 Rdn. 50.

strafbar. Ein Irrtum des Täters über die Bewertung der Tat als verwerflich/unvernünftig zu seinen Ungunsten führt hingegen zur Straflosigkeit (sog. Wahndelikt). Wegen versuchter Nötigung macht sich demnach nicht strafbar, wer in der Annahme, sein Verhalten sei wegen der Störung des Nachbarfriedens verwerflich, seinem Nachbarn mit einer Klage auf Unterlassung der Besitzstörung droht, wenn dieser nicht das auf dem Grundstück des Täters geparkte Fahrzeug entferne.

Unterschiede ergeben sich zu den anderen hier referierten Einordnungsansätzen kaum (Gropp/Sinn MK § 240 Rdn. 195). Insbesondere die Rechtsprechung gelangt auf der Basis der von ihr für richtig gehaltenen Lehre vom offenen Tatbestand – insoweit in Abweichung von Welzel (s. dazu schon Roxin Offene Tatbestände S. 18 f) – zu denselben Ergebnissen wie die hier bevorzugte Lehre (BGHSt [GrS] 2 194, 197 ff; BGH NJW 1954 480; BayObLG NJW 1961 2074, 2075).¹⁰⁵ Ergebniswirksam ist die Einordnung der Rechtswidrigkeitsmerkmale überhaupt nur für den, der die – hier abgelehnte (vgl. Rdn. 96) – strenge Schuldtheorie für richtig hält. Danach führte die Einordnung eines speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmals bei der Rechtswidrigkeit zu einem Verbotsirrtum, während derselbe Irrtum bei Zuordnung des Merkmals zum Tatbestand als Tatbestandsirrtum den Vorsatz ausschloß. Das eigentliche Kernproblem der Rechtswidrigkeitsmerkmale liegt jedoch nicht in der richtigen strafatssystematischen Zuordnung, sondern in ihrer Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG (Sch/Schröder/Lenckner/Eisele Vor § 13 Rdn. 66) – eine Frage, die allerdings im Zusammenhang mit dem jeweiligen Tatbestand gestellt werden muss und auf deren Erörterung hier daher verzichtet wird.

b) Ein sog. Rechtspflichtmerkmal soll mit der **Rechtswidrigkeit der Diensthandlung** 43 nach einer Ansicht in der Literatur auch in § 113 Abs. 3 (ebenso in § 136 Abs. 3) enthalten sein.¹⁰⁶ Angesichts der sehr speziellen, Tatbestands- und Verbotsirrtum gleichermaßen erfassenden¹⁰⁷ Irrtumsregelung des § 113 Abs. 4 entzieht sich das Merkmal der Rechtswidrigkeit hier in noch stärkerem Maße als die Verwerflichkeit in den §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 bzw. die Unvernünftigkeit in § 17 Nr. 1 TierSchG einer klaren dogmatischen Einordnung. Eine wirklich stringente Lösung ist bislang nicht gefunden worden, zumal eindeutige Hinweise des Gesetzgebers, der sich der Eigenartigkeit der in Abs. 4 enthaltenen Regeln durchaus bewusst war (vgl. dazu Prot. IV 305 ff), fehlen. Einen verallgemeinerungsfähigen Schluss auf die Existenz spezieller Rechtswidrigkeits- oder Tatbestandsmerkmale erlauben die in § 113 Abs. 3, 4 enthaltenen Vorschriften gerade wegen ihres sperrigen und strafatssystematisch kaum fassbaren Regelungsgehalts nicht (Hirsch LK¹¹ Rdn. 25), zumal sich diese besondere Art der Normgestaltung daneben nur noch in § 136 findet.

Auswirkungen hat die Diskussion um die richtige Einordnung der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung nur im Hinblick auf den Unrechts- und den Schuldumfang,¹⁰⁸ auf

¹⁰⁵ Weiter BayObLG GA 1962 80, 82; OLG Frankfurt DAR 1967 222, 223; OLG Hamburg NJW 1968 662, 663; 1972 1290; OLG Braunschweig NJW 1976 60, 62; OLG Karlsruhe NJW 1973 378, 380; OLG Koblenz JR 1976 69 m. krit. Anm. Roxin.

¹⁰⁶ Welzel Strafrecht § 14 I 2c; ders. JZ 1952 133, 135; ders. JZ 1953 119 ff; Arm. Kaufmann Normentheorie S. 101, 257, 285 f; ders. FS Klug II, 277 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Sch/Schröder/Eser § 113 Rdn. 19.

¹⁰⁸ Zielinski AK § 113 Rdn. 18; Paeffgen NK § 113 Rdn. 63 m. Fußn. 258; skeptisch in praktischer Hinsicht Bosch MK § 113 Rdn. 26; eine praktische Bedeutung verneinen vollständig Horn/Wolters SK § 113 Rdn. 22; Wessels/Hettinger Rdn. 634.

den *Schuldspruch* hat er keinen Einfluss. Die Rspr. vertrat – noch zu § 113 a.F. – ursprünglich die Auffassung, es handle sich um eine unrechts- und folglich auch schuldgelöste sog. **objektive Bedingung der Strafbarkeit** (RGSt 55 161, 166; BGHSt 4 161, 162 f. m. krit. Anm. *Niese* JZ 1955 327);¹⁰⁹ eine Ansicht, die – mit Modifikationen – auch für die heute geltende Fassung (Irrtumsregelung in Abs. 4) noch geäußert wird.¹¹⁰ Der mit dieser Einordnung verbundene scheinbare Vorteil – der Täter wird infolge der Unrechtsgelöstheit durch die in Abs. 4 enthaltene Irrtumsregelung vermeintlich besser gestellt – ist allerdings um einen (zu) hohen Preis erkaufte: Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit aus dem Kreis der das Unrecht konstituierenden Merkmale belässt danach mit der Anweisung, die Behinderung hoheitlicher Vollstreckungsmaßnahmen – rechtswidrige wie rechtmäßige – zu unterlassen, ein „Rumpfverbot“, dessen Unrechtsgehalt in einem Rechtsstaat nur schwerlich auszumachen ist (*Dreher* GedS Schröder, 359, 369 f; *Paeffgen* NK § 113 Rdn. 65; *Bosch* MK § 113 Rdn. 27). Eine solche Verhaltensvorschrift ließe sich überhaupt nur damit erklären, dass statt staatlicher Vollstreckungstätigkeit durch § 113 die in Abs. 4 S. 2 angedeutete „Vorrangigkeit prozessualer Rechtsbehelfe“ geschützt wird. Dieser Legitimationsansatz kollidiert jedoch seinerseits mit der allgemein anerkannten Möglichkeit, rechtswidrige Amtshandlungen mit den Mitteln der Notwehr abzuwehren.¹¹¹

- 45 Folgt man dieser Kritik und ordnet die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung als Merkmal ein, das das Unrecht des Widerstandleistens mitbestimmt, verbleibt – soweit man nicht mit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen für einen echten Gesamtunrechtstatbestand eintritt – die Frage nach der Zuordnung zu Tatbestand oder Rechtswidrigkeit. Unter den Autoren, die sich für eine Einordnung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit aussprechen, misst insbesondere *Hirsch* (FS Klug II, 235, 243 ff; *ders.* LK¹¹ Rdn. 24)¹¹² dem Merkmal eine deklaratorische Bedeutung zu, das lediglich auf die Möglichkeit der Rechtfertigung des Widerstandleistenden aus einem anerkannten Rechtfertigungsgrund (insbesondere Notwehr) verweise. Gegen diesen Vorschlag spricht aber Folgendes: Wer Widerstand gegen eine *rechtswidrige* Amtshandlung leistet, begeht nach der Meinung *Hirschs* auf der Basis eines dreistufigen Straftatmodells Unrecht, das nur dann ausnahmsweise ausgeschlossen ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift. Auch in Kombination mit dem hier favorisierten unechten zweistufigen Verbrechensaufbau (ohne der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu folgen, vgl. Rdn. 12 ff) repräsentierte der Widerstand gegen *rechtswidriges* hoheitliches Verhalten immerhin noch vertypertes Unrecht. Die Vorstellung, der Widerstand gegen eine das Recht missachtende Diensthandlung könne in Abwesenheit der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes Unrecht darstellen, ist in einer Gemeinschaft, in der Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt gelten, jedoch kaum erträglich. Darüber hinaus lässt sich die Einschätzung des

¹⁰⁹ Weiter RGSt 70 300, 301; BGHSt 21 334, 364 ff; BayObLGSt 1964 34; KG NJW 1972 780, 781; OLG Köln GA 1966 344, 345; VRS 37 (1969) 33, 34.

¹¹⁰ Für eine durch § 113 Abs. 4 modifizierte objektive Bedingung der Strafbarkeit sprechen sich aus KG NJW 1972 780, 781; *Bockelmann* BT 3 S. 147; *Krause* Jura 1980 449, 450; *Reinhardt* NJW 1997 911, 913; *Wessels/Hettinger* Rdn. 633. Nach *Maurach* BT⁵ Nachtr. II S. 11 ff stellt Abs. 3 einen Strafausschlussgrund dar, Abs. 4 ent-

hält hingegen ein spezielles vorsatzfreies Rechtswidrigkeitselement.

¹¹¹ S. dazu BGHSt 4 161, 163; OLG Celle NdsRpfl. 1966 252; OLG Stuttgart NJW 1971 629; KG GA 1975 213, 215; *Schl Schröder/Eser* § 113 Rdn. 19; aA *Thiele* JR 1979 397, 398.

¹¹² Ihm zustimmend *Lenz* Diensthandlung S. 174; ähnlich schon *Welzel* JZ 1952 19 f; zust. mit Abweichungen im Detail *M. Bergmann* Milderung S. 124, 126 f; *Thiele* JR 1979 397, 397 f.

Merkmals der Rechtswidrigkeit als bloßer Hinweis auf die Möglichkeit zur Rechtfertigung aus einem anderen Grund auch kaum mit dem Gesetzestext vereinbaren: Nach § 113 Abs. 3 entfällt die Strafbarkeit schon dann, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Nach der hier abgelehnten Ansicht müsste der Widerstandleistende jedoch zusätzlich die Grenzen der Erforderlichkeit einhalten und zudem mit Gefahrabwendungs-/Verteidigungswillen handeln; Anforderungen, die die Vorschrift des § 113 Abs. 3 an das Verhalten des Täters nicht stellt (*Dreher* JR 1984 401, 404f; *Bosch* MK § 113 Rdn. 30; *Sch/Schröder/Eser* § 113 Rdn. 19). Viele Autoren sehen in der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung demgegenüber einen Rechtfertigungsgrund eigener Art, der nur für den Widerstand gegen Diensthandlungen gilt (OLG Bremen NJW 1977 158, 160; *Dreher* NJW 1970 1153, 1158; *ders.* GedS Schröder, 359, 370 u. 376 ff).¹¹³ Eine derartige Einordnung begegnet zwar dem gegen die Rechtfertigungslösung von *Hirsch* erhobenen Einwand der Unvereinbarkeit mit der Gesetzeslage. Jedoch ist dieser Vorschlag nicht mit allgemeinen Grundsätzen der Rechtfertigungsdogmatik in Einklang zu bringen.¹¹⁴ Danach stellt das im Merkmal der Erforderlichkeit verkörperte sog. Minimierungsprinzip – die Begrenzung eines Eingriffs auf das zur Interessenwahrung Unumgängliche – ein unverzichtbares Element jedes Rechtfertigungsgrundes dar (vgl. die Nachw. in Fn. 102). Auch bedeutete die Anerkennung der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung als Rechtfertigungsgrund einen Bruch mit der heute fast allgemein anerkannten Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements (s. dazu Rdn. 82 ff). Zudem lässt sich die Gleichbehandlung von Rechts- und Tatsachenirrtum in Abs. 4 auf dem Boden der Rechtfertigungslösung nicht erklären (*v. Bubnoff* LK¹¹ § 113 Rdn. 23; *Rudolphi* SK § 136 Rdn. 30; *Sch/Schröder/Eser* § 113 Rdn. 19).

Die Einordnung der Rechtswidrigkeit der Diensthandlung in den Tatbestand des § 113¹¹⁵ kann jedoch ebenfalls nicht restlos befriedigen, bedeutet doch die Irrtumsregelung des Abs. 4 in diesem Fall, dass ein vorsatzloses Tatbestandsmerkmal entsteht, wenn dort in S. 2 angeordnet wird, dass Straflosigkeit nur eintritt, wenn der Täter seinen Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung nicht vermeiden konnte (und ihm überdies nicht zuzumuten war, sich mit Rechtsbehelfen zu wehren) (*Dreher* GedS Schröder, 359, 374; *Bosch* MK § 113 Rdn. 28; *Paeffgen* NK § 113 Rdn. 66). Dies steht in einem klaren Widerspruch zu der Regelung des § 16. Auch die Anweisung des § 113 Abs. 3 S. 2, wonach der Irrtum des Täters über die Rechtswidrigkeit zu seinen Ungunsten keine Strafbarkeit nach sich zieht, passt nicht so recht zur Einordnung als Merkmal eines Vorsatztatbestands.¹¹⁶ Da der Irrtum über einen Tatbestand zuungunsten des Täters in der Regel zur Versuchsstrafbarkeit führt, der Versuch des § 113 jedoch nicht strafbar ist, wäre die Regelung in Abs. 3 S. 2 unter diesem Vorzeichen überflüssig.¹¹⁷ Teilweise wird versucht, die Kollision mit der Vorschrift des § 16 dadurch zu vermeiden, dass die Rechtswidrigkeit als ein Tatbestandsmerkmal gedeutet wird, das aus kriminalpolitischen

¹¹³ Weiter *Bosch* MK § 113 Rdn. 30; *Günther* NJW 1973 309, 310 f; *Herdegen* FS BGH 25, 195, 202 ff; *Lackner/Kühl* § 113 Rdn. 18; *Paeffgen* NK § 113 Rdn. 70; *ders.* JZ 1979 516, 521; *Schölz* FS Dreher, 479, 483; *Seebode* Rechtmäßigkeit S. 109; *Tröndle/Fischer* § 113 Rdn. 10; ähnlich *Niemeyer* JZ 1976 314, 315; *Reinbart* StV 1995 101, 103.

¹¹⁴ Krit. auch *Naucke* FS Dreher, 459, 471.

¹¹⁵ Zu § 113 a.F. *Binding* Lehrbuch II S. 778 ff

sowie die in Fn. 106 Genannten (als sog. Rechtspflichtmerkmal, das das tatbestandliche Unrecht mitkonstituiert, aber außerhalb des Vorsatzbezuges steht).

¹¹⁶ So auch *v. Bubnoff* LK¹¹ § 113 Rdn. 21; *Dreher* GedS Schröder, 359, 373.

¹¹⁷ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift „doktrinäre[n] Missverständnisse[n]“ vorbeugen, vgl. Prot. V 2890; s. auch *Dreher* JR 1984 401, 403.

Gründen dem Vorsatzerfordernis entzogen sei (*Naucke* FS Dreher, 459, 471 f; *Rudolphi* SK § 136 Rdn. 30; *Zielinski* AK § 113 Rdn. 18). In eine ähnliche Richtung geht ein Vorschlag von *Sax* (JZ 1976 9, 15 f; *ders.* JZ 1976 429, 430 f), der – in einem ganz überwiegend abgelehnten Modell – in der Rechtswidrigkeit eine objektive Strafwürdigkeitsvoraussetzung sieht, die das tatbestandliche Unrecht mitkonstituiert, für die jedoch modifizierte Verbotsirrtumsregeln gälten.¹¹⁸ Diese modifizierten Tatbestandslösungen führen jedoch zu einer „Marginalisierung“ (*Paeffgen* NK § 113 Rdn. 67f) der für das Unrecht so zentralen Norm des § 16.¹¹⁹ Die wenigsten dogmatischen Spannungen weist die Deutung des § 113 als eine Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination auf (*Sch/Schröder/Eser* § 113 Rdn. 20).¹²⁰ Sie passt einerseits gut zur Ausgestaltung der Irrtumsregeln in Abs. 4, die im Kern eine dem § 17 entsprechende Anweisung enthält. Andererseits stellt diese Interpretationsvariante sicher, dass die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung rechtsgutbestimmende Funktion erhält, ohne dass es zu einem Bruch mit § 16 kommt. Es bleibt jedoch der berechnete Vorwurf, dass der bloße Fahrlässigkeitsbezug der wesentlichen Bedeutung des Merkmals der Rechtswidrigkeit für das Handlungsunrecht des Widerstandleistens nicht gerecht wird.¹²¹ Ein Verweis auf § 18 kann diese Bedenken nicht zerstreuen,¹²² da dem unechten Unternehmensdelikt des § 113 gerade die erfolgsqualifizierte Delikte kennzeichnende Erfolgsbezogenheit fehlt.¹²³

47 In einigen Strafbestimmungen finden sich gesetzliche Hervorhebungen des allgemeinen Deliktsmerkmals Rechtswidrigkeit, z. B. in § 303 Abs. 1. Hier sah der Gesetzgeber Anlass, ausdrücklich auf die Möglichkeit des Eingreifens von Rechtfertigungsgründen hinzuweisen. Die Terminologie ist dabei nicht einheitlich. Neben dem Begriff „rechtswidrig“ ist gleichbedeutend von „widerrechtlich“ (§ 123) und „unbefugt“ (z. B. § 203) die Rede. Bei „unbefugt“ handelt es sich allerdings nicht immer um einen bloßen Hinweis auf das allgemeine Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit; der Begriff erscheint auch in speziellerer Sinngebung und ist dann Tatbestandsmerkmal (z. B. heißt „unbefugt“ in § 107a „ohne Wahlberechtigung“ und in § 303 Abs. 2 „ohne Einverständnis“, vgl. *Sch/Schröder/Stree* § 303 Rdn. 9b). Als Faustformel zur Bestimmung des jeweiligen Gehalts des Merkmals „unbefugt“ wird verbreitet die sog. Abzugsmethode verwendet: Danach ist ein bloßer Hinweis auf die allgemeine Rechtswidrigkeit gemeint, wenn der verbleibende Normtext nach Abzug des Merkmals „unbefugt“ noch strafwürdiges Unrecht enthält. Ein Tatbestandsmerkmal wird hingegen beschrieben, wenn nach Streichung kein strafwürdiges Unrecht mehr vorhanden ist (vgl. *Roxin* AT I § 10 Rdn. 30). Mehr als eine Faustformel kann diese Gedankenoperation wegen der Verwendung des schillernden Begriffs der Strafwürdigkeit nicht sein. Sonderprobleme ergeben sich bezüglich der Verwendung des Begriffs „rechtswidrig“ in den §§ 242, 246 und 263 (dazu *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 65).

48 c) Nach der auf *Welzel* zurückgehenden Lehre von der Sozialadäquanz fallen Handlungen, die zwar vom Wortlaut einer Strafbestimmung umfasst sind, sich aber völlig im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens bewegen, aus dem Bereich des Unrechts heraus (*Welzel* ZStW 58 [1939] 491, 516 ff, 527; Straf-

¹¹⁸ Ähnlich *Bottke* JA 1980 93, 98; *Schmidhäuser* BT § 22 Rdn. 31; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 162 ff u. 351 ff.

¹¹⁹ Krit. auch *Bosch* MK § 113 Rdn. 28.

¹²⁰ Im Ergebnis ähnlich *Baumann* ZRP 1969 85, 89; *Tiedemann* Prot. IV 204, 208.

Weitergehend *Jakobs* 6/65, der in § 113 Abs. 4 S. 2 ein eigenständiges Verbot abstrakter Vollstreckungsgefährdung sieht.

¹²¹ Zutreffend *Paeffgen* NK § 113 Rdn. 68.

¹²² So aber *Sch/Schröder/Eser* § 113 Rdn. 20 f.

¹²³ *Bosch* MK § 113 Rdn. 29.

recht § 10 IV).¹²⁴ Als Fälle der Sozialadäquanz werden beispielsweise angeführt: Übliche Neujahrsgeschenke an den Postboten,¹²⁵ Verletzungen, die bei ordnungsgemäßer Teilnahme am modernen Straßen-, Schienen- oder Flugverkehr eintreten, Ausschanken von Alkohol an Kraftfahrer (vgl. *Welzel* Strafrecht § 10 IV).¹²⁶ In jüngerer Zeit gewinnt die Lehre insbesondere durch die unter dem Schlagwort „Beihilfe durch berufstypisches Verhalten“ geführte Diskussion an Einfluss.¹²⁷ Streitig ist unter ihren Anhängern, auf welcher Deliktsstufe der Sozialadäquanz Bedeutung zukommen soll. Überwiegend geht man von einer Unrechtseinschränkung auf Tatbestandsebene aus.¹²⁸ Dagegen tritt *Schmid-*

¹²⁴ Ferner *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 33 ff; *Eser* FS Roxin, 199 ff; *Freund* MK Vor § 13 Rdn. 141 f; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 49; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964 41, 50; *Klug* FS Eb. Schmidt, 249, 255 ff (mit abw. Terminologie); *Krauß* ZStW 76 (1964) 19, 45 ff; *Maurach/Zipf* § 17 Rdn. 14; *Peters* FS Welzel, 415, 419 ff; *Schaffstein* ZStW 72 (1960) 369 ff; *Schmidhäuser* AT 9/26 ff; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rdn. 30 f; *Tröndle/Fischer* Rdn. 12; *Zipf* ZStW 82 (1970) 633, 647 ff; teilweise auch *Jescheck/Weigend* § 25 IV 1, 2 („in letzter Linie heranzuziehen“). Näher zur Dogmengeschichte der Lehre von der Sozialadäquanz *Cancio Meliá* GA 1995 179 ff, *Wolski* Soziale Adäquanz S. 10 ff u. *Paeffgen* NK Rdn. 28 ff.

¹²⁵ Dazu ausführlich *Eser* FS Roxin, 199 ff; *Arzt/Weber* BT § 49 Rdn. 35; *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 30; *Lackner/Kühl* § 331 Rdn. 14 m. w. N.

¹²⁶ Nachw. weiterer Beispiele bei *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 49, *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 87 ff u. *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 69. Zu Körperverletzungen im Sport und „Sozialadäquanz“ *Dölling* ZStW 96 (1984) 36, 55 ff u. *Schild* Jura 1982 464, 520, 528; zu brauchtumsbedingten Verhaltensweisen (konkret: „Mairbaumdiebstahl“) und Sozialadäquanz *Dickert* JuS 1994 631, 636 f.

¹²⁷ Dazu etwa *Joecks* MK § 27 Rdn. 54 m. w. N. *Hassemer* wistra 1995 41, 46 und 81 ff entwickelt unter Rückgriff auf die Lehre von der Sozialadäquanz sein Konzept der „professionellen Adäquanz“, nach dem durch die berufsspezifischen Regeln geleitetes „professionell angemessenes“ Verhalten grundsätzlich auch strafrechtsgemäß ist; kritisch dazu etwa *Beckemper* Jura 2001 163, 165 f; *Paeffgen* NK Rdn. 39; *Weigend* FS Nishihara, 197, 200 ff; Die Tatsache, dass Verhalten äußerlich im Rahmen des

Berufsüblichen verbleibt, kann es nicht zu einem sozialadäquaten oder sonst tatbestandslosen machen; auch *Otto* FS Lenckner, 193, 202 f. Die Anwendung der Lehre von der Sozialadäquanz auf den Beihilfetatbestand generell ablehnend *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten S. 63 ff; ebenso bzgl. der Verwirklichung des Geldwäschetatbestands bei Annahme eines Strafverteidigerhonorars OLG Hamburg NJW 2000 673, 675 mit zahlreichen Nachw.; auch BGHSt 47 68, 71; weiterhin *Hombracher* Geldwäsche durch Strafverteidiger? S. 105 ff.

¹²⁸ *Welzel* Strafrecht § 10 IV (in 4. bis 8. Aufl. des Lehrbuchs aber zeitweilig für gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund; krit. dazu *Hirsch* ZStW 74 [1962] 78, 80 ff, 132); weiterhin *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 35; *Dölling* ZStW 96 (1984) 36, 57; *Ebert/Kühl* Jura 1981 225, 226; *Gänßle* Behördliches Zulassen S. 62; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 49; *ders./Weigend* § 25 IV 1; *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 30; *Lackner/Kühl* Rdn. 29; *Otto* AT § 6 Rdn. 71; *Roxin* FS Klug II, 303, 310; *ders.* AT I § 10 Rdn. 36; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 70 u. *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 107 a; *Sommer* Bewertung technischer Risiken S. 68 ff; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rdn. 30; *Tröndle/Fischer* Rdn. 12; *Zipf* ZStW 82 (1970) 633, 644 ff; der Sache nach auch *Sax* JZ 1975 137, 143 f; OLG München NStZ 1985 549, 550. Schon auf „vortatbestandlicher“ Ebene – als „Strafrechtsausschlussgründe“ – will *Wolter* NStZ 1993 1, 8 f u. *ders.* GA 1996 207, 208 ff Sozialadäquanz und erlaubtes Risiko behandeln: Eine strafrechtliche Verhaltensnorm sei von vornherein nicht betroffen; dagegen *Herzberg* GA 1996 1 ff; unentschieden *Paeffgen* NK Rdn. 36; Korrektiv auf der Stufe der „normativen Zurechnung“ oder „Vorfilter“ vor der eigentlichen Tatbe-

häuser AT 9/27 für eine Einordnung erst als Rechtfertigungsgrund ein.¹²⁹ Offengelassen wird dies von *Schaffstein* ZStW 72 (1960) 369, 393 (da für einen auch negative Merkmale umfassenden „Gesamtatbestand“ unerheblich), BGHSt 23 226, 228 und OLG Düsseldorf NJW 1991 1625. Wenn man zur Unrechtseinschränkung jedoch überhaupt auf den Begriff der Sozialadäquanz abstellt, so betrifft er auf der Grundlage der herrschenden, zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene abstufenden Verbrechenslehre (Rdn. 10 ff) bereits die Tatbestandsmäßigkeit, da völlig normale Handlungsweisen aus dem Tatbestand ausgeschlossen werden.

49 Die Lehre von der Sozialadäquanz hat sich in der strafrechtlichen Judikatur nicht prinzipiell durchgesetzt. Zurückgegriffen wird auf sie in BGHSt 23 226, 228; 31 383; das hängt jedoch mit der speziellen Konstruktion des § 86 Abs. 3 („Sozialadäquanzklausel“) zusammen. Außerdem wird der Begriff im Rahmen der Ingerenzfrage bei den unechten Unterlassungsdelikten erwähnt (BGHSt 19 152, 154; 26 35, 38). Dabei geht es allerdings um den speziellen Gesichtspunkt der Bestimmung des relevanten gefährdenden Vorverhaltens; die grundsätzliche Problematik eines Tatbestandskorrektivs „Sozialadäquanz“ bleibt hiervon unberührt. Beiläufig erwähnt wird der Begriff ferner in BGHSt 31 264, 279 (bzgl. §§ 331, 332) und BGHSt 37 226, 231 (bzgl. § 258 Abs. 2). Allgemein bejaht wird die Lehre dagegen vom OLG München NStZ 1985 549 (zu §§ 164, 344)¹³⁰ und OLG Düsseldorf NJW 1991 1625 (zu einer Ordnungswidrigkeit nach dem NRWmschG) – jedoch ohne Erwähnung der Gegenmeinung und der Problematik. Offengelassen und für die betreffenden Tatbestandsrestriktionen als entbehrlich angesehen ist sie in OLG Hamm NJW 1980 2537 (zu § 136) und OLG Düsseldorf NJW 1987 2453 (zu § 344 Abs. 1). Im Schrifttum stößt die Theorie, insbesondere sofern sie pauschal einen „Tatbestandsausschließungs-“ oder Rechtfertigungsgrund annimmt, zunehmend auf Kritik.¹³¹

50 Auch in der Rspr. der Zivilgerichte findet der Begriff der Sozialadäquanz nur vereinzelt Erwähnung (so in OLG München NJW 1966 2406, 2407, während BGHZ [GrS] 24 21, 26 sich nicht auf ihn stützt); zur zivilrechtlichen Diskussion näher *Deutsch* FS Welzel, 227, 237 ff mit Nachweisen. Zu beachten ist zudem, dass im Zivilrecht der

standsprüfung. Nach *Altpeter* Strafwürdigkeit S. 278 zeigt sich das Regulativ der Sozialadäquanz als „echte Verkörperung von Strafwürdigkeitserwägungen“.

¹²⁹ Vgl. auch OLG Celle NStZ 1993 291, 292: „Rechtfertigungsgrund der Sozialadäquanz“ (dagegen *Dietlein* NStZ 1994 21, 22). Weiterhin *Engisch* Vorsatz und Fahrlässigkeit S. 286 f (für Tatbestandsausschluss aber *ders.* FS DJT I, 401, 417 f); *H. Mayer* Lehrbuch (1953) S. 186 f. Differenzierend *Klug* FS Eb. Schmidt, 249, 260 ff: „Sozialkongruenz“ und damit Tatbestandsausschluss bei sozial gebotenen Handlungen, „Sozialadäquanz“ und nur Rechtfertigung bei lediglich erlaubten Handlungen; weiterhin *Gropp* AT § 6 Rdn. 227 ff: bei Fehlen eines rechtlich relevanten Risikos und im Bagatellbereich Tatbestandsausschluss, anderenfalls Rechtfertigungsgrund; differenzierend auch *Mörder* Soziale Adäquanz S. 123 ff.

Für Einordnung als Schuldaußschließungsgrund *Roeder* Sozialadäquates Risiko S. 65 ff, 94.

¹³⁰ Krit. dazu *Herzberg* JR 1986 6, 7.

¹³¹ So bei *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 35 („vage und unbestimmt“); *Herzberg* JR 1986 6, 7; *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 133 ff (Begriff „dogmatisch überflüssig“); *Kienappel* Erlaubtes Risiko S. 10; *Küpper* GA 1987 385, 388 („mangelnde Konturen“); *Roxin* FS Klug II, 303, 310, 313 (keine selbständige Bedeutung); *ders.* AT I § 10 Rdn. 42; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 107 a und Vor § 13 Rdn. 70; *Barton* StV 1993 156, 158 f; *Otto* AT § 7 Rdn. 71; *ders.* FS Lenckner, 193, 201; *Weigend* FS Nishihara, 197, 200 („Terminus formuliert das Problem und nicht dessen Lösung“); *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten S. 65 f; *Wolski* Soziale Adäquanz passim; dagegen aber jetzt *Eser* FS Roxin, 199, 208 ff.

Begriff vielfach nur bei der Behandlung des „erlaubten Risikos“ (dazu Rdn. 53 ff) Erwähnung findet (s. etwa *Grundmann* MK BGB 4. Aufl. [2003] § 276 Rdn. 79; *Bamberger/Roth/Grünberg* BGB [2003] § 276 Rdn. 31). In der arbeitsrechtlichen Judikatur und Lehre dagegen war die Sozialadäquanz zeitweilig zum dogmatischen Zentralbegriff des Arbeitskampsrechts geworden (vgl. BAGE [GrS] 1 291, 300, 306 f [Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes]; 14 174 [Haftung für wilden Streik]; 14 202 [Gewerkschaft und wilder Streik]; [GrS] 20 175 [Differenzierungsklausel]; *Hueck/Nipperdey* Arbeitsrecht II/2 7. Aufl. [1970] § 49 B I).¹³² Inzwischen hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass dieser Begriff wegen seiner Unschärfe nicht als Rechtmäßigkeitskriterium des Arbeitskampfes geeignet ist;¹³³ auch stellt die Aussperrungsentscheidung BAGE [GrS] 23 292 ganz auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab.

Bei der **Kritik an der Lehre von der Sozialadäquanz** geht es nicht darum, die Tatbestandsmäßigkeit oder sogar Strafbarkeit der von dieser Lehre gemeinten Fälle zu behaupten. Vielmehr bestehen Bedenken, sich zur Begründung unmittelbar auf einen Maßstab zu stützen, der in so hohem Maße unbestimmt ist (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 29; vgl. auch *Otto* FS Lenckner, 193, 201). Angesichts der Unsicherheit (oder auch Verunsicherung) darüber, was sich im Rahmen der sozialen Ordnung hält (vgl. auch die parallelen Schwierigkeiten bei § 228 und besonders bei § 240 Abs. 2), würde die Verwendung eines so schillernden Gesichtspunktes bedeuten, dass der untere Bereich der Strafbarkeit weithin ins Schwimmen geriete.¹³⁴ Die Gefahren liegen auf der Hand: Nicht nur, dass Staatsanwaltschaften auf diese Weise die Voraussetzungen (gerade auch die formellen) der §§ 153 f StPO unterlaufen könnten;¹³⁵ mehr noch würde damit manche Strafverfolgungsbehörde der Versuchung ausgesetzt werden, unter Berufung auf die Möglichkeit des Vorliegens „sozialer Adäquanz“ am Gesetzgeber vorbei ihre eigene „Strafrechtsreform“ zu betreiben oder sogar, insbesondere in Zeiten innenpolitischer Spannungen, den für die Behörde mit der Anklageerhebung verbundenen Ungelegenheiten aus dem Wege zu gehen (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 29).¹³⁶ Der Gesichtspunkt der Sozialadäquanz birgt im Übrigen die Gefahr, den kriminalpolitischen Spielraum der Legislative zu untergraben, wenn Ziel einer Gesetzesänderung gerade die Erfassung von bisher als sozial adäquat angesehenen oder zumindest äußerlich „neutralen“ Verhaltensweisen ist.¹³⁷

51

¹³² Vgl. ferner *Nipperdey* NJW 1967 1985, 1992 f; *Bulla* FS Nipperdey II, 79, 93 ff; *Galperin* FS Nipperdey II, 197 ff.

¹³³ S. *Otto* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. (2000) § 285 Rdn. 118 m. w. N. Ausdrücklich ablehnend *Bernert* Lehre von der „sozialen Adäquanz“ S. 91 f; *Ramm* AuR 1966 161 ff; *Richardl/Annus* Arbeitsrechtliche Fälle 7. Aufl. (2000) S. 163; *Rütters* AuR 1967 129 ff; *Zöllner/Loritz* Arbeitsrecht 5. Aufl. (1998) § 40 IV m. w. N.

¹³⁴ Auch *Küpper* GA 1987 385, 388 f: „Bereich des „Normalen“ überaus unbestimmt und sozialen sowie zeitgeschichtlichen Veränderungen unterworfen“ u. *Gänßle* Behördliches Zulassen S. 62. Zudem variiert, was als noch „sozialadäquat“ zu beurteilen ist, je nach sozialem Kontext, in dem der Täter

handelt, vgl. *Weigend* FS Nishihara, 197, 201 u. *Hassemer* wistra 1995 81.

¹³⁵ Bedenklich daher *Peters* FS Welzel, 415, 425 ff, der davon ausgeht, dass in Fällen von „Sozialadäquanz“ die Strafverfolgungsbehörden richtigerweise schon untätig bleiben.

¹³⁶ Zust. *Hombrecher* Geldwäsche durch Strafverteidiger? S. 106.

¹³⁷ In diesem Sinne auch *Barton* StV 1993 156, 158 zur Neufassung des § 261: Gesetzgeber habe Tätigkeiten erfassen wollen, die „an der Nahtstelle von illegaler und legaler Wirtschaft“ liegen und sich äußerlich vielfach als sozial übliche Verhaltensweisen darstellen; vgl. auch *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten S. 65 u. *Hombrecher* Geldwäsche durch Strafverteidiger? S. 107. Auf der anderen Seite gewährleistet der

52 Festzuhalten bleibt: Ebenso wenig, wie man die einzelnen Rechtfertigungsgründe durch eine Generalklausel der materiellen Rechtswidrigkeit ersetzen könnte (Rdn. 30), dürfen die präzisen Gesichtspunkte der restriktiven Tatbestandsauslegung einschließlich der systematischen Aspekte durch eine so vage Generalklausel wie die der Sozialadäquanz aufgeweicht werden. Obwohl nicht ganz zu leugnen ist, dass der Begriff der Sozialadäquanz „zu jenen verführerischen Vokabeln (gehört), die bei der Auslegung nur das enthüllen, was vorher an wünschenswertem Ergebnis in sie hineingelegt worden ist“,¹³⁸ kann der Gedanke der sozialen Adäquanz aber als Maßstab für eine restriktive Auslegung bzw. – bei Unterschreitung des möglichen Wortsinns – teleologische Reduktion¹³⁹ des Tatbestands dienen (grundlegend *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 285 ff; *ders.* ZStW 74 [1962] 78, 81, 132).¹⁴⁰ Das Schlagwort „Sozialadäquanz“ allein ersetzt dabei allerdings keine exakte wissenschaftliche Begründung und Differenzierung (vgl. *Hirsch* ZStW 74 [1962] 78, 93). *Roxin* (FS Klug II, 303, 310 ff; *ders.* FS Androulakis, 573, 580 ff; *ders.* AT I § 10 Rdn. 37 ff) unterscheidet treffend zwei Fallgruppen,¹⁴¹ denen sich die als „sozialadäquat“ in Betracht kommenden Handlungen zuordnen lassen: Teilweise fehlt es an der Begründung eines rechtlich relevanten Risikos (dann geht es weniger um Probleme des einzelnen Tatbestandes, sondern vielmehr um allgemeine Kategorien objektiver Zurechnung;¹⁴² dazu näher unten Rdn. 53 ff und *Roxin* ZStW 116 [2004] 929, 934 ff). Die zweite Gruppe betrifft schon nicht deliktstypische und sozial allgemein tolerierte Handlungen.¹⁴³ Sie sind schlicht ungeeignet, das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut zu beeinträchtigen.¹⁴⁴ Durch eine am geschützten Rechtsgut orientierte (teleo-

Gedanke der Sozialadäquanz natürlich eine gewisse Offenheit des Strafrechts gegenüber einem gesellschaftlichen Wertewandel, vgl. *Gänßle* Behördliches Zulassen S. 65 u. *Roxin* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem S. 23 ff.

¹³⁸ *Wiethölter* Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (1960) S. 57. Bedenken angesichts der Garantiefunktion des Tatbestands erhebt *Würtenberger* FS Rittler, 125, 129; s. dazu aber die treffende Kritik bei *Zipf* ZStW 82 (1970) 633, 636 m. Fußn. 4: Sozialadäquanz gerade als Ausgleich für die vom Bestimmtheitsgrundsatz geforderte Strenge der Tatbestandsumschreibung.

¹³⁹ So generell *Jescheck/Weigend* § 25 IV; *Gänßle* Behördliches Zulassen S. 67 f; dahingehend auch schon *Zipf* ZStW 82 (1970) 633, 647 ff („zwar unter die Tatbestandsmerkmale subsumierbares, aber durch positive Verhaltensnormen gedecktes Verhalten“). Nach *Roxin* AT I § 10 Rdn. 41 m. Fußn. 82 kann je nach Tatbestand Auslegung oder teleologische Reduktion in Betracht kommen; vgl. auch *ders.* FS Klug II, 303, 312 m. Fn. 47.

¹⁴⁰ So auch *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 35; *Jescheck/Weigend* § 25 IV 2; *Kargl* ZStW 114 (2002) 763, 781; *Lackner/Kühl*

Rdn. 29; *Otto* AT § 7 Rdn. 71; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 70; kritisch zu dieser Methode aber *Sommer* Bewertung technischer Risiken S. 71 f u. *Wolski* Soziale Adäquanz S. 102.

¹⁴¹ Teilweise lassen sich Fälle, die *Welzel* unter Rückgriff auf die Rechtsfigur der „Sozialadäquanz“ gelöst hat, auch noch anders behandeln (etwa unter Hinweis auf das Fehlen von Tatherrschaft), vgl. *Cancio Meliá* GA 1995, 179, 181.

¹⁴² *Eser* FS *Roxin*, 199, 207 f.

¹⁴³ *Roxin* AT I § 10 Rdn. 40 m. Fußn. 79 beruft sich dabei auf das „Geringfügigkeitsprinzip“ als allgemeine Auslegungsmaxime; gegen die Zuordnung des Geringfügigkeitsprinzips zum Gedanken der Sozialadäquanz aber *Ostendorf* GA 1982 333, 344 f (die Lehre von der Sozialadäquanz begrenze das Handlungsunrecht, das Geringfügigkeitsprinzip den tatbestandlichen Erfolg); vgl. auch die Unterscheidung bei *Lackner/Kühl* Rdn. 29. OLG Hamm NJW 1980 2537 lässt dahingestellt, ob das Geringfügigkeitsprinzip vom Gedanken der Sozialadäquanz getragen wird.

¹⁴⁴ So lässt etwa das Weihnachtsgeschenk an den Fahrer der kommunalen Müllabfuhr keinen Zweifel an der Sachlichkeit der Dienstaussübung aufkommen und gefährdet

logische) Auslegung bzw. Reduktion ergibt sich in solchen Fällen, dass der Tatbestand die entsprechenden Verhaltensweisen gar nicht erfassen will.¹⁴⁵ Dass als materielle Kriterien der einschränkenden Interpretation wiederum recht konturenlose Gesichtspunkte der Üblichkeit oder Verkehrssitte und damit letztlich der sozialen Adäquanz heranzuziehen sind (so die Kritik *Eser* FS Roxin, 199, 208), ist zwar nicht ganz von der Hand zu weisen. Im ursprünglichen Sinne *Welzels* (nämlich als allgemeines Tatbestandskorrektiv) dürfte die „Lehre von der Sozialadäquanz“ gleichwohl als überholt gelten.¹⁴⁶ Die Probleme, deren Lösung sie ermöglichen sollte, können heute den vorgenannten anderen Begründungszusammenhängen zugeordnet werden.¹⁴⁷

d) In welchem Verhältnis die Unrechtseinschränkung unter dem Gesichtspunkt „sozialadäquaten“ Handelns zur Rechtsfigur des **erlaubten Risikos** steht, ist nicht abschließend geklärt. Eine Verwandtschaft der beiden Bereiche wurde dabei nie in Frage gestellt; vielfach wird im erlaubten Risiko sogar nur ein Anwendungsfall der Lehre von der Sozialadäquanz gesehen¹⁴⁸ oder schlicht eine Identität der Fragestellung behauptet¹⁴⁹ (s. aber *Maiwald* FS Jescheck, 405, 408 f: verschiedene gedankliche Ebenen). Bestimmte in der Gesellschaft übliche Verhaltensweisen sind mit der Entstehung von Risiken verbunden, deren Schaffung oder Realisierung grundsätzlich strafrechtlich erheblich ist. Mit der Figur des erlaubten Risikos soll im Ausgang die für notwendig erachtete Befreiung von dieser strafrechtlichen Relevanz erreicht werden (*Gänßle* Behördliches Zulassen S. 70). Aufgrund der gesellschaftlichen Akzeptanz des im Rahmen des „erlaubten Risikos“ liegenden Verhaltens kann man es durchaus als „sozialadäquat“ bezeichnen.¹⁵⁰ Um einer

53

also nicht das dahingehende öffentliche Vertrauen, *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 30; vgl. auch schon *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 126. Weitere Beispiele bei *Roxin* AT I § 10 Rdn. 40. Zweifelnd aber *Cramer* FS Roxin, 945 f.

¹⁴⁵ *Roxin* FS Klug II, 303, 312 f; *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten S. 64; *Schild* Jura 1982 464, 520, 528; vgl. auch *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rdn. 49.

¹⁴⁶ Für eine „Wiederbelebung“ wohl aber neuerdings *Eser* FS Roxin, 199, 210 f: Wenn mit der „teleologischen Reduktion“ lediglich ein methodologisches Instrument in die Hand gegeben wird, dessen Einsatz- und Beurteilungskriterien solche der gesellschaftlichen Üblichkeit und Angemessenheit sind, fragt es sich, ob man dem Bedürfnis nach tatbestandlicher Ausgrenzung nicht gleich mit dem Konzept der Sozialadäquanz Rechnung tragen sollte.

¹⁴⁷ Kritisch auch bzgl. der „Surrogate“ der Lehre von der Sozialadäquanz aber *Wolski* Soziale Adäquanz S. 131 ff, 200 ff, die insbes. in §§ 153, 153 a StPO *prozessuale* Lösungsalternativen sucht: Die behauptete Notwendigkeit von materiellen Tatbestandskorrekturen sei vielfach nicht dargetan und

die Anwendung des „angeblich präziseren dogmatischen Instrumentariums“ umgehe – ebenso wie die Lehre von der Sozialadäquanz – grundlegende Legitimationsanfordernisse.

¹⁴⁸ So *Welzel* Strafrecht § 10 IV, § 18 I 1 a; *Maurach/Zipf* § 28 Rdn. 23; vgl. weiter *Engisch* FS DJT I, 401, 418 f; *Klug* FS Eb. Schmidt, 249, 264; *Schaffstein* ZStW 72 (1960) 369, 385; *Sommer* Bewertung technischer Risiken S. 76 ff; *Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 Rdn. 146 f; teilweise auch *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 94 f.

¹⁴⁹ *Derksen* Handeln auf eigene Gefahr S. 101; *Donatsch* Sorgfaltsbemessung S. 158 ff; *Harneit* Erlaubtes Risiko S. 82 m. Fußn. 21; vgl. auch BGHSt 36 1, 16; *Freund* MK Vor § 13 Rdn. 141 f; *Köhler* AT S. 185; *Jakobs* 7/4 b („Institute überschneiden sich“) u. *Kienapfel* Erlaubtes Risiko S. 9 f („Überschneidung nach Zwecksetzung und Tendenz“).

¹⁵⁰ Vgl. auch *Maiwald* FS Jescheck, 405, 408 f: Soziale Adäquanz bringt Sachgründe für das Erlaubtsein bestimmter Handlungen zum Ausdruck; ebenso *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 291 ff u. *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten S. 68 f.

klaren Begrifflichkeit willen sollte der Begriff der „Sozialadäquanz“ gleichwohl Verhaltensweisen vorbehalten bleiben, durch die ein Rechtsgut schon gar nicht gefährdet wird (zu diesen oben Rdn. 48). Für Fälle absehbar rechtsgutsgefährdenden, allerdings sozial akzeptierten Verhaltens hat sich dagegen der Begriff des „erlaubten Risikos“ weitgehend durchgesetzt. Dieser ist dabei für sich genommen konturenlos, weil inhaltsleer; er deutet nur an, dass es Fälle gibt, in denen eine Risikoschaffung nicht „unerlaubt“ bzw. verboten ist.¹⁵¹ Damit ist aber weder etwas über die Kriterien des Erlaubtseins ausgesagt, noch darüber, welche Folgen die Einhaltung des erlaubten Risikos für die Erfüllung des Straftatbestandes haben soll.

- 54** Entsprechend umstritten ist die **dogmatische Einordnung** der Rechtsfigur. Teilweise wird das erlaubte Risiko – als allgemeiner Rechtfertigungsgrund¹⁵² oder als „Strukturprinzip verschiedener Rechtfertigungsgründe“¹⁵³ – auf Rechtfertigungsebene behandelt, überwiegend aber schon als Problem des Tatbestandes.¹⁵⁴ Es ist jedenfalls heute ganz überwiegend anerkannt, dass die Einhaltung des erlaubten Risikos **unrechtsausschließend** wirkt.¹⁵⁵ Trotz aller Unklarheiten über die Terminologie, die Grenzziehung und den

¹⁵¹ *Maiwald* FS Jescheck, 405, 424; vgl. auch *Kienapfel* Erlaubtes Risiko S. 9 („leere Attrappe“).

¹⁵² *Gössel* FS Bengl, 23, 38; *Maurach/Zipf* § 44 Rdn. 1 ff; *Maurach/Zipf* § 28 Rdn. 25; *Oehler* FS Eb. Schmidt, 232, 243 f; *Otto* AT § 8 Rdn. 11, 161; *Röttger* Unrechtsbegründung S. 280 ff; *Schmidhäuser* AT 9/31 f; *ders.* FS Schaffstein, 129, 138 f; ebenso BGHZ [GrS] 24 21, 26; OLG Karlsruhe NJW 1986 1358, 1360; KG Berlin Beschl. v. 3.2.1997, Az: (3) 1 Ss 261/96 (118/96); auch *Paeffgen* NK Rdn. 25 („Notreserve für bisher noch nicht aufgetretene Konstellationen“); offengelassen in BGHSt 36 1, 16.

¹⁵³ *Jescheck/Weigend* § 36 I 1, § 56 III 1; *Maiwald* FS Jescheck, 405, 410 ff, 424; *Rudolphi* GedS Schröder, 73, 92: Alle Rechtfertigungsgründe mit Ausnahme der Einwilligung lassen sich auf das Prinzip des erlaubten Risikos zurückführen; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 107 b; auch *Boll* Kompetenzüberschreitungen S. 131 f; einschränkend *Roxin* AT I § 18 Rdn. 1 f; grundsätzlich Tatbestandsfrage, ausnahmsweise aber auch Gesichtspunkt bei einzelnen Rechtfertigungsgründen.

¹⁵⁴ *Duttge* MK § 15 Rdn. 133 f; *Engisch* FS DJT I, 401, 418 f; *Freund* MK Vor § 13 Rdn. 138 f; *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 141 f m. Fußn. 82; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 2 f; *Herzberg* JZ 1989 470, 475; *Jakobs* 7/39 ff; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964 41, 50; *Kühl* AT § 4 Rdn. 48; *Lenckner* FS Engisch, 490, 499 m. Fußn. 26; *Prittowitz* JA 1988 427, 436; *Roxin* AT I

§ 11 Rdn. 65 f; *Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 Rdn. 145; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 94; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rdn. 27; *Wessels/Beulke* Rdn. 184; *Welzel* Strafrecht § 18 I 1 a; *Zipf* Einwilligung S. 79 ff; für den Bereich der Fahrlässigkeit auch *Kindhäuser* GA 1994 197 f und 216 f; *ders.* AT § 33 Rdn. 33 f und *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 161 ff. *Abw.* (schon „Strafrechtsausschließungsgrund“) *Wolter* NSTz 1993 1, 8 f und *ders.* GA 1996 207, 208 ff (näher oben Fußn. 128). Differenzierend *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 32 f; *Schönke/Schröder/Lenckner* Rdn. 107 b; *Paeffgen* NK Rdn. 24: Schon nicht tatbestandsmäßiges, weil „unverbotenes“ bzw. „sozialadäquates“ Risiko im Gegensatz zu tatbestandsmäßigem, aber „erlaubtem“ bzw. „gerechtfertigtem“ Risiko.

¹⁵⁵ Vgl. auch OLG Köln NJW 1956 1848; *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 153; *Samson* SK⁵ Rdn. 53 und *ders.* SK⁵ Anh zu § 16 Rdn. 18; *Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 203. Als Problem der Schuld behandeln das erlaubte Risiko etwa noch *Kienapfel* Erlaubtes Risiko S. 21 und *Roeder* Sozialadäquates Risiko S. 65 ff, 94 (dagegen schon *Graf zu Dohna* ZStW 32 [1911] 323, 327 m. Fußn. 10 und *Exner* Fahrlässigkeit S. 202). Erst die sog. „Tatverantwortung“ verneinen wollen *Maurach* AT⁴ § 43 II B 2 und *Rehberg* Erlaubtes Risiko S. 179, 185, 236 f; siehe zu beiden Ansätzen die treffende Kritik bei *Blei* I § 82 I und *Jakobs* Fahrlässiges Erfolgsdelikt S. 49 ff. Zur Frage der richtigen Einordnung auch *Wimmer* ZStW 75 (1963) 420 ff.

Standort im Deliktsaufbau ist die Funktion des „erlaubten Risikos“ weitgehend anerkannt: Mit Hilfe dieser Rechtsfigur werden staatliche, auf Rechtsgüterschutz zielende Sicherungsinteressen gegenüber den individuellen Freiheitsinteressen ausbalanciert (besonders deutlich *Roxin ZStW 116 [2004] 929, 930*).¹⁵⁶ Überwiegt bei einer gesamtgesellschaftlichen Globalabwägung das Interesse an der Aufrechterhaltung der allgemeinen Handlungsfreiheit, ist das Risiko erlaubt; beim Vorrang der Sicherungsinteressen liegt ein unerlaubtes Risiko vor. Viele Erscheinungen (bzw. Errungenschaften) moderner Lebensweise bringen unvermeidbar – statistisch oft keineswegs unerhebliche – Gefahren für Rechtsgüter mit sich.¹⁵⁷ Um der Erzielung eines wirklichen oder auch nur vermeintlichen Nutzens willen werden die Gefahren, die etwa vom Straßen-, Luft-, Schiffs- oder Bahnverkehr oder von der industriellen Produktion ausgehen, von den Mitgliedern einer Gesellschaft in einem gewissen, durch die Festlegung des erlaubten Risikos auszutarierenden Umfang hingenommen. Denn der Preis, der etwa für ein Verbot des Autofahrens – und damit für einen möglichst effektiven Schutz von Leben, Gesundheit und Sachwerten – in Form der Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit und Lebensqualität zu zahlen wäre, erscheint vielen als zu hoch.¹⁵⁸ Die Abwägung¹⁵⁹ beeinflussen dabei neben dem sozialen Wert des risikobehafteten Verhaltens auch prognostische Gesichtspunkte wie die Wahrscheinlichkeit von Rechtsgutsverletzungen, das drohende Schadensausmaß¹⁶⁰ und nicht selten auch die Kosten für die Gefahrschirmung.¹⁶¹ Eine (bedenkliche!) Rolle (i.S. einer zu starken Gewichtung des Freiheitsinteresses) dürfte in diesem Zusammenhang auch die Anonymität der zu erwartenden Opfer spielen.¹⁶² Solchermaßen gesell-

¹⁵⁶ Weiter *Jakobs 7/35*; *Samson SK⁵ Anh.* zu § 16 Rdn. 19; ähnlich *Schünemann JA 1975 575 ff.*

¹⁵⁷ Das Phänomen ist dabei keinesfalls auf die moderne Gesellschaft beschränkt; vielmehr kann nahezu jedes menschliche Handeln im gesellschaftlichen Kontakt Gefahren für Rechtsgüter anderer mit sich bringen (so schon *Binding Normen Bd. IV S. 433 f*; zust. *Donatsch Sorgfaltsbemessung S. 158*; auch *Lesch Verbrechenbegriff S. 228 f*). Die strikte Durchsetzung des Grundsatzes, vorhersehbare Gefährdungen anderer zu unterlassen, käme daher „einem allgemeinen Handlungsverbot nahe“ (*Samson SK⁵ Anh zu § 16 Rdn. 19*; vgl. auch *Schürer-Mohr Erlaubte Risiken S. 89* und *Krause Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 192 f*).

¹⁵⁸ Vgl. etwa *Duttge MK § 15 Rdn. 133 f m.w.N.*; *Freund MK Vor § 13 Rdn. 138*; *Harnett Erlaubtes Risiko S. 81 f*; *Jakobs 7/35*; *Roxin AT I § 11 Rdn. 66*; *Schönkel/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben § 15 Rdn. 144 f*; für die Fahrlässigkeitsdelikte (bei denen das „erlaubte Risiko“ in der Frage nach der Sorgfaltswidrigkeit aufgeht) auch *Dölling ZStW 96 (1984) 36, 42*; *Schmidhäuser FS Schaffstein, 129, 138 u. ausführlich Schürer-Mohr Erlaubte Risiken S. 89 ff.*

¹⁵⁹ Dass die Gründe, die zu einer positiven Bewertung eines gefährlichen Verhaltens führen, Produkt reflektierender Abwägung sind, bezweifelt allerdings *Derksen* Handeln auf eigene Gefahr S. 102 f im Anschluss an *Jakobs 7/36*, der neben dem erlaubten Risiko per Abwägung ein erlaubtes Risiko per „historische Legitimation“ sieht; so auch *Lesch Verbrechenbegriff S. 229 f* (der kritisch hinterfragt, dass z.B. der Straßenverkehr „als solcher und per se“ im Interesse des Gemeinwohls steht). Die Tatsache etwa, dass in den USA der Besitz von Handfeuerwaffen grundsätzlich keiner Einschränkung unterliegt, obwohl nicht Wenige durch ihren Einsatz zu Tode kommen, vermag diese Einschätzung zu unterstützen. Zumindest ist sie ein Beleg dafür, dass die Abwägungsentscheidung je nach gesellschaftlichen Vorstellungen und Traditionen unterschiedlich ausfallen kann.

¹⁶⁰ *Martin Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen S. 109.*

¹⁶¹ Zu den für die Interessenabwägung maßgeblichen topoi weiterhin *Schünemann JA 1975 575 f.*

¹⁶² Vgl. auch *Jakobs 7/38.*

schaftlich akzeptiertes riskantes Verhalten kann dann, selbst wenn es im Einzelfall zur Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern führt, keine strafrechtlichen Sanktionen nach sich ziehen.

- 55 Das „erlaubte“ Risiko wird durch die Fixierung **unerlaubter** Verhaltensweisen begrenzt, wobei die **Grenze primär vom Gesetzgeber zu ziehen** ist.¹⁶³ Soweit keine generellen Verbote statuiert werden, wird das „Erlaubte“ in besonders schadensträchtigen Bereichen durch Aufstellung von Sorgfaltsregeln (Sicherheitsvorschriften, Verkehrs- oder sonstigen Kunstregeln) konturiert.¹⁶⁴ Das kann nur kontextspezifisch und nicht allgemein gelingen (die erforderliche Sorgfalt „an sich“ lässt sich nicht definieren),¹⁶⁵ zudem nicht durch den Gesetzgeber allein, sondern in vielen Bereichen nur durch den Verordnungsgeber (z. B. die StVO) oder andere (auch private) Normsetzungsinstanzen mit dem dafür erforderlichen Spezialwissen (etwa Berufsverbände, die sog. „Verkehrsnormen“ erlassen; vgl. die Aufzählung bei *Duttge* MK § 15 Rdn. 135). Eine umfassende Darstellung entsprechender Regelungen findet sich bei *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 180 ff.¹⁶⁶ Was „erlaubt“ ist, richtet sich zum Teil auch nach ungeschriebenen Regeln (etwa der ärztlichen Kunst oder kaufmännischen Vorsicht). Immer ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Einhaltung der Vorschriften nur **Indizwirkung** für das Vorliegen eines erlaubten Risikos hat.¹⁶⁷ Bei den untergesetzlichen Verordnungen und Standardsetzungen privater Interessenverbände hat das seinen Grund schon darin, dass sie (unmittelbarer) demokratischer Legitimation entbehren; nur der parlamentarische Gesetzgeber kann die prinzipielle Abwägungsentscheidung zugunsten des „sozial Unentbehrlichen“ treffen und damit

¹⁶³ *Paeffgen* NK Rdn. 29 weist mit Recht darauf hin, dass in einem liberalen Rechtsstaat eine freiheitsverbürgende Vermutung dafür besteht, dass alles, was nicht verboten ist, rechtlich gestattet ist.

¹⁶⁴ Vgl. auch die Differenzierung bei *Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 197 m. Fußn. 49 f nach dem „Ob“ (generelle Unzulässigkeit?) und dem „Wie“ (Bedingungen für die Vornahme?) der Handlung.

¹⁶⁵ *Derksen* Handeln auf eigene Gefahr S. 103; vgl. auch *Martin* Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen S. 108 f.

¹⁶⁶ Ob auch bereits *staatlichen Empfehlungen* eine Legitimationswirkung zukommt, ist zweifelhaft und wurde insbes. im Rahmen der AIDS-Problematik kontrovers diskutiert. Breiten Konsens gibt er darüber, dass *kein* Fall erlaubten Risikos vorliegt, wenn ein HIV-Infizierter ohne Schutzmittel und ohne den Partner über die Infektion zu informieren Sexualverkehr ausübt (BGHSt 36 1, 16; *Herzberg* JuS 1987 777, 778; *Prittowitz* StV 1989 123, 127; *Schlehofer* NJW 1989 2017, 2021). Ob dies auch bei „geschütztem“ und damit der gesundheitspolitischen Empfehlung entsprechendem Geschlechtsverkehr

gilt, ist aber zweifelhaft (bejahend *Botke* in *Szwarc* S. 277, 294 ff [der allerdings wegen des „Kommunikationsgehalts des Kondomgebrauchs“ trotzdem in den meisten Fällen Straflosigkeit annimmt]; *H.-W. Mayer* JuS 1990 784, 786; *Rengier* Jura 1989 225, 231; *Tröndle/Fischer* Rdn. 13; anders jedoch *Knauer* GA 1998 428, 441 f m. w. N.; *Kühl* AT § 4 Rdn. 90 m. w. N.; *Prittowitz* JA 1988 427, 437; *ders.* StV 1989 123, 127; *Herzberg* NJW 1987 1461, 1462 f; einschränkend allerdings *ders.* in *Szwarc* S. 61, 82 f). Ausführlich zum Problem *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 198 ff. Zur Frage, ob die Realisierung eines tatbestandsmäßigen Erfolges sich bei *behördlicher Zustimmung* im Rahmen des erlaubten Risikos halten kann, (ablehnend) *Gänßle* Behördliches Zulassen S. 68 ff, insbes. 73; vgl. dazu auch *Schall* FS Roxin, 927, 942 f: Gebrauchmachen einer verwaltungsbehördlichen Erlaubnis zur Nutzung von Umweltgütern kein erlaubtes Risiko, wenn der Täter erkennt oder pflichtwidrig verkennt, dass dies zu Gesundheitsbeeinträchtigungen führt.

¹⁶⁷ *Duttge* MK § 15 Rdn. 136 f; *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 201 f.

andere Werte (potentiell) „aufopfern“ (*Schürer-Mohr Erlaubte Risiken* S. 201 ff).¹⁶⁸ Die Beachtung von Sorgfaltsnormen kann zudem im Einzelfall das Maß des noch hinzunehmenden Risikos überschreiten (*Samson SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 20 mit Rspr.-Nachw.*),¹⁶⁹ weil sich in abstrakt-generellen Sicherheitsvorschriften nur die für den Normalfall vorgenommene Abwägung von Sicherungs- und Freiheitsinteressen ausdrückt.¹⁷⁰

Dagegen wird man in *keinem* Fall annehmen können, dass derjenige, der die (formell-gesetzliche) Sorgfaltsnorm verletzt, sich noch im Rahmen des „Erlaubten“ bewegt (so aber *Duttge GA 2003 451, 455, 458 m.w.N.*¹⁷¹). Die Sorgfaltsnorm kann das erlaubte Risiko zwar nicht abschließend definieren, begrenzt es aber jedenfalls im Hinblick auf das *unerlaubte*.¹⁷² Resultiert aus einer sorgfaltsnormwidrigen Handlung ein Verletzungserfolg, dessen Vermeidung die Sorgfaltsnorm gerade bezweckt, kann der Täter vielleicht anführen, der Erfolgseintritt sei im Einzelfall unwahrscheinlich gewesen.¹⁷³ Im Bereich des „erlaubten Risikos“ hat er dennoch nicht gehandelt.¹⁷⁴ Wenn *Duttge* (MK § 15 Rdn. 136) das Ausweichen auf die linke (Gegen-)Fahrspur (entgegen § 2 Abs. 1, 2 StVO) zur Vermeidung eines Unfalls als ein Verhalten bezeichnet, das noch vom erlaubten Risiko gedeckt ist, hat er damit Unrecht: Im Hinblick auf die in Folge dieses Verhaltens realisierte Rechtsgutsverletzung (etwa den Zusammenstoß mit dem auf der linken Fahrspur entgegenkommenden Wagen) war das eingegangene Risiko nämlich gerade nicht erlaubt; die Vermeidung solcher Unfälle ist Zweck des Rechtsfahrgebots¹⁷⁵ (der Ausweichende kann freilich aus anderen Gründen straflos sein, dazu u. Rdn. 58). Während also die Übertretung der Sorgfaltsnorm das eingegangene Risiko zum unerlaubten macht, ist die Beach-

56

¹⁶⁸ Vgl. auch *Roxin AT I § 24 Rdn. 19 m.w.N.*: Abgrenzung des erlaubten Risikos könne von interessengebundenen privaten Institutionen nicht mit derselben Autorität und Objektivität vorgenommen werden wie vom Gesetzgeber.

¹⁶⁹ Vgl. das Beispiel von *Donatsch* Sorgfaltsbemessung S. 166; so auch *BGH NSTz 1991 30 f*; *BayObLGSt 59 13*; *Duttge MK § 15 Rdn. 136 u. Roxin AT I § 24 Rdn. 19*; einschränkend allerdings *ders. AT I § 24 Rdn. 16* bzgl. der Einhaltung von gesetzlichen Verkehrsregeln: Sorgfaltswidrigkeit nur in der Ausnahmesituation, dass die Einhaltung der Verkehrsregel in der konkreten Lage ganz offensichtlich zu einem Unfall führen musste.

¹⁷⁰ Vgl. *Schünemann JA 1975 575, 577* (die abstrakt-generelle Regelung stehe als solche stets unter dem Vorbehalt des Regelfalls) u. *Duttge GA 2003 451, 460* (eine „flächendeckende“ Erfassung der gesamten Lebenswirklichkeit sei gar nicht denkbar).

¹⁷¹ Weiterhin *Hardtung MK § 222 Rdn. 18 f*, *Samson SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 20 u. Schürer-Mohr Erlaubte Risiken* S. 179 f; alle m.w.N.; *Roxin AT I § 24 Rdn. 16*; weniger entschieden allerdings *ders. aaO Rdn. 17*: Übertretung von Rechtsnormen, die die Ver-

hinderung des eingetretenen Erfolges bezwecken, schafft „in aller Regel“ eine hinreichende Gefahr.

¹⁷² Ebenso *Puppe NK Vor § 13 Rdn. 156 u.* wohl auch *Jähnke GedS Schlüchter, 99, 106*.

¹⁷³ Im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte verneint die Rechtsprechung in solchen Fällen dementsprechend auch nicht die Sorgfaltspflichtverletzung, sondern die „Vorhersehbarkeit“; vgl. *BGHSt 4 182, 185, 187*; *BGH StV 2001 108*.

¹⁷⁴ *Herzberg GA 2001 568, 569 f, 574. Puppe NK Vor § 13 Rdn. 156* macht eine Ausnahme bei „ganz exzeptionellen Kausalverläufen“. Leider führt sie kein Beispiel an, so dass nicht klar wird, ob es ihr um Fälle des fehlenden „Schutzzwecks der Norm“ geht oder sie eine generelle Einschränkung befürwortet.

¹⁷⁵ Daran ändert sich nichts dadurch, dass auch das Weiterfahren auf der rechten Spur unter Umständen sorgfaltswidrig gewesen wäre, weil es das Gebot situationsbezogenen Reagierens nach § 1 StVO verletzt hätte (vgl. *Maiwald FS Jescheck, 405, 421*) – der Betroffene kann dann schlicht nicht hinsichtlich aller gefährdeten Rechtsgüter sorgfältig handeln.

tion der Sorgfaltsnorm noch nicht identisch mit der Einhaltung des „erlaubten Risikos“;¹⁷⁶ sie hat im Strafprozess nur – aber immerhin – **indizielle Bedeutung**.¹⁷⁷ Dass damit die letztverbindliche Entscheidung in der Hand des Richters liegt, wird zwar im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung zum Teil als problematisch angesehen.¹⁷⁸ Es lässt sich aber schlichtweg nicht vermeiden, da eine abschließende formell-gesetzliche Festsetzung der jeweils erforderlichen Sorgfalt angesichts der unendlichen Vielzahl denkbarer Lebenssachverhalte unmöglich ist.¹⁷⁹ Wo eine (umfassende) Kodifizierung fehlt, können Gesichtspunkte der Üblichkeit und gesellschaftlichen Akzeptanz zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs herangezogen werden. In der strafrechtlichen Literatur werden insofern umfangreiche Versuche unternommen, das „Erlaubte“ reichsspezifisch einzugrenzen.¹⁸⁰

57 Nicht selten wird dem „erlaubten Risiko“ Bedeutung nur im Rahmen der **Fahrlässigkeitsdelikte** und dort bei der **Feststellung der Sorgfaltswidrigkeit** zuerkannt.¹⁸¹ *Puppe* (NK Vor § 13 Rdn. 154) führt diese Affinität zur Fahrlässigkeitsdogmatik darauf zurück, dass der Täter, der einen Verletzungserfolg will, zu seiner Herbeiführung zumeist eine unerlaubte Methode wählen wird. Das „erlaubte Risiko“ ist aber ebenso im Bereich der **Vorsatzdelikte** ein wichtiges Instrument zur Unrechtseinschränkung¹⁸² und hat dort durchaus auch praktische Relevanz, denn der sich erlaubt riskant Verhaltende wird häufig

¹⁷⁶ Vgl. auch *Lesch* Verbrechensbegriff S. 249 f: Rekurs auf die gesamten Umstände der konkreten Handlungssituation; auch *Hardtung* MK § 222 Rdn. 20; *Maiwald* FS Jescheck, 405, 421 m. Fußn. 44.

¹⁷⁷ *Dutige* MK § 15 Rdn. 137 mit umfangreichen Nachw. zur Rechtsprechung (der aaO Rdn. 138 deshalb auch anzweifelt, dass es ein „eigenständiges“ erlaubtes Risiko überhaupt gibt); *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 156; *Samson* SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 20; *Schünemann* JA 1975 575, 577; vorsichtiger *ders.* FS Lackner, 367, 388 f: Technische Regeln „bestenfalls Indiz“; *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 201 ff; anders aber offenbar *Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 198: „Verbindliche Bewertung von Risiken“; dahingehend auch *Schroth* NStZ 1996 547, 548 f. bzgl. der Konkretisierung des erlaubten Risikos im Rahmen des § 326 durch technische Verhaltensvorschriften (LAGA-Merkblätter). Schon eine indizielle Bedeutung leugnend *Binavince* Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte S. 76 ff (bei der Bestimmung der Sorgfaltswidrigkeit sei es „völlig irrelevant, ob eine Verhaltensregel besteht, eine solche verletzt wird oder nicht“).

¹⁷⁸ *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 202 f.

¹⁷⁹ Vgl. nur *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 155; auch *Samson* SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 20.

¹⁸⁰ Beispiele hierfür gibt es insbes. im Bereich „gesetzlicher Ausprägungen“ des erlaubten

Risikos. Für das Tatbestandsmerkmal „in einer den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprechenden Weise“ im Tatbestand des § 283 z. B. ausführlich *Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 318 ff; mit anderem Ansatz (Ansiedlung des erlaubten Risikos im Krisenmerkmal Überschuldung) *Harnett* Erlaubtes Risiko S. 79 ff; zur Bestimmung der Pflichtwidrigkeit im Untreuetatbestand bei Risikogeschäften ausführlich etwa *Rose* wistra 2005 281 ff u. *Wäßmer* Untreue bei Risikogeschäften S. 27 ff.

¹⁸¹ So *Donatsch* Sorgfaltsbemessung S. 165; *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 34; vgl. auch *Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 188 f m. Fußn. 2 u. S. 190 sowie *Jähnke* GedS Schlüchter, 99, 101. Richtig ist, dass das erlaubte Risiko beim Fahrlässigkeitsdelikt in der Frage nach der Sorgfaltswidrigkeit aufgeht, dazu *Binavince* Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte S. 69 ff; auch *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 173 u. *Schall* FS Roxin, 927, 943.

¹⁸² Vgl. *Freund* MK Vor § 13 Rdn. 139; *Jakobs* 7/40; *Lesch* Verbrechensbegriff S. 236 f; *Maiwald* FS Jescheck, 405, 422 f; *Preuß* Erlaubtes Risiko S. 214 f; *Prittwitz* JA 1988 427, 436; *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 154; *Roxin* AT I § 11 Rdn. 66; *ders.* ZStW 116 (2004) 929, 930 ff; *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 93; vgl. auch *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 28.

zumindest mit dem Eintritt eines Verletzungserfolges rechnen. Darüber hinaus kann man ihm aber, solange er sich im Rahmen des Erlaubten bewegt, selbst dann keinen strafrechtlichen Vorwurf machen, wenn ihm die Rechtsgutsverletzung sogar erwünscht ist (er also beispielsweise – unter Einhaltung aller Verkehrsregeln – in der Hoffnung spazieren fährt, jemand werde ihm aus Unachtsamkeit vor das Auto laufen und an den Unfallfolgen sterben, was dann tatsächlich geschieht).¹⁸³ Wenn man freilich der Meinung ist, bei einer derart „generellen“ Vorstellung von der Möglichkeit eines tatbestandsmäßigen Erfolges könne von Vorsatz keine Rede sein (so *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 32),¹⁸⁴ ist die Bedeutung des erlaubten Risikos tatsächlich auf den Bereich der Fahrlässigkeit beschränkt. Überwiegend ist aber heute anerkannt, dass die Überschreitung des erlaubten Risikos ein **allgemeines**, für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte gleichermaßen bedeutsames **Zurechnungskriterium** darstellt,¹⁸⁵ es ist zentraler Topos der Lehre von der objektiven Zurechnung.

Das erlaubte Risiko wirkt damit auf Unrechtsebene bereits **tatbestandsbegrenzend** und tritt nicht erst als Rechtfertigungsgrund auf. Neuerdings wird dabei betont, dass das Verhalten im Rahmen des erlaubten Risikos **keinen Verhaltensnormverstoß** darstelle (*Freund* MK Vor § 13 Rdn. 138).¹⁸⁶ Der Unterschied zur Rechtfertigungssituation liegt darin, dass das riskante Verhalten *generell* sozial akzeptiert ist, es also nicht auf die konkreten Interessen im Einzelfall ankommt – die Autofahrt ist auch erlaubt, wenn sie aus

58

¹⁸³ Vgl. auch BGH NJW 1999 3132, 3133: Nach § 315 b I mache sich nicht strafbar, wer sich in jeder Hinsicht verkehrsgerecht verhält und dies mit der Hoffnung verbindet, dass ihm ein Unfall Gelegenheit zu einer vorteilhaften Schadensabrechnung bietet.

¹⁸⁴ Vgl. auch *Kindhäuser* GA 1994 197, 221 f: Vorsatz schließt erlaubtes Risiko und erlaubtes Risiko schließt Vorsatz aus, weil Vorsatz Vermeidbarkeit eines gefährlichen Verhaltens im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt voraussetzt und erlaubtes Risiko den Haftungsausschluss bei nicht zu vertretender Vermeideunfähigkeit meint. Wenn der Täter Möglichkeiten oder Wahrscheinlichkeiten von Rechtsgutsverletzungen infolge seiner eingeschränkten Vermeideunfähigkeit bedenke oder sie ihm sogar erwünscht seien, habe das mit vorsatzrelevanter Konkretisierung des Risikos nichts zu tun (kritisch zu dieser Konzeption *Schürer-Mohr* Erlaubte Risiken S. 169 ff); anders (Vorsatz annehmend) etwa *Preuß* Erlaubtes Risiko S. 209 f; *Maiwald* FS Jescheck, 405, 422 f m. Fußn. 46.

¹⁸⁵ Nachdrücklich *Roxin* AT I § 11 Rdn. 65 ff; *ders.* ZStW 116 (2004) 929, 944: „Das Strafrecht schützt im Rahmen der Reichweite seiner Tatbestände die Rechtsgüter vor unerlaubten Risiken“; weiterhin statt vieler *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 154 u. *Kühl* AT § 3 Rdn. 8. *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 32; *ders.* FS Lenckner, 119, 135 betont stattdessen die

mangelnde „objektive Beherrschbarkeit des Kausalgeschehens“; kritisch dazu *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 936 m. w. N.: Steuerungsdefizit sei nicht Folge fehlender Finalität, sondern Folge der objektiv zu geringen Gefährlichkeit des Täterhandelns, die schon die Zurechnung des Erfolges zum objektiven Tatbestand ausschließe. *Jakobs* FS Hirsch, 45, 51 f sieht im Ansatz *Hirschs* nur einen „Zugang von der anderen Seite“.

¹⁸⁶ Auch *Puppe* NK Vor § 13 Rdn. 153; *Lesch* Verbrechensbegriff S. 236 ff; *Schlehofer* MK Rdn. 88. Dagegen wenden sich aber dezidiert *Kindhäuser* GA 1994 197 ff und *Krause* Ordnungsgemäßes Wirtschaften S. 200 ff: Das Verbot, Rechtsgüter zu verletzen, das sich aus dem Tatbestand der Strafgesetze ergebe, gelte im Grundsatz uneingeschränkt (keine „Zersplitterung“ der Verhaltensnorm). Ein Normverstoß als Gegenstand strafrechtlicher Zurechnung liege daher bei einer Rechtsgutsverletzung stets vor; die Frage sei nur, ob dem Täter der Verstoß in der Weise zugerechnet werden könne, dass er dafür strafrechtlich haftet. Kriterien dieser Zurechnung seien Vorsatz und Fahrlässigkeit, wobei Fahrlässigkeit im Ausgangspunkt „Vermeideunfähigkeit“ sei und das erlaubte Risiko bzw. die Sorgfaltsnormgemäßheit eine Ausnahme von der Pflicht, stets zur Vermeidung schädigender Erfolge fähig sein zu müssen.

bloßer Langeweile unternommen wird.¹⁸⁷ Dass auch das erlaubte Risiko nur unter Rekurs auf die *konkrete Handlungssituation* bestimmt werden kann,¹⁸⁸ ändert daran nichts. Entscheidend ist, dass die „globale“ *Interessenabwägung* (mit im Einzelfall auch „ungerechten“ Ergebnissen)¹⁸⁹ in Fällen der Einhaltung des erlaubten Risikos schon vorweggenommen worden ist. Als „sozial auffällig“ mögen zwar auch Sachverhalte gekennzeichnet werden können, in denen jemand innerhalb der Grenzen des erlaubten Risikos handelt,¹⁹⁰ so dass sich „wertungsmäßig“ schwerlich eine Differenz zur Rechtfertigungssituation wird nachweisen lassen.¹⁹¹ Angesichts der herausgestellten Unterschiede zur Rechtfertigungssituation ist es aber zweckmäßig und zutreffend, schon die Tatbestandsmäßigkeit erlaubter Handlungen zu verneinen. Wo das erlaubte Risiko überschritten wird, wie beispielsweise im „Ausweichfall“ *Duttges* (s. Rdn. 56),¹⁹² kommt freilich nur eine Rechtfertigung in Betracht: Verletzung von körperlicher Integrität und Eigentum des Fahrers des auf der linken Spur entgegenkommenden Wagens können für den Ausweichenden unter Notstandsgesichtspunkten gerechtfertigt sein.¹⁹³ Auch *Hirsch ZStW 74* (1962) 78, 99 f und *ders. LK*¹¹ Rdn. 33 will entsprechende Fälle („riskante Rettungshandlungen“) auf Rechtfertigungsebene lösen.¹⁹⁴ Gleichwohl hält er es gerade für angebracht, dabei von „erlaubtem“ Risiko zu sprechen; die hier unter diesem Begriff behandelten Fallgestaltungen bezeichnet er nämlich als solche schon „unverbotenen“ Risikos.¹⁹⁵ Das ist insofern unzutreffend, als die Risikosetzung im Hinblick auf das verletzte Rechtsgut in den Rechtfertigungsfällen eben nicht erlaubt ist,¹⁹⁶ die riskante Handlung vielmehr nur mit Blick auf das zu rettende Rechtsgut in der konkreten Situation nicht zu missbilligen ist. Letztlich geht es dabei allerdings nur um eine terminologische

¹⁸⁷ *Roxin AT I* § 11 Rdn. 66; *Kindhäuser GA 1994* 197, 217 f u. *ders. AT* § 33 Rdn. 33 f.

¹⁸⁸ So der Einwand von *Lesch* Verbrechensbegriff S. 248 ff gegen die Trennung einer „konkreten“ Rechtswidrigkeits- von einer „abstrakten“ Tatbestandsstufe.

¹⁸⁹ *Kindhäuser AT* § 33 Rdn. 33 betont, dass das erlaubte Risiko – anders als ein Rechtfertigungsgrund – die *Erfolgsherbeiführung* nicht gestattet, so dass sie von Rechts wegen nicht geduldet zu werden braucht und Maßnahmen gegen den erlaubt riskant Handelnden gerechtfertigt sein können.

¹⁹⁰ Vgl. auch *Paeffgen NK* Rdn. 22.

¹⁹¹ *Lesch* Verbrechensbegriff S. 265 ff; vgl. auch schon *Samson SK*³ Rdn. 25 ff.

¹⁹² Einen Parallellfall schildert *Hirsch ZStW 74* (1962) 78, 99 f: Zur Vermeidung einer folgenschweren Explosion bläst ein chemisches Werk giftige Gase ab; dabei stellen die Verantwortlichen in Rechnung, dass Einzelne durch Einatmen des Gifts vorübergehende Gesundheitsschäden erleiden; so geschieht es.

¹⁹³ Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass der Zusammenprall mit dem auf der rechten Fahrspur liegenden Fahrzeug nicht auf andere Weise hätte verhindert werden

können und darüber hinaus das „wesentliche Überwiegen“ des durch die Ausweichhandlung geretteten Interesses. Letzteres ist etwa anzunehmen, wenn der Zusammenprall auf der rechten Fahrspur voraussehbar einen weit höheren Schaden verursacht hätte oder aber eine Kollision mit einem entgegenkommenden Fahrzeug auf der linken Fahrspur unwahrscheinlich war. Bei gleichwertigen Interessen kommt nur eine rechtfertigende Pflichtenkollision in Betracht, und dies auch nur, wenn man entgegen der h.M. hierfür die Kollision einer Handlungspflicht (hier: auszuweichen) mit einer Unterlassungspflicht (hier: nicht auf die linke Spur zu wechseln, wenn möglicherweise ein Fahrzeug entgegenkommt) genügen lässt; so etwa *Otto AT* § 8 Rdn. 205 ff; *Paeffgen NK* Rdn. 171 ff; *Tröndle/Fischer* Rdn. 11 b; dazu näher Rdn. 115 ff.

¹⁹⁴ Ebenso *Paeffgen NK* Rdn. 24 m. w. N.

¹⁹⁵ So auch *Paeffgen NK* Rdn. 29.

¹⁹⁶ Vgl. auch *Maurach/Gössel/Zipf* § 44 Rdn. 4 f (die bei solchen „sorgfaltswidrigen und damit verbotenen“ [!] Handlungen einen „besonderen Erlaubnisgrund tatbestandsmäßiger Rechtsgutsbeeinträchtigungen“ annehmen).

Frage. Einige Rechtfertigungsgründe (etwa §§ 127 StPO, 193) beruhen auf der Idee des erlaubten Risikos.¹⁹⁷ Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass es beim erlaubten Risiko grundsätzlich um eine Rechtfertigungsfrage geht. Im hier verstandenen Sinne handelt, wer das erlaubte Risiko einhält, nicht tatbestandsmäßig; für darüber hinaus notwendige Korrekturen stehen die anerkannten Rechtfertigungsgründe zur Verfügung. Mit *Hirsch* (LK¹¹ Rdn. 32 u. bereits *ders.* ZStW 74 [1962] 78, 100) mag man den Begriff des erlaubten Risikos als *systematisch* entbehrlich bezeichnen, weil die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen dogmatisch auf andere Weise lösbar sind.¹⁹⁸ Er ist aber insoweit von Nutzen, als er bestimmte Konstellationen zutreffend beschreibt, eine Abgrenzung von anderen ermöglicht und damit einer präziseren Lösung von Einzelfällen dienen kann.¹⁹⁹

II. Allgemeine Fragen der Rechtfertigungsgründe

Schrifttum

Alexy Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit (1993); *ders.* Der Beschluss des BVerfG zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996 (1997); *Ambos* Nuremberg revisited – Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot, StV 1997 39; *Amelung* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982 617; *ders.* Strafbarkeit von „Mauerschützen“ – BGH NJW 1993 S. 141, JuS 1993 638; *ders.* Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz, GA 1996 51; *Arndt* Umwelt und Recht, NJW 1964 486, 1310; *Arnold* Bundesverfassungsgericht contra Einigungsvertrag. Der „Mauerschützen“-Beschluss des BVerfG auf dem strafrechtlichen Prüfstand, NJ 1997 115; *Baumann* Rechtmäßigkeit von Mordgeboten? NJW 1964 1398; *Blumenwitz* Zur strafrechtlichen Verantwortung ehemaliger Mitglieder des SED-Politbüros für die Todesschüsse an der Mauer, Festschrift Kriete (1997) 713; *Beulke* Züchtigungsrecht – Erziehungsrecht – strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 II BGB, Festschrift Hanack (1999) 539; *Bockelmann* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Festschrift Honig (1970) 19; *Böse* Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001) 40; *Breuer* Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? NJW 1988 2072; *Buchner* Die Rechtswidrigkeit der Taten von „Mauerschützen“ im Lichte von Art. 103 II GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, Diss. Würzburg 1995 (1996); *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit, Habil. Berlin 2004; *Classen* Artikel 103 Abs. 2 GG – ein Grundrecht unter Vorbehalt? GA 1998 215; *Dannecker* Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Jura 1994 585; *Dannecker/Stoffers* Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 1996 490; *Dencker* Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? KritV 1990 299; *Graf zu Dohna* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen (1905); *H. Dreier* Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1997 421; *R. Dreier*

¹⁹⁷ *Paeffgen* NK Rdn. 25; bzgl. § 193 auch *Gallas* Niederschriften Bd. 9 S. 71; *Jescheck/Weigend* § 36 II 1; *Lenckner* FS H. Mayer, 165, 179 f; *Preuß* Erlaubtes Risiko S. 220 ff; *Rudolphi* SK § 193 Rdn. 1; ebenso auch für die §§ 32 und 34 und die Amtsrechte *ders.* GedS Schröder, 73, 80 ff; *Schmidhäuser* AT 9/55; *Tröndle/Fischer* § 193 Rdn. 1; *Welzel* Strafrecht § 42 III 2; *Zaczyk* FS Hirsch, 819, 827 ff.

¹⁹⁸ So auch *Bockelmann/Volk* § 15 D; *Preuß*

Erlaubtes Risiko S. 226 f; *Jescheck/Weigend* § 36 I 1 (kein selbständiger Rechtfertigungsgrund).

¹⁹⁹ Vgl. *Preuß* Erlaubtes Risiko S. 226 f; zu weitgehend („weder systematischen noch erkenntnistheoretischen noch irgendeinen praktischen Wert“) daher *Kienapfel* Erlaubtes Risiko S. 28 f. *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 931 bezeichnet die Verwirklichung eines unerlaubten Risikos sogar als „zentrale Kategorie strafrechtlichen Unrechts“.

Juristische Vergangenheitsbewältigung (1995); *Ebert* Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts zwischen Politik, Strafrecht und Verfassungsrecht, Festschrift Hanack (1999) 501; *Engels* Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982 109; *Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung (1935); *ders.* Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift Mezger (1954) 127; *Ensenbach* Probleme der Verwaltungsakzessorität im Umweltstrafrecht, Diss. Gießen 1988 (1989); *Erb* Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996) 266; *ders.* Notwehr als Menschenrecht, NStZ 2005 593; *Eser* Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgabern? Festschrift Odersky (1996) 337; *Felix* Einheit der Rechtsordnung, Habil. Passau 1997 (1998); *Fincke* Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, Habil. München 1974 (1975); *Frisch* Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift Lackner (1987) 113; *ders.* Unrecht und Strafbarkeit der Mauerschützen, Festschrift Grünwald (1999) 133; *ders.* Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, GA 2006 273; *Frister* Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988 291; *Frommel* Die Mauerschützenprozesse, Festschrift Arth. Kaufmann (1993) 81; *Gallas* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift Bockelmann (1979) 155; *Gribbohm* Strafrechtsklausur: Die eifrigen Verfolger, JuS 1966 155; *Gropengießer* Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), Jura 2000 262; *Gropp* Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? – Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“, Festschrift Triffterer (1996) 103; *Grünwald* Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar? JZ 1966 633; *ders.* Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, Festschrift Arth. Kaufmann (1993) 433; *H. L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Habil. Trier 1981 (1983); *ders.* Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Festschrift Spindel (1992) 189; *ders.* Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht gelten kann, Festschrift Grünwald (1999) 213; *Haffke* Der „gute“ Positivismus im Lichte des Völkerstrafrechts, Festschrift Lüderssen (2002) 395; *Hassemer* Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der „Mauerschützen“-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, Festgabe 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV: Straf- und Strafprozeßrecht (2000) 439; *Hellmann* Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Diss. Osnabrück 1986 (1987); *Herrmann* Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grenzgesetzes der DDR, NStZ 1993 118; *Herzberg* Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986 190; *ders.* Subjektive Rechtfertigungselemente? JA 1986 541; *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, Habil. Göttingen 1980 (1981); *Himmelreich* Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, Diss. Köln 1969 (1971); *Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Diss. Bonn 1960; *ders.* Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Gedächtnisschrift Tjong (1984) 50; *ders.* Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht (1996); *ders.* Rechtfertigungsfragen und Judikatur des Bundesgerichtshofs, Festgabe 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV: Straf- und Strafprozeßrecht (2000) 199; *Höpfel* Zu Sinn und Reichweite des sog. Analogieverbots, JurBl. 1975 505, 575; *Hruschka* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift Dreher (1977) 189; *Hundt* Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung im Strafrecht, Diss. Berlin 1994; *Hüwels* Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, Diss. Regensburg 1983/84 (1986); *Isensee* Deutschlands aktuelle Verfassungslage, VVDStRL 49 (1990) 39; *Jähnke* Zur Frage der Geltung des „nullum-crimen-Satzes“ im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, Festgabe 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV: Straf- und Strafprozeßrecht (2000) 393; *Jakobs* Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? in Battis u.a. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht (1992) 37; *ders.* Untaten des Staates – Unrecht im Staat, GA 1994 1; *Jung* Das Züchtigungsrecht des Lehrers (1977); *Jungclaussen* Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, Diss. Göttingen 1985 (1987); *Armin Kaufmann* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Diss. Bonn 1954; *ders.* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift Welzel (1974) 393; *Arthur Kaufmann* Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995 81; *Kern* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) 255; *Kölbl* Das Rechtsmissbrauchs-Argument im Strafrecht, GA 2005 36; *Kratzsch* § 53 und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971 65; *Krause* Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979 329; *Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, Habil. Trier 1977; *ders.* Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ

1979 702; *Küpper/Wilms* Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992 91; *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Habil. Tübingen 1995 (1996); *Lampe* Systemunrecht und Unrechtssysteme ZStW 106 (1994) 683; *Lange* Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, Festschrift v. Weber (1963) 162; *Laufhütte* Strafrechtliche Probleme nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten und ihre Bewältigung durch die Strafsenate des Bundesgerichtshofs (ohne die Entscheidungen zur DDR-Spionage), Festgabe 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV: Straf- und Strafprozessrecht (2000) 409; *Lenckner* Notwehr bei provozierendem oder verschuldetem Angriff, GA 1961 299; *ders.* Der rechtfertigende Notstand, Habil. Tübingen 1963 (1965); *ders.* Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift H. Mayer (1966) 165; *ders.* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz nullum crimen sine lege, JuS 1968 249; *ders.* „Gebotensein“ und „Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA 1968 1; *ders.* Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985 295; *Lewald* Das Dritte Reich – Rechtsstaat oder Unrechtsstaat? NJW 1964 1658; *Loos* Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Festschrift Oehler (1985) 227; *Lüderssen* Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR (1992); *ders.* Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichem Wandel der politischen Verhältnisse, ZStW 104 (1992) 735; *Luther* Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Festschrift Bemann (1997) 202; *Miehe* Rechtfertigung und Verbotsirrtum, Festschrift Gitter (1995) 647; *Mitsch* Rechtfertigung und Opferverhalten, Habil. Tübingen 1991 (erschienen 2004); *Müller-Dietz* Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht? Festschrift Lenckner (1998) 179; *Neumann* Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die rechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, Festschrift Lüderssen (2002) 109; *Niedermair* Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten, Diss. München 1998 (1999); *Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951); *Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten (1955); *ders.* Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956) 181; *ders.* Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStR. 80 (1964) 160; *ders.* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965) 1; *Ott* Die Staatspraxis an der DDR-Grenze und das Völkerrecht, NJ 1993 337; *Paeffgen* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Diss. Mainz 1978 (1979); *Papier/Möller* Die rechtsstaatliche Bewältigung von Regime-Unrecht nach 1945 und nach 1989, NJW 1999 3289; *Pawlik* Das positive Recht und seine Grenzen, Rechtsphilosophische Hefte II (1993) 95; *ders.* Strafrecht und Staatsunrecht, GA 1994 472; *Perschke* Die Verwaltungsakzessorität des Umweltstrafrechts nach dem 2. UKG, wistra 1996 161; *Peters* „Wertungsrahmen“ und „Konflikttypen“ bei der „Konkurrenz“ zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen, GA 1981 445; *Pieroth* Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vordemokratischen Vergangenheit, VVDStRL 51 (1992) 91; *Polakiewicz* Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schusswaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze, EuGRZ 1992 177; *Prittowitz* Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980 381; *ders.* Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura 1984 74; *Radbruch* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946 105; *Ransiek* Gesetz und Lebenswirklichkeit, Diss. Bielefeld 1988 (1989); *Rau* Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt? NJW 2001 3008; *Redeker* Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, NJW 1964 1097; *Rengier* Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989) 874; *Renzikowski* Notstand und Notwehr, Diss. Tübingen 1993 (1994); *ders.* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht der ehemaligen DDR, ZStW 106 (1994) 93; *Rinck* Der zweistufige Deliktsaufbau, Diss. München 1999 (2000); *Ritter* Grenzen der Strafgesetzgebung, SchwZStR. 62 (1946) 253; *Rittstieg* Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten der DDR, DuR 1991 404; *Roesen* Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW 1964 133, 1111; *Rogall* Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahrfeier der Universität zu Köln (1988) 505; *ders.* Die Bewältigung von Systemkriminalität, Festgabe 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV: Straf- und Strafprozessrecht (2000) 383; *Roggemann* Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit am Beispiel der „Mauerschützen“- und der Rechtsbeugungsverfahren, NJ 1997 226; *Rönnau* Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Habil. Kiel 1999 (2001); *ders.* Das Verhältnis der besonders schweren Brandstiftung gem. § 306b II Nr. 2 StGB zum (versuchten) Betrug – BGHSt 45, 211, JuS 2001 328; *Rosenau* Tödliche

Schüsse im staatlichen Auftrag, 2. Aufl. Diss. Göttingen 1995 (1996; 2. Aufl. 1998); *Röttger* Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Diss. Hamburg 1992 (1993); *Roxin* Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963) 541; *ders.* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Diss. Hamburg 1956 (1959; 2. Auflage 1970); *ders.* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. (1973); *ders.* Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981) 68; *Rudolphi* Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift Maurach (1972) 51; *ders.* Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift Schröder (1978) 73; *ders.* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 371; *Rummler* Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht, Diss. Berlin 1999 (2000); *Saliger* Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Diss. Frankfurt a. M. 1995; *Samson* Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altataten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991 335; *ders.* Geteiltes Strafrecht im vereinten Deutschland, NJ 1991 143; *Sauer* Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie (1921); *Sauer* Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie (1921); *Sax* Das strafrechtliche „Analogieverbot“, Habil. Köln 1952 (1953); *Schaffstein* Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951 196; *ders.* Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift Welzel (1974) 557; *Scheffler* Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993 617; *Ch. Schmid* Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, Diss. Regensburg 2000/01 (2002); *Eb. Schmidt* Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“, ZStW 49 (1928) 350; *R. Schmitt* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten, JuS 1963 64; *Schreiber* Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht, ZStW 107 (1995) 157; *Schroeder* Notstandsfrage bei Dauergefahr – BGH NJW 1979 2053, JuS 1980 336; *ders.* Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, JZ 1992 990; *Schröder* Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, SchwZStr. 76 (1960) 1; *Schulz* Der nulla-poena-Grundsatz – ein Fundament des Rechtsstaates? ARSP-Beiheft 65 (1996) 173; *Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 341; *ders.* Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) 149; *ders.* Aufarbeitung von Unrecht aus totalitärer Zeit, ARSP-Beiheft 65 (1996) 97; *ders.* Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten, Festschrift Grünwald (1999) 657; *Seelmann* Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen (1978); *Sieverts* Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Habil. Hamburg 1934; *Spendel* Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrerfordernis, Festschrift Bockelmann (1979) 245; *ders.* Notwehr und Verteidigungswille, objektiver Zweck und subjektive Absicht, Festschrift Oehler (1985) 197; *Starck* Die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze, JZ 2001 1102; *R. Steinbach* Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, Diss. Trier 1986 (1987); *Sternberg-Lieben* Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Habil. Tübingen 1995 (1997); *ders.* § 228 StGB: eine nicht nur überflüssige Regelung, Gedächtnisschrift Keller (2003) 289; *Stöckel* Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht (1966); *Stratenwerth* Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) 41; *Suppert* Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“, Diss. Bonn 1970/71 (1973); *Süß* Vom Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot, in Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.) Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 50 (1995) 207; *Thiel* Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Diss. Göttingen 1999; *Trechsel* Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht, ZStW 101 (1989) 819; *Waider* Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, Habil. Köln 1969 (1970); *Warda* Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Festschrift Maurach (1972) 143; *Wassermann* Zur Anwendung der sogenannten Radbruchschen Formel auf Unrechtsurteile der DDR-Justiz, NJW 1992 878; *v. Weber* Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951 260; *ders.* Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift Mezger (1954) 183; *H.-D. Weber* Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, Diss. Trier 1985 (1986); *Welzel* Gesetzmäßige Judentötungen? NJW 1964 521; *Werle* Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz, NJW 1992 2529; *ders.* Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 2001 3001; *Widmaier* Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung –

OLG Celle, NJW 1969 1775, JuS 1970 611; *Willnow* Die Rechtsprechung des 5. (Berliner) Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur strafrechtlichen Bewältigung der mit der deutschen Wiedervereinigung verbundenen Probleme, JR 1997 221; *Winkelbauer* Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Diss. Tübingen 1984 (1985); *Württemberg* Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift Rittler (1957) 125; *Zielinski* Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt, Festschrift Grünwald (1999) 811.

Siehe außerdem das Schrifttum vor Rdn. 5 und 35.

1. Quellen und Geltung

a) Die Rechtfertigungsgründe sind dem **Gesamtbereich der Rechtsordnung** zu entnehmen (z. B. RGSt 59 404, 406; 61 242, 247; 63 215, 218; BGHSt 11 241, 244; OLG Köln StV 1986 537, 538; allg. Auffassung).²⁰⁰ Denn ein Verhalten kann strafrechtlich nicht rechtswidrig sein, wenn es im Zivil- oder Öffentlichen Recht als erlaubt angesehen wird.²⁰¹ Prinzip der Einheit (besser: Widerspruchsfreiheit) der Rechtsordnung²⁰² (hierzu ausführlich *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 296 ff; *Rogall* FS Universität Köln, 505, 521; Rdn. 20 ff).²⁰³ Beispielsweise schließt die Erteilung einer behördlichen Genehmigung zum religiös motivierten Schächten gem. § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG die Strafbarkeit gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG aus (*Böse* ZStW 113 [2001] 40, 45; ferner *Perschke* wistra 1996 161, 165; jew. m.w.N.).²⁰⁴ In Betracht kommen zunächst alle *gesetzlich geregelten* Rechtfertigungsgründe. Neben denen des StGB (z. B. §§ 32, 34, 193) sind ebenfalls die in anderen Gesetzen enthaltenen Rechtfertigungsgründe strafrechtlich erheblich, z. B. §§ 81a Abs. 1 Satz 2, 127 StPO, §§ 227, 228, 229, 859, 904 BGB, § 808 Abs. 1 ZPO; zu § 241a BGB als Rechtfertigungsnorm vgl. Rdn. 307.²⁰⁵ Auch aus dem Landesrecht können sich Rechtfertigungsgründe für Tatbestände des Bundesrechts ergeben, soweit die Materie, welcher der fragliche Erlaubnissatz angehört, in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt (RGSt 47 270, 276 f; BGHSt 11 241, 244; *Sch/Schrö-*

59

²⁰⁰ Weiter *Engisch* Einheit der Rechtsordnung S. 55 ff; *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 58 f; *Paeffgen* NK Rdn. 2, 48, 56; *Jescheck/Weigend* § 31 III 1; *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371; *Schlehofer* MK Rdn. 93, 94 ff, 98 f, 99 ff mit zahlreichen Beispielen.

²⁰¹ Deshalb hieß es ausdrücklich in § 20 E 1925: „Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist“; damit ist nicht gesagt, dass umgekehrt ein Verhalten, das im Zivil- oder im Öffentlichen Recht als rechtswidrig angesehen wird, strafrechtlich ebenfalls als rechtswidrig beurteilt werden muss, hierzu *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 296 ff, 314; *Hellmann* Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe S. 110.

²⁰² Mit dem Begriff der „Widerspruchsfreiheit“ wird verdeutlicht, dass es um die Gewährleistung einer konsistenten Ordnung geht;

zugleich wird damit das systematische Grundverständnis rechtsdogmatischer Betrachtungsweisen betont. Eingehend zum Ganzen *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit S. 37 ff; *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 142 ff.

²⁰³ Anders *Hellmann* Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe S. 90 ff (keine Bindung des Strafrechts an zivilrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe); ebenso *Jähnke* FS BGH IV, 393, 397 f; *Paeffgen* NK Rdn. 41 ff.

²⁰⁴ Eingehend zur „Einheit der Rechtsordnung“ als Argumentationstopos bei der Diskussion um die „Verwaltungsakzessorietät“ des (Umwelt-)Strafrechts *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 16 ff m.w.N.

²⁰⁵ Anders *Hellmann* Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe passim, der die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe im Strafrecht grundsätzlich verneint.

der/Lenckner Rdn. 27; Felix Einheit der Rechtsordnung S. 312 f). *Beispiel*: Einsatz von Schusswaffen im Landespolizeidienst (Rdn. 247). Ferner kann sich eine Rechtfertigung durch Völkerrechtsnormen ergeben, insbesondere im Rahmen kriegerischer Auseinandersetzungen (Rdn. 302 f). Da kein numerus clausus der Rechtfertigungsgründe besteht (BGHZ [GrS] 24 21, 25; Paeffgen NK Rdn. 2, 56) und nur Erweiterungen gesetzlich geregelter oder bestehender Rechtfertigungsgünde mit Art. 103 Abs. 2 GG in Einklang stehen müssen (Rdn. 62), können sich über die positivrechtlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus weitere Rechtfertigungsgründe bilden, etwa durch *Gewohnheits-* und *Richterrecht* (BVerfGE 95 96, 132). *Beispiele*: die nach h. M. rechtfertigend wirkende Einwilligung (Rdn. 147), die mutmaßliche Einwilligung, das frühere schulische Züchtigungsrecht (BGHSt 11 241, 244; BayObLGSt 78 182)²⁰⁶ oder die gewohnheitsrechtliche Erlaubnis zur Einleitung nicht ölhaltiger Schiffsabwässer (vgl. zu § 324 BayObLG JR 1983 120); zur rechtfertigenden Wirkung zivilrechtlicher Verträge *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 53 m. w. N.

60 Eine besondere Bedeutung für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Tat kommt den *Grundrechten* zu. Ein Verhalten, das sich innerhalb der durch die Rechtsordnung gezogenen Schranken eines Grundrechts hält, kann strafrechtlich nicht rechtswidrig sein (*Günther* FS Spindel, 189, 193 f; *Frisch* GA 2006 273, 274 ff; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 10 Rdn. 117 [beide zu Art. 4 GG]).²⁰⁷ Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ist nicht nur bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Erlaubnissätze zu berücksichtigen; vielmehr kommt eine Rechtfertigung auch unmittelbar durch Grundrechte in Betracht (anders *Böse* ZStW 113 [2001] 40, 61 ff; näher hierzu Rdn. 138 f). Dieselben Grundsätze gelten für die *Grundfreiheiten der EMRK*; zu deren begrenzender Wirkung bei Rechtfertigungsgründen *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 235 ff. *Lagodny* (Strafrecht vor den Schranken S. 264 ff) hat weiterhin zu Recht darauf hingewiesen, dass auch die Einräumung (und Ausgestaltung) von Rechtfertigungsgründen (insbes. der Notrechte) nicht im Belieben des Gesetzgebers steht, sondern durch Grundrechte der Betroffenen begrenzt wird (zust. *Gropp* AT § 6 Rdn. 20).

61 Des Weiteren werden *überpositive Prinzipien* als Quelle genannt, so etwa das „an den obersten Wertvorstellungen der Gemeinschaft ausgerichtete überpositive Recht (Naturrecht)“ (*Jescheck/Weigend* § 31 III 2), die „ethischen Grundlagen des Rechts“ (*Mezger* LK⁸ Vor § 51 Bem. 9e bb) oder schlicht „allgemeine Erwägungen“ (*Schröder* in *Sch/Schröder*¹⁷ Vor § 51 Rdn. 10). Das Hauptbeispiel bildete dabei der übergesetzliche rechtfertigende Notstand, wie er von RGSt 61 242 entwickelt wurde. Aber abgesehen davon, dass diese Problematik an Bedeutung verloren hat, seitdem der rechtfertigende Notstand in § 16 OWiG und § 34 allgemein gesetzlich geregelt worden ist, bestehen ernste Bedenken gegen die unmittelbare Anknüpfung an vorrechtliche Wertmaßstäbe. Auch für die Rechtswidrigkeit gelten die **allgemeinen Regeln der juristischen Hermeneutik**, soll nicht die Rechtsetzungskompetenz des Gesetzgebers unterlaufen werden (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 34; näher Rdn. 30).²⁰⁸ Lücken im Katalog der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe sind des-

²⁰⁶ Hierzu näher *Jung* Züchtigungsrecht S. 11 ff; *Hirsch* FS BGH IV, 199, 212 ff; zum elterlichen Züchtigungsrecht *Beulke* FS Hanack, 539 ff; jew. m. w. N.

²⁰⁷ Soweit *Günther* FS Spindel, 189, 199 f auch bei (geringfügigen) Überschreitungen des grundrechtlich Zulässigen für einen „Strafunrechtsausschlussgrund“ plädiert,

kann dem nicht gefolgt werden; näher zur Rechtfertigung durch Grundrechte unter Rdn. 138 f; zu den grundlegenden Bedenken gegen die Konzeption *Günthers* s. Rdn. 26.

²⁰⁸ Anders *Roxin* AT I § 14 Rdn. 12 ff, der unter Berücksichtigung des Prinzips der materiellen Rechtswidrigkeit eine Erweiterung und Relativierung geschriebener Nor-

halb aus Zusammenhang und Zweck der geltenden Rechtssätze, vor allem im Wege der Gesetzes- und Rechtsanalogie, zu schließen (vgl. RGSt 61 242, 247; *Renzikowski* Notstand S. 161 m. Fußn. 2).

b) Bedeutung des Art. 103 Abs. 2 GG für die Rechtfertigungsgründe

aa) Allgemeines. Das Gesetzlichkeitsprinzip verbietet zunächst die analoge Anwendung eines Rechtssatzes oder eines aus mehreren Vorschriften abzuleitenden Rechtsgedankens zu Lasten des Täters (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) sowie die Strafbegründung oder Strafschärfung durch Gewohnheitsrecht (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); darüber hinaus soll es gewährleisten, dass der Beurteilung einer Tat nur das zur Tatzeit geltende Recht zugrunde gelegt wird (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) und dass die Strafbarkeit des Verhaltens für den Täter aus diesem Rechtssatz erkennbar war (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).²⁰⁹ Die **Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips auf Rechtfertigungsebene** ist nicht abschließend geklärt. Die herrschende Meinung geht zu Recht davon aus, dass das in Art. 103 Abs. 2 GG (sowie Art. 7 Abs. 1 EMRK und § 1 StGB) verankerte Gesetzlichkeitsprinzip auf den gesamten kodifizierten AT und damit jedenfalls auf die *strafgesetzlich geregelten* Rechtfertigungsgründe Anwendung findet (BVerfGE 95 96, 132 f; BGHSt [GrS] 40 167; 41 101, 105, 111; 42 158, 161; 235, 241; *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 316 ff).²¹⁰ Dessen Garantien gelten auf der Rechtfertigungsebene allerdings nicht immer uneingeschränkt. Vielmehr ergeben sich gegenüber dem Tatbestandsbereich, bedingt durch die Natur der Rechtfertigungsgründe als Ausnahmesätze, zum Teil Abweichungen (etwa im Hinblick auf die Bestimmtheitsanforderungen), insbesondere Umkehrungen (was z. B. die Wirkung teleologischer Reduktionen betrifft).

Grundsätzlich abw. hiervon wird die Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG für Rechtfertigungsgründe verbreitet abgelehnt bzw. beschränkt. Einer älteren Auffassung folgend, die auf dem IV. Intern. Strafrechtskongress 1937 zum Beschluss erhoben worden war (*Actes du Congres, 1939, S. 442*), findet sich (heute allerdings seltener) die Ansicht, dass die Bestimmungen des AT überhaupt nicht den Beschränkungen des Art. 103 Abs. 2 GG unterlägen (so *Tröndle* LK¹⁰ § 1 Rdn. 38 [anders *Gribbohm* LK¹¹ § 1 Rdn. 73]; *Schroeder* JZ 1992 990, 991).²¹¹ Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil auch die im AT geregelten Rechtssätze unmittelbar den Umfang der Strafbarkeit mitbestimmen. Für sie können daher die oben genannten Garantien des Gesetzlichkeitsprinzips nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Andere stellen deshalb zwar nicht grundsätzlich in Abrede, dass Art. 103 Abs. 2 GG auch für den AT – insbesondere für die Rechtsfiguren Mittäter-

men zulässt, solange eine Überschreitung des formellen, verfassungsrechtlich gedeckten Rechts nicht stattfindet; kritisch auch *Paeffgen* NK Rdn. 58.

²⁰⁹ Ausführlich zu den Ausprägungen des Art. 103 Abs. 2 GG *Hassemer/Kargl* NK § 1 Rdn. 13 ff; *Roxin* AT I § 5 Rdn. 1 ff.

²¹⁰ Weiter *Engels* GA 1982 109, 120 f; *Gropp* AT § 6 Rdn. 33; *Hirsch* GedS Tjong, 50, 61; *Jescheck/Weigend* § 31 III 3; *Jung* Züchtigungsrecht S. 59 ff; *Kratzsch* GA 1971 65, 72; *Maurach/Zipf* § 10 Rdn. 21; *Paeffgen* NK Rdn. 58 m. w. N.; *Rinck* Zweistufiger

Delikttaufbau S. 454; *Rengier* ZStW 101 (1989) 874, 888 f; *Rogall* KK-OWiG § 3 Rdn. 24; *Rudolphi* SK § 1 Rdn. 25 a;

Ch. Schmid Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 101 f; *Schmidhäuser* StuB 3/31; *Sch/Schröder/Eser* § 1 Rdn. 14 a; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 3 Rdn. 8.

²¹¹ Ebenso *Hardwig* ZStW 78 (1966) 1, 8 f; *Jagusch* LK⁸ § 2 Anm. I 1 b, bb; *Jakobs* 4/33 ff, 43 f; *Maurach* AT¹⁰ § 10 II B 3 b; *Sax* Analogieverbot S. 152; *Suppert* Studien S. 299.

schaft, Teilnahme und Versuch – gilt, sie wollen aber die Rechtfertigung (so vor allem *Krey Studien* S. 234 ff; *ders. JZ 1979* 702, 711 f; *ders. AT 1 Rdn. 101 ff*)²¹² und teilweise auch die Entschuldigung (i. e. S., z. B. §§ 33, 35)²¹³ hiervon ausnehmen. Da Art. 103 Abs. 2 GG jedoch gerade das Vertrauen des Einzelnen in die Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktionen schützen soll (hierzu *BVerfGE* 71 108, 114; 73 206, 234 ff; 95 96, 131; *BGHSt* 23 167, 171; *Erb ZStW* 108 [1996] 266, 275 f),²¹⁴ können auch auf der Rechtfertigungsebene weder Analogieschlüsse noch Rechtsfortbildungen zu Lasten des Täters als zulässig angesehen werden. Es kann auch keinen Unterschied machen, ob ein Rechtfertigungsgrund im Allgemeinen oder im Besonderen Teil des StGB geregelt ist: Zwar § 193 und § 228, nicht aber § 32 und § 34 den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG zu unterwerfen, liefe auf die Orientierung an einer nur gesetzestechnischen Frage und damit auf eine formale, sachlich nicht zu stützende Unterscheidung hinaus (*Hirsch LK*¹¹ Rdn. 37; *Engels GA* 1982 109, 119; *Fincke Verhältnis* S. 13 ff).²¹⁵ Für den Täter und die strafgesetzliche Rechtssicherheit macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob über die mögliche Wortbedeutung hinaus ein Straftatbestand ausgedehnt oder die Schuldfähigkeit, ein persönlicher Strafausschlussgrund oder eben ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund eingeschränkt wird (*Hirsch LK*¹¹ Rdn. 38; dort auch zu weiteren Bedenken sowie gegen eine Differenzierung innerhalb des Schuldbereichs). Die Anwendung des Gesetzlichkeitsprinzips auf die strafgesetzlich geregelten Rechtfertigungsgründe kann allerdings im Einzelfall dazu führen, dass ein Verhalten im Strafrecht als rechtmäßig anzusehen ist (weil die Möglichkeit einer strafschärfenden Analogie [durch einschränkende Auslegung des Rechtfertigungsgrundes] verfassungsrechtlich wegfällt), während das Zivil- oder Öffentliche Recht den Eingriff nach einer methodengerechten Einschränkung des Rechtfertigungsgrundes als rechtswidrig einstuft. Gleichwohl führt dies nicht zu einer Verletzung des Prinzips der Einheit (i. S. v. Widerspruchsfreiheit) der Rechtsordnung²¹⁶ (so aber *Günther FS Grünwald*, 213, 215 ff; *Krey AT 1 Rdn. 103*; *Roxin AT I § 5 Rdn. 42*).²¹⁷ Beruht das unterschiedliche Rechtswidrigkeitsurteil allein

²¹² Ferner *Amelung JZ* 1982 617, 620; *Baumann/Weber/Mitsch § 16 Rdn. 32, 48*; *Günther SK Rdn. 81*; *ders. FS Grünwald*, 213, 219 ff (der – wie etwa auch *Krey*, *Rudolphi* und *Amelung* – nur den für alle Rechtsgebiete gültigen eingeschränkten Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG anwenden will); *Höpfel JurBl.* 1979 575, 585; *Roxin AT I § 5 Rdn. 42* (für das Analogieverbot); *ders. ZStW* 93 (1989) 68, 78 ff; *Rudolphi GedS Arm. Kaufmann*, 371 m. Fußn. 3; *Sch/Schröder/Lenckner Rdn. 25*; *Lenckner GA* 1968 1, 9; *ders. JuS* 1968 249, 252; *Stöckel Gesetzesumgehung* S. 105; als „begründbar“ bezeichnet *Schünemann* in *Coimbra-Symposium* S. 149, 163 eine solche Differenzierung.

²¹³ So ausdrücklich *Stöckel Gesetzesumgehung* S. 105. Für einen Abschluss des Gesetzlichkeitsprinzips bei Vorschriften über die Schuldfähigkeit *Jähnke FS BGH IV*, 393, 403 ff.

²¹⁴ *Rinck Zweistufiger Delikttaufbau* S. 452 ff,

465; „Garantietatbestand“ ist deckungsgleich mit dem Gesamtunrechtstatbestand. *Abw. Grünwald FS Arth. Kaufmann*, 433, 435 m. w. N.

²¹⁵ Weiter *Hassemer/Kargl NK § 1 Rdn. 72*; *Jung Züchtigungsrecht* S. 59 f; *Maurach/Zipf § 10 Rdn. 21*.

²¹⁶ Eines Rückgriffs auf das von *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 89 ff entwickelte Modell einer Unterscheidung zwischen allgemeinen Rechtfertigungsgründen und speziellen Strafunrechtsausschlussgründen bedarf es hierbei nicht; zutreffend *Hirsch GedS Tjong*, 50, 59 ff. Entgegen *Erb ZStW* 108 (1996) 266, 272 ist dabei das Verhalten strafrechtlich nicht als rechtswidrig, sondern als gerechtfertigt anzusehen; hierzu *Hirsch GedS Tjong*, 50, 61.

²¹⁷ Weiter *Amelung JZ* 1982 617, 620; *Lenckner JuS* 1968 249, 252; *Winkelbauer Verwaltungszakzessorietät* S. 33; wie hier *Paeffgen NK Rdn. 66*; *Hirsch GedS Tjong*, 50, 60 f; *ders. LK*¹¹ Rdn. 37; zu den Wir-

darauf, dass im Bereich des Strafrechts die strengen Garantiefunktionen des Art. 103 Abs. 2 GG Anwendung finden, folgt daraus gerade kein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung; vielmehr kommen nur rechtsgebietsspezifische Gründe zum Tragen (ebenso *Jung* Züchtigungsrecht S. 65). Der Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungsebene kann weiterhin nicht entgegengehalten werden, die Erlaubnissätze erforderten ihrer Natur nach einzelfallbezogene Angemessenheitsüberlegungen (so aber *Roxin* Kriminalpolitik S. 24 ff; *ders.* ZStW 93 [1981] 68, 79 f), denn sowohl § 32 durch das Erfordernis der Gebotenheit (Absatz 1)²¹⁸ als auch § 34 durch die Interessenabwägung lassen einen ausreichenden Entwicklungsspielraum (*Hirsch* GedS Tjong, 50, 62; *Jähnke* FS BGH IV, 393, 406).²¹⁹ Dasselbe gilt für die zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe (§§ 227, 228, 904 BGB).

Das Gesetzlichkeitsprinzip findet daher zunächst auf **strafgesetzlich geregelte**²²⁰ Erlaubnissätze Anwendung (BVerfGE 95 96, 132 f; BGHSt 41 101, 105, 111; *Erb* ZStW 108 [1996] 266, 296 f; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 35).²²¹ Nach BGHSt 39 1, 27 f sind sie zumindest nicht generell von dem Schutzbereich dieser Vorschrift ausgeschlossen. Darüber hinaus gilt Art. 103 Abs. 2 GG aber auch für **außerstrafgesetzlich geregelte** Rechtfertigungsgründe (*Schmitz* MK § 1 Rdn. 13, 26, 59; *Paeffgen* NK Rdn. 58 ff, 67; *Jung* Züchtigungsrecht S. 63 ff).²²² Dagegen wird im Schrifttum verbreitet insbesondere das Analogieverbot in diesem Bereich für unanwendbar gehalten (*Sch/Schröder/Eser* § 1 Rdn. 14 a; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 39, 41; *ders.* GedS Tjong, 59, 63 ff).²²³ Der dem Gesetzlichkeitsprinzip zugrunde liegende Schutzzweck (Rdn. 62) greift aber auch bei außerstrafgesetzlichen Erlaubnissätzen ein (so zutreffend *Erb* ZStW 108 [1996] 266, 274 ff; *Schmitz* MK § 1 Rdn. 13). Dass sich das StGB insoweit durch das von ihm geforderte Deliktsmerkmal „Rechtswidrigkeit“ auf eine *Blankettlösung* beschränkt, steht dem nicht entgegen (so aber *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 39; *ders.* GedS Tjong, 50, 65). Denn ebenso wie auf eine außerstrafgesetzliche Ausfüllungs(tatbestands-)norm (hierzu BVerfGE 14 245, 251 f;²²⁴ BGHSt

64

kungen einer verwaltungsrechtlichen Erlaubnis im Strafrecht *Hüwels* Fehlerhafter Gesetzesvollzug S. 43 f; zurückhaltender *Rudolphi* SK § 1 Rdn. 25 a („als verfassungsrechtlich geboten wohl hinzunehmen“).

²¹⁸ *Abw.* *Erb* ZStW 108 (1996) 266, 294 ff; *ders.* NStZ 2005 593, 596 u. 600, der im Hinblick auf das Kriterium der Gebotenheit einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot annimmt.

²¹⁹ Ferner könnte dieser Einwand allenfalls zu einer Einschränkung insbesondere des Bestimmtheitsgebotes führen; zutreffend *Erb* ZStW 108 (1996) 266, 273.

²²⁰ Unklar ist dabei, ob sich der Terminus „strafgesetzlich“ nur auf solche Rechtfertigungsgründe bezieht, die im StGB geregelt sind (so *Jähnke* FS BGH IV, 393, 406; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 39) oder ob damit auch Erlaubnissätze aus dem Nebenstrafrecht erfasst sein sollen (so *Paeffgen* NK Rdn. 58).

²²¹ Weiter *Jescheck/Weigend* § 31 III 3; *Sch/Schröder/Eser* § 1 Rdn. 17, § 2 Rdn. 4; *Ransiek* Lebenswirklichkeit S. 100 ff, 112 f;

Rudolphi SK § 1 Rdn. 24, 25 a; *Schmitz* MK § 1 Rdn. 13; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 3 Rdn. 8; *Würtenberger* FS Rittler, 125, 133; w. Nachw. bei *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 450 m. Fuß. 397.

²²² So auch – allerdings ohne nähere Diskussion – *Erb* ZStW 108 (1996) 266, 272, 273 ff, 279, der allgemein von „gesetzlich formulierten“ Rechtfertigungsgründen spricht.

²²³ Weiter *Hundt* Wirkungsweise S. 64; *Kratzsch* GA 1971 65, 72; *Jähnke* FS BGH IV, 393, 406; *Jescheck/Weigend* § 31 III 3; *Maurach/Zipf* § 10 Rdn. 21; *Rudolphi* SK § 1 Rdn. 25 a; *Schmidhäuser* StuB 3/31; andeutungsweise *Engels* GA 1982 109, 120 f; für eine Unterscheidung zwischen Strafunrechtsausschlussgründen (Anwendbarkeit) und allgemeinen Rechtfertigungsgründen (Unanwendbarkeit) *Amelung* JZ 1982 617, 620; *Günther* FS Grünwald, 213, 220.

²²⁴ Weiter BVerfGE 41 314; 48 48, 55; 51 60, 74; 75 329, 343; 78 374; BVerfG NJW 1992, 35; GRUR 2001 266.

6 40; 20 177, 181 [zum Rückwirkungsverbot]; 28 73; BGH JZ 1982 301)²²⁵ findet Art. 103 Abs. 2 GG auch auf außerhalb des StGB normierte Rechtfertigungsgründe Anwendung.²²⁶ Eine Beschränkung des Gesetzlichkeitsprinzips auf strafgesetzlich geregelte Erlaubnissätze würde ferner zu willkürlichen Ergebnissen führen.²²⁷

- 65** Keine Anwendung findet das Gesetzlichkeitsprinzip auf **gewohnheitsrechtlich** entwickelte Erlaubnissätze, weil das Gewohnheitsrecht nicht Teil der vom Gesetzgeber garantierten Strafrechtsordnung ist (hierzu *Erb ZStW* 108 [1996] 266, 279; anders *Jung Züchtigungsrecht* S. 63 ff). Differenziert zu beurteilen ist dagegen die Behandlung **richterrechtlicher** Rechtfertigungsgründe.²²⁸ Das Analogieverbot kann hier von vornherein nicht gelten, weil die Möglichkeit bestehen muss, eine Rechtsfortbildung abzuändern oder aufzuheben, wenn diese nunmehr für unrichtig gehalten wird. Dagegen kann das Rückwirkungsverbot zur Anwendung kommen (*Paeffgen NK Rdn.* 58 a. E.), namentlich dann, wenn die Gerichte gesetzlich normierte Rechtfertigungsgründe ausgelegt haben oder sonst gesetzesvertretend tätig geworden sind (näher Rdn. 70). BVerfGE 95 96, 132 f hat die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzlichkeitsprinzips auf ungeschriebene Erlaubnisnormen ausdrücklich offengelassen.

- 66** **bb) Das Gesetzlichkeitsprinzip in seinen Einzelausprägungen.** (1) Das **Analogieverbot** verbietet auch bei Rechtfertigungsgründen lediglich eine *wortlautüberschreitende* Einengung²²⁹ zu Lasten des Täters (*Paeffgen NK Rdn.* 58). Möglich bleiben daher teleologische Einschränkungen (Reduktionen),²³⁰ die sich im Rahmen des Wortlauts halten, wie etwa die sog. sozial-ethischen Einschränkungen des Notwehrrechts in Auslegung des Normmerkmals „geboten“ (ebenso BGHSt 26 143; *Sch/Schröder/Eser* § 1 Rdn. 14; *Schünemann GA* 1985 341, 369 f).²³¹ Ein Verstoß gegen das Analogieverbot liegt dagegen

²²⁵ Zur Diskussion über den sog. „faktischen Geschäftsführer“ bei §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG vgl. *Scholz/Tiedemann GmbHG*, 9. Aufl. 2002, § 84 Rdn. 27 ff m. w. N.

²²⁶ Analogien können hier somit allenfalls dann zulässig sein, wenn bei einem Blankettstrafatbestand das Verweisungsgesetz selbst Gesetzesumgehungen erfasst; hierzu *Hirsch GedS Tjong*, 50, 64 f; *Jakobs* 4/42a; *Sch/Schröder/Eser* § 1 Rdn. 33; kritisch *Schmitz MK* § 1 Rdn. 60 („nicht unproblematisch“).

²²⁷ Insoweit zutreffend die Kritik, nicht jedoch die hieraus gezogene Konsequenz (Unanwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG) bei *Günther FS Grünwald*, 213, 217; *Roxin AT I* § 5 Rdn. 42 m. Fußn. 71; s. ferner *Jakobs* 4/44 m. Fußn. 75, der aus diesem Grund auch wortlautüberschreitende Anwendungen zulassen möchte.

²²⁸ Bedeutungslos wird die Unterscheidung von Gewohnheits- und Richterrecht allerdings, wenn für die Anerkennung einer Rechtsregel auch deren Billigung gerade durch die Rechtsprechung verlangt wird.

²²⁹ Zur Abgrenzung zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Analogie BVerfGE 73 206, 235; 92 1, 12; *Baumann/Weber/Mitsch* § 9 Rdn. 84 ff; *Grünwald FS Arth. Kaufmann*, 433, 440 ff; *Hassemer/Kargl NK* § 1 Rdn. 78 ff; *Jähne FS BGH IV*, 393, 400; *Müller-Dietz FS Lenckner*, 179, 189; *Roxin AT I* § 5 Rdn. 26 ff. Anders *Krey Studien* S. 173 ff, 204 ff, 247 f, der neben der Wortlautgrenze auch den gesetzgeberischen Regelungszweck als materielle Auslegungsgrenze ansieht; gegen eine Bindung an den Wortlaut auch *Jakobs* 4/35 ff; *Schmidhäuser AT* 5/42; *Stratenwerth/Kuhlen AT* § 3 Rdn. 31 ff; zum Ganzen *Roxin AT I* § 5 Rdn. 36 ff m. w. N. auch zur (nicht einheitlichen) Rechtsprechung.

²³⁰ Näher zu teleologischen Reduktionen *Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (1995) S. 210 ff; *Rönnau JuS* 2001 328, 330 ff m. w. N.

²³¹ *Abw. Engels GA* 1982 109 ff; *Engisch FS Mezger*, 127, 131; *Frister GA* 1988 291, 315; *Kratzsch GA* 1971 65, 72; *Paeffgen NK Rdn.* 63; *Spindel LK*¹¹ Rdn. 308. Allerdings gilt hier auch für den Rechtsanwender das

vor, wenn der Strafrichter einen positivierten Rechtfertigungsgrund entgegen dem Wortlaut einschränkt, also eine Korrektur des Gesetzestextes zum Nachteil des Täters vornimmt (zu *strafgesetzlich* geregelten Erlaubnissätzen *Engisch* FS Mezger, 127, 131; *Paeffgen* NK Rdn. 66).²³² Beispielsweise wäre es unzulässig, als zusätzliche Erfordernisse für § 32 allgemein eine Güterabwägung (so richtig *Erb* ZStW 108 [1996] 266, 288; *Paeffgen* NK Rdn. 58, 66; *Jung* Züchtigungsrecht S. 59) und für § 34 die pflichtmäßige Prüfung der Sachlage zu verlangen. Soweit in der Literatur zum Teil auch über den Wortlaut hinausgehende teleologische Reduktionen von Rechtfertigungsgründen für zulässig erachtet werden (so *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 25 m. w. N.),²³³ kann dem nicht gefolgt werden, weil anderenfalls die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit strafrechtlicher Sanktionen in Frage gestellt würde (hierzu *Erb* ZStW 108 [1996] 266, 275 f.). Auch besteht aufgrund der Entwicklungsoffenheit der Rechtfertigungsgründe (Rdn. 59) schon kein praktischer Anlass für diese verfassungsrechtlich bedenkliche Forderung (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 37; *Niedermayr* Einwilligung S. 31).²³⁴

Die vorgenannten Schranken des Gesetzlichkeitsprinzips gelten selbst dann, wenn die Berufung des Täters auf den Erlaubnissatz treuwidrig oder rechtsmissbräuchlich ist (*Schmitz* MK § 1 Rdn. 59), dieser etwa eine rechtswidrige behördliche Genehmigung durch unvollständige oder falsche Angaben erlangt hat.²³⁵ Der **Rechtsmissbrauchsgedanke** rechtfertigt keine Beschränkungen von Rechtfertigungsgründen (so aber *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 25; *Hundt* Wirkungsweise S. 59 ff m. w. N.). Selbst wenn der Gedanke des Rechtsmissbrauchs der gesamten Rechtsordnung „immanent“ (im Sinne eines Rechtsprinzips) oder als „naturrechtliches Gemeingut“ anzusehen sein sollte (so *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 25; *Paeffgen* ZStW 97 [1985] 513, 523 f; *Hundt* Wirkungsweise S. 60 m. w. N.),²³⁶ würde ihm der für eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG erforderliche Verfassungsrang fehlen.²³⁷ Auch die sozial-ethischen Einschränkungen des Not-

67

(freilich abgeschwächte) Bestimmtheitsgebot insoweit, als er daran gehindert ist, general-klauselartige Einschränkungen zu formulieren (Rdn. 69); hierzu *BVerfG* NJW 1995 1141, 1142 f; *Erb* ZStW 108 (1996) 266, 294 m. Fußn. 118.

²³² Ferner *Bockelmann/Volk* § 4 C I 3; *Engels* GA 1982 109 ff; *Jescheck/Weigend* § 31 III 3; *Kratzsch* GA 1971, 65, 71 f; *Krause* GA 1979 329, 330; *Maurach/Zipf* § 10 Rdn. 20; *Mitsch* Rechtfertigung S. 146; *Schmidhäuser* StuB 3/21; ebenso bereits *H. Mayer* AT § 30 IV 4b u. näher *Würtenberger* FS Rittler, 125, 133.

²³³ Diejenigen, die Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungsebene bzw. auf den gesamten Bereich des AT nicht für anwendbar erachten, sehen eine Auslegungsgrenze ohnehin allein in dem Gesetzeszweck, vgl. *Jakobs* 4/37; *Roxin* AT I § 5 Rdn. 42.

²³⁴ Anders *Krey* Studien S. 233 ff; *Lenckner* GA 1968 1, 9; *Roxin* Kriminalpolitik S. 31 f; *ders.* ZStW 93 (1981) 68, 80; *ders.* AT I § 5 Rdn. 42; zu ihnen kritisch *Engels* GA 1982 109, 123 ff.

²³⁵ Zu Recht wird daher der Verstoß gegen das Analogieverbot als Argument gegen eine eingeschränkte Verwaltungsakzessorietät auch auf der Rechtfertigungsebene angeführt; statt vieler *Rengier* ZStW 101 (1989) 874, 889 f; *abw.* – die rechtfertigende Wirkung behördlicher Genehmigungen als „außerstrafgesetzlich“ und daher ohne weiteres nicht von der Garantiefunktion des Gesetzlichkeitsprinzips umfasst ansehend – *Breuer* NJW 1988 2072, 2080; *Ensenbach* Verwaltungsakzessorietät S. 159; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 63. Näher zum Rechtsmissbrauchs-Argument im Strafrecht *Kölbel* GA 2005 36 ff.

²³⁶ Zur Anwendung des Rechtsmissbrauchsgedankens auf der Ebene des einfachen Rechts *Schlehofer* MK Rdn. 61 ff m. w. N.

²³⁷ *Paeffgen* ZStW 97 (1985) 513, 524; nicht diskutiert wird ein möglicher Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG etwa von *Perschke* *wistra* 1996 161, 165 f.

wehrrchts beruhen nach h. L. nicht auf dem Rechtsmissbrauchsgedanken, sondern sind Folge der eingeschränkten Wirkung des Rechtsbewahrungsprinzips (hierzu *Erb ZStW 108 [1996] 266, 289; Jakobs 12/49 ff; Sch/Schröder/Lenckner Rdn. 47*)²³⁸ oder der Manipulation der Regel-Ausnahme-Verhältnisses²³⁹ mit der Konsequenz, dass etwa dem Provokateur allein Defensivnotstandsbefugnisse verbleiben (näher *Rönnau/Hohn LK § 32 Rdn. 252*). Zutreffend hat es der BGH NJW 2005 2095, 2098 daher (unter Hinweis auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG) abgelehnt, die Tatbestandswirkung einer ausländerrechtlichen Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung (keine „unerlaubte Einreise“ i. S. der §§ 92 Abs. 1 Nr. 1 u. 6, 92a Abs. 1 AuslG, §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 u. 3, 96 Abs. 1 AufenthG) deshalb einzuschränken, weil die Genehmigungen infolge falscher Angaben der Einreisenden erteilt wurden. Entsprechendes hat auch auf der Rechtfertigungsebene zu gelten, denn auch dann, wenn der Täter einen Erlaubnissatz rechtsmissbräuchlich für sich in Anspruch nimmt, geht es um die Frage, ob Strafunrecht vorliegt oder nicht.

- 68** Der nullum-crimen-Grundsatz steht dagegen *Erweiterungen* der Rechtfertigungsgründe – insbesondere durch Analogien – nicht entgegen, da es sich hierbei in Bezug auf die Strafbarkeit um eine Einschränkung handelt (*Erb ZStW 108 [1996] 266, 271; Paeffgen NK Rdn. 59 f; Hirsch LK¹¹ Rdn. 36*).²⁴⁰ *Beispiel*: analoge Anwendung des § 193 auf § 18 FAG (AG Groß-Gerau StV 1983 247). Zwar bewirkt eine solche Erweiterung zwangsläufig eine Ausdehnung der Duldungspflicht des durch die Täterhandlung Betroffenen und erweitert damit – insbesondere in Notwehrfällen – faktisch dessen Strafbarkeitsbereich. Ausschlaggebend ist jedoch, dass sich diese Strafbarkeitserweiterung lediglich *mittelbar* über das Merkmal „Rechtswidrigkeit des Angriffs“ der Notwehrovorschrift durch Rezeption einer in anderem Zusammenhang getroffenen rechtlichen Wertung ergibt. Art. 103 Abs. 2 GG will aber nach Sinn und Zweck solche nur indirekten Strafbarkeitserweiterungen nicht erfassen (so auch *Hirsch LK¹¹ Rdn. 36; Schmitz MK § 1 Rdn. 26; Suppert Studien S. 297*).²⁴¹ Auch hier gelten jedoch die allgemeinen Regeln, insbesondere kommen Analogieschlüsse dort nicht in Betracht, wo ein anderer Wille des Gesetzgebers erkennbar entgegensteht (BGHSt 14 213, 217; 15 198, 199 [gegen Gesetzesanalogie zu Tatbeständen der tätigen Reue]).²⁴² Auch können Eingriffsrechte nicht schrankenlos ausgedehnt werden (Rdn. 71).

²³⁸ *Abw. Hundt* Wirkungsweise S. 60 f.

²³⁹ Leitgedanke der Notwehrein-schränkung in (Absichts-)Provokationsfällen ist danach folgender: Das scharfe Notwehrrecht wird für den Ausnahmefall gewährt, in dem die regulären Schutzmechanismen des Rechts (Rechtsgüterschutz durch präventive Gefahrenabwehr oder repressive Strafsanktionen) versagen, der Angegriffene – häufig auf sich allein gestellt – also die Verteidigung selbst zu organisieren hat. Erzeugt nun der Bürger durch eine vorangegangene Provokation absichtlich eine Notwehrlage, manipuliert er dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis aus eigensüchtigen Motiven, um unter dem „Deckmantel“ des Notwehrrechts dem Provozierten Schäden an seinen Rechtsgütern zuzufügen.

²⁴⁰ Weiter *Ransiek* Lebenswirklichkeit S. 101;

Rudolphi SK § 1 Rdn. 25; Sch/Schröder/Eser § 1 Rdn. 14; Ch. Schmid Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 101 f.

²⁴¹ Weiter *Hassmer/Kargl NK § 1 Rdn. 67; Paeffgen NK Rdn. 60, 65; Rudolphi SK § 1 Rdn. 20, 25; Sch/Schröder/Eser § 1 Rdn. 14, 31; ferner Erb ZStW 108 (1996) 266, 271 – allerdings ohne Begründung; abw. – auch Ausdehnungen von Erlaubnissätzen einbeziehend – *Evers ZRP 1970 147, 148; Gribbohm JuS 1966 155, 159 m. Fußn. 15* (für § 127 Abs. 1 StPO); *Hillenkamp* Vorsatzat S. 165; *Krey Studien S. 234 ff*; jedenfalls für das Kernstrafrecht auch *Jähnke FS BGH IV, 393, 398, 405 ff*, der aber weitreichende Ausnahmen (rechtfertigende Pflichtenkollision, gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe) zulässt.*

²⁴² Zweifelnd dagegen *Paeffgen NK Rdn. 58*.

(2) Bei Erlaubnissätzen kann das **Bestimmtheitsgebot** naturgemäß nur eingeschränkt zur Anwendung kommen (*Hirsch* LK¹¹ Rdn. 40; *ders.* FS BGH IV, 199, 232).²⁴³ Denn jeder Rechtfertigung liegt letztlich eine einzelfallbezogene, situationsbedingte Angemessenheitsprüfung zugrunde, auch wenn die ausformulierten Erlaubnissätze dies nicht explizit vorsehen (hierzu *Erb ZStW* 108 [1996] 266, 286 ff m. w. N.).²⁴⁴ Allein die Subsumtion unter den Straftatbestand hat ohne Berücksichtigung einzelfallbezogener Besonderheiten, insbesondere unter Ausblendung berechtigter Gegeninteressen, zu erfolgen (*Erb ZStW* 108 [1996] 266, 287). Eine *strenge* Garantiefunktion können daher ausschließlich die Straftatbestände haben. Technisch ist es zudem gar nicht möglich, alle denkbaren Ausnahmesituationen exakt zu vertypen, so dass hier ohne generalklauselartige Begriffe (z. B. beim rechtfertigenden Notstand) nicht auszukommen ist und darüber hinaus sogar – weil Ausdehnung zugunsten des Täters – auf ungeschriebene Rechtssätze zurückgegriffen werden darf. Jedoch schließt Art. 103 Abs. 2 GG es aus, dass an die Stelle ausformulierter oder ausformulierbarer, wenn auch wesensmäßig weitgefasserter Rechtfertigungsgründe lediglich eine Generalklausel²⁴⁵ gesetzt wird (*Erb ZStW* 108 [1996] 266, 290; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 40; *ders.* FS BGH IV, 199, 232).²⁴⁶ Welche Schwierigkeiten leitbildlose Merkmale innerhalb von Rechtfertigungsgründen bereiten können, wird besonders deutlich bei der in § 228 normierten objektiven Einwilligungsschranke (näher hierzu *Hirsch* LK¹¹ § 228 Rdn. 2; *Rönnau* Willensmängel S. 161 ff; jew. m. w. N.).²⁴⁷ Der Rückgriff auf pauschale Rechtfertigungsformeln verstößt auch dann gegen das Bestimmtheitsgebot, wenn die Erlaubnissätze anderen Rechtsgebieten entnommen werden. Denn bei einem Blankettverweis gilt das Bestimmtheitsgebot sowohl für die Blankettnorm als auch für die blankettausfüllende Vorschrift,²⁴⁸ problematisch ist die Verweisung auf untergesetzliche Normen (Rechtsverordnungen), Verwaltungsakte oder EG-Recht (vgl. zum Ganzen *Schmitz* MK § 1 Rdn. 49 ff; *Ransiek* NK Vor § 324 Rdn. 17 ff).

²⁴³ Weiter *Jung* Züchtigungsrecht S. 61 f; *Paeffgen* NK Rdn. 58, 68; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 25.

²⁴⁴ Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass sämtliche Rechtfertigungsgründe einem allgemeinen Abwägungsvorbehalt unterliegen (hierzu *Erb ZStW* 108 [1996] 266, 286 ff, 288 f); gegen eine Einschränkung des Bestimmtheitsgebots aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit insbesondere *Sternberg-Lieben* GedS Keller, 289, 292 f m. w. N.

²⁴⁵ *Jescheck/Weigend* § 24 I 3 b weisen zutreffend darauf hin, dass reine Generalklauseln wie: rechtmäßig ist eine Handlung, wenn sie „rechtes Mittel zum rechten Zweck“ ist (*Graf zu Dohna* Rechtswidrigkeit S. 48), oder: rechtswidrig ist ein Verhalten, „das nach seiner Tendenz dem Staat und seinen Gliedern mehr schadet als nützt“ (*Sauer* Grundlagen S. 391), die Rechtssicherheit gefährden und niemals zur Lösung des Einzelfalles verwendet werden sollten.

²⁴⁶ *Erb ZStW* 108 (1996) 266, 294 ff sieht in

dem Merkmal der Gebotenheit in § 32 Abs. 2 einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot. Dies überzeugt aber schon deshalb nicht, weil nicht erkennbar ist, welchen Gewinn eine gesetzliche Normierung der „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts im Vergleich zu den von der Rechtsprechung bereits entwickelten Fallgruppen brächte.

²⁴⁷ Ferner *Sternberg-Lieben* Objektive Schranken S. 136 ff; *ders.* GedS Keller, 289, 296 ff; *Paeffgen* NK § 228 Rdn. 44 ff; *Niedermaier* Einwilligung S. 29 ff, 47 ff (auch zur Geltung des Bestimmtheitsgebots).

²⁴⁸ Da die Garantien des Gesetzlichkeitsprinzip auf der Rechtfertigungsebene grundsätzlich zur Anwendung kommen (Rdn. 62), gelten keine anderen Maßstäbe als auf der Tatbestandsebene; zur Bedeutung des Bestimmtheitsgebots bei der Tatbestandswirkung materiell rechtswidriger Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigungen BGH NJW 2005 2095, 2098.

70 (3) Aus dem **Rückwirkungsverbot** folgt bei den Rechtfertigungsgründen, dass ein im Zeitpunkt der Tat geltender gesetzlicher Rechtfertigungsgrund nicht rückwirkend aufgehoben oder eingeschränkt werden kann (*Lackner/Kühl* § 1 Rdn. 4; *Paeffgen* NK Rdn. 69; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 26; *Ch. Schmid* Tatbestand und Rechtswidrigkeit S. 102 f). Der Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG (Rdn. 62) kommt hier voll zum Tragen, weil bei einer rückwirkenden Beseitigung der unrechtausschließenden Wirkung eines Erlaubnissatzes die Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktionen nicht gewährleistet wäre. Keine Anwendung findet das Rückwirkungsverbot demgegenüber bei der Aufhebung oder Einschränkung lediglich *gewohnheitsrechtlich* anerkannter Erlaubnissätze (Rdn. 65; *Erb ZStW* 108 [1996] 266, 279; *abw. Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 26; offenlassend *BVerfGE* 95 96, 132). Ferner sind rückwirkende Beschränkungen *richterrechtlich* entwickelter oder erweiterter Erlaubnissätze grundsätzlich möglich.²⁴⁹ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Gerichte unbestimmte Merkmale von gesetzlich geregelten Erlaubnissätzen konkretisiert haben oder sonst (etwa durch die Schaffung richterrechtlicher Rechtfertigungsgründe) gesetzesvertretend tätig geworden sind. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung Raum für eine Rechtsfortbildung gelassen hat, wie insbesondere im Bereich des AT (*Paeffgen* NK Rdn. 63 m. w. N.);²⁵⁰ *abw.* wird das Rückwirkungsverbot selbst bei gesetzesvertretendem Richterrecht für unanwendbar gehalten (*Hirsch* FS BGH IV, 199, 230; *Roxin* AT I § 5 Rdn. 54 a. E.). Auf der Tatbestandsebene entspricht dies der h. M. (*BVerfG* NStZ 1990 537 [zur Herabsetzung der Promillegrenzwerte bei Straßenverkehrsdelikten]).²⁵¹ Für die hier vertretene Differenzierung streitet Art. 7 Abs. 1 EMRK, der auch die *Auslegung* geschriebenen Rechts durch die Gerichte erfasst (*EGMR* NJW 2001 3035, 3037, 3040). Dagegen kommt dem Täter, der irrig auf die (Fort-)Geltung von Gewohnheits- oder (nichtgesetzesvertretendem) Richterrecht vertraut, allenfalls die Vergünstigung des § 17 (unvermeidbarer Verbotsirrtum) zugute (*BVerfGE* 18 224, 240; BGH bei Dallinger MDR 1970 196; *Roxin* AT I § 5 Rdn. 61). Zur Rückwirkungsproblematik bei der strafrechtlichen Beurteilung staatlichen Unrechts (insb. der NS-Verbrechen und der sog. Mauerschützen-Fälle) s. Rdn. 73.

c) Sonstige Gültigkeitsfragen

71 aa) **Verstoß gegen positives Recht.** Ein Rechtfertigungsgrund ist unwirksam, wenn er gegen höherrangiges positives Recht verstößt (*lex superior*). Für landesrechtliche Rechtfertigungsgründe folgt dies bei einem Widerspruch zu bundesrechtlichen Rechtfertigungsgründen ausdrücklich aus Art. 31 GG. Wo dagegen die in Rede stehende Materie in den Kompetenzbereich des Landesgesetzgebers fällt, bleibt es bei der Gültigkeit der *lex*

²⁴⁹ Ebenso für die Einschränkung von Richterrecht auf der Tatbestandsebene *BVerfGE* 11 234, 238; 18 224, 240 f; *BVerfG* NJW 1990 3140; NJ 2000 139, 140; BGH bei Dallinger MDR 1970 196; BayObLG NJW 1990 2833; KG NJW 1967 1766; OLG Frankfurt NJW 1969 1634; OLG Karlsruhe NJW 1967 2167; s. zum Ganzen *Schmitz* MK § 1 Rdn. 33 m. w. N. Da es sowohl auf der Tatbestandsebene als auch auf der Rechtfertigungsebene um die Bestimmung strafrechtlichen Unrechts geht, lassen sich diese Grundsätze auch auf Erlaubnissätze übertragen.

²⁵⁰ Zur Rechtsprechungsänderung bei Tatbestandsmerkmalen ebenso *Hassemmer/Kargl* NK § 1 Rdn. 51 ff; *Schmitz* MK § 1 Rdn. 33; differenzierend danach, ob die Abweichung von einer Bedeutung sei, die ein Eingreifen des Gesetzgebers hätte erwarten lassen, *Baumanni/Weber/Mitsch* § 9 Rdn. 38.

²⁵¹ Weiter *Erb ZStW* 108 (1996) 266, 280 m. Fußn. 65; *Jakobs* 4/80 f; *Roxin* AT I § 5 Rdn. 61; jew. m. w. N.

inferiori. Hier stellt sich lediglich die Frage nach der Auflösung einer solchen Normkollision; zum Problem der Geltung des § 32 neben den landesrechtlichen Vorschriften über den Schusswaffengebrauch *Rönnau/Hohn LK § 32 Rdn. 216 ff; Sch/Schröder/Lenckner/Perron § 32 Rdn. 42 b, 42 c; Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 57 ff; jew. m. w. N. Im Übrigen kann sich die *Ungültigkeit* eines Rechtfertigungsgrundes aus dem Widerspruch zu anderen Normen des GG ergeben. Ein Rechtfertigungsgrund ist dann verfassungswidrig, wenn der Staat dem Täter zu weit gehende Eingriffsbefugnisse einräumt und hierdurch die Grundrechte des Angegriffenen verletzt. Die *Abwehrfunktion* der Grundrechte kommt allerdings nur dann zur Geltung, wenn dem Staat Eingriffsbefugnisse in Rechtspositionen des Bürgers eingeräumt werden, denn nur in diesem Verhältnis gelten die Grundrechte unmittelbar. *Beispiel:* Dienstrechte der Beamten, Soldaten und Behörden (§ 758 ZPO, §§ 102 ff, 127 Abs. 2 StPO, §§ 14 ff, 38 BGG, §§ 4 ff UZwGBw, §§ 8 ff UZwG, §§ 99, 100 StVollzG).²⁵² Schwieriger zu beurteilen ist die Wirkungsweise der Grundrechte, wenn Eingriffsrechte zwischen Privaten in Rede stehen (§§ 32, 34, 193 StGB, § 127 Abs. 1 StPO). Da die Grundrechte hier keine unmittelbare Anwendung finden, kommt die Grundrechtswidrigkeit eines Rechtfertigungsgrundes erst dann in Betracht, wenn der Staat seine Pflicht zum Schutz der Grundrechtsposition eines Einzelnen dadurch verletzt, dass er zu weit gehende Eingriffsrechte normiert.²⁵³ *Beispiel:* Rechtfertigung eines nicht indizierten Schwangerschaftsabbruchs unter der Voraussetzung einer vorherigen Beratung der Schwangeren gem. §§ 218 a Abs. 1, 219 Abs. 3 Satz 2 StGB i. d. F. des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes (StÄG) vom 18.06.1974 (BVerfGE 88 203, 251 ff). Darüber hinaus können sich *Beschränkungen* durch Grundrechte auch zwischen Privaten ergeben, sofern sich diese im Rahmen einer nach dem Wortlaut möglichen Auslegung halten (zur Wortlautgrenze Rdn. 66). *Beispiel:* Einschränkung des Notwehrrechts bei Eingriffen in hochrangige Rechtsgüter des Angreifers (Leib, Leben) zur Bewahrung von (geringfügigen) Sachwerten. Die Möglichkeit einer solchen mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten ist seit BVerfGE 7 198 anerkannt. Dagegen richten sich die Grundfreiheiten der EMRK zum Zwecke der Begrenzung staatlicher Machtausübung ausschließlich an Hoheitsträger, so dass insbesondere das Tötungsverbot (Art. 2 EMRK) keinen Einfluss auf den Umfang des Notwehrrechts hat; hierzu *Rönnau/Hohn LK § 32 Rdn. 237; Paeffgen NK Rdn. 70, 75; Trechsel ZStW 101 (1989) 819, 820 ff; jew. m. w. N.*

bb) Verstoß gegen überpositive Rechtsgrundsätze, insbes. bei der Bewältigung staatlichen Unrechts (NS-Verbrechen und Mauerschützen-Fälle). Die Ungültigkeit eines Rechtfertigungsgrundes aufgrund überpositiver Rechtsgrundsätze kommt de lege lata für im Geltungsbereich des GG begangene Taten nicht in Betracht, da die Verfassung und damit das positive Recht umfassende rechtliche Sicherungen enthalten; zum Rechtsmissbrauchsgedanken als „naturrechtlichem Gemeingut“ s. Rdn. 67. Anders liegt es bei der Beurteilung von Straftaten, die vor Inkrafttreten des GG oder außerhalb seines im Tatzeitpunkt bestehenden Geltungsbereichs begangen sind. Damit wird nicht behauptet, dass die Sicherungen des GG, insbesondere die des Gesetzlichkeitsprinzips, hier keine Anwendung finden; jedoch ist der Rückgriff auf überpositive Rechtsgrundsätze deshalb statthaft, weil in diesem Fall die demokratisch-rechtsstaatliche Legitimität nicht ohne weiteres schon durch das positive Recht gewährleistet ist (hierzu *Werle NJW 2001 3001, 3003; auch*

²⁵² § 14 Abs. 3 LuftSiG ist vom BVerfG (Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, NJW 2006 751) für verfassungswidrig erklärt worden.

²⁵³ Insoweit ist problematisch, ob als Maßstab

das Willkürverbot oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Untermaßverbot) zur Anwendung kommt.

Paeffgen NK Rdn. 71). Überpositive Rechtsgedanken können daher zur Ungültigkeit eines positivierten Rechtfertigungsgrundes führen, wenn die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung zu Unrechtszwecken missbraucht wird, wie es insbesondere in der NS-Zeit, aber auch in der früheren DDR²⁵⁴ unter dem SED-Regime geschehen ist:²⁵⁵ Kommt in einer Regelung ein „offensichtlich grober Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit“ zum Ausdruck, der so schwer wiegt, dass er die der Volkergemeinschaft „gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt“, so bleibt sie wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht als Rechtfertigungsgrund unbeachtlich (BGHSt 39 1, 15 f [1. Mauerschützen-Entscheidung]).²⁵⁶ Es geht um Regelungen, die dem überpositiven „Kernbereich des Rechts“ widersprechen (BGHSt 2 234, 237; KG NJW 1956 1570; LG Berlin JZ 1992 691, 692), „die Gerechtigkeit nicht einmal anstreben“ (BGHSt 3 357, 363). Der Widerspruch zur Gerechtigkeit muss so unerträglich sein, dass das positive Gesetz (oder die sonstige staatliche Regelung) als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat, sog. **Radbruchsche Formel** (BGHSt 39 1, 16; 168, 183 f; 40 218, 232; 241, 244 ff; 41 101, 105).²⁵⁷ Auch das Schrifttum erachtet mit dieser Begründung verbreitet eine strafrechtliche Ahndung für zulässig (*Hassemer* FS BGH IV, 439, 463; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 42; *Saliger* Radbruchsche Formel S. 36 ff).²⁵⁸ Die internationalen Menschenrechtspakte bieten hierbei Anhaltspunkte dafür, wann der Staat nach der „Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft“ Menschenrechte verletzt und damit seine Gesetze als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen haben (BGHSt 39 1, 14 ff; 168, 183; 40 241, 244 ff).²⁵⁹ Neben der Allgemeinen Erklärung über Menschenrechte von 1948 ist hierbei der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 von besonderer Bedeutung (EGMR NJW 2001 3035, 3040), auch wenn er entgegen Art. 51 der DDR-Verfassung niemals in natio-

²⁵⁴ Siehe zur Geltungsproblematik in Bezug auf Fälle aus der ehemaligen DDR auch die umfangreichen Schrifttumsangaben bei *Lüderssen* ZStW 104 (1992) 735 ff sowie den Überblick zum Meinungsstand bei *Lackner/Kühl* § 2 Rdn. 16 f. Zu Fällen aus der NS-Zeit näher *Maurach* AT⁴ § 25 IV 2.

²⁵⁵ Gem. Art. 315 Abs. 1 EGStGB, § 2 StGB ist zur Beurteilung der Taten auf das Strafrecht der DDR abzustellen, sofern nicht das Recht der Bundesrepublik Deutschland milder ist (*lex mitius*).

²⁵⁶ Weiter BGHSt 2 173, 177; 234, 237 ff; 357, 362 f (Verschleppung von Juden); auch BGHSt 39 168, 183 f (2. Mauerschützen-Entscheidung); KG NJW 1991 2653, 2654 (Fall Honecker); *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 26.

²⁵⁷ Grundlegend *Radbruch* SJZ 1946 105, 107; bestätigt durch BVerfGE 95 96, 134 ff (Art. 103 Abs. 2 GG); BVerfG EuGRZ 1997 413, 416 (Art. 103 Abs. 2 GG); EGMR NJW 2001 3035, 3038 (Art. 7 Abs. 1 EMRK) m. krit. Bspr. *Rau* NJW 2001 3008 ff.

²⁵⁸ Weiter *Alexy* Mauerschützen S. 22 f, 29 f;

Buchner Rechtswidrigkeit S. 225; *R. Dreier* Vergangenheitsbewältigung S. 11 f; *Eser* FS Odersky, 337, 338 f; *Frommel* FS Arth. Kaufmann, 81, 87 ff; *Günther* FS Grünwald, 213, 219 f; *Laufhütte* FS BGH IV, 409, 420 ff; *Neumann* NK § 17 Rdn. 101; *Papier/Möller* NJW 1999 3289, 3291 f; **abw.** insbesondere *Amelung* JuS 1993 637, 640; *Dannecker/Stoffers* JZ 1996 490 ff; *H. Dreier* JZ 1997 421, 429; *Grünwald* FS Arth. Kaufmann, 433, 445 ff; *Jakobs* GA 1994 1, 11 ff; *Arth. Kaufmann* NJW 1995 81, 84 f; *Paulik* GA 1994 472, 478 ff; *ders.* Rechtsphilosophische Hefte II (1993) S. 95, 102 ff; *Rittstieg* DuR 1991 404, 413 ff; *Zielinski* FS Grünwald, 811, 821 ff; zweifelnd *Lampe* ZStW 106 (1994) 683, 712 f; weitere Schrifttumsnachw. bei *Paeffgen* NK Rdn. 71 m. Fußn. 176 u. 177; eine Übersicht zu den Argumenten findet sich bei *Ebert* FS Hanack, 501, 524.

²⁵⁹ Hierzu auch *Buchner* Rechtswidrigkeit S. 192 ff; *Herrmann* NStZ 1993 118; *Hirsch* Rechtsstaatliches Strafrecht S. 16 ff; kritisch *Frisch* FS Grünwald, 133, 139 ff; *Miehe* FS Gitter, 647, 657 ff.

nales DDR-Recht umgesetzt worden ist (BGHSt 39 1, 16; 41 101, 109f; *Ebert* FS Hanack, 501, 522 m. Fußn. 45).²⁶⁰ Er ist für die Bundesrepublik Deutschland und die damalige DDR am 23.3.1976 in Kraft getreten (BGBl. II 1068; GBl. DDR II 108).²⁶¹ Bei Anlegung dieser Maßstäbe ist der in § 27 Abs. 2 DDR-GrenzG vom 25.3. 1982 (GBl. DDR I 197) fixierte Rechtfertigungsgrund, wie er sich in der damaligen Staatspraxis darstellte (hierzu *Rosenau* Tödliche Schüsse S. 72 ff), bei der Rechtsanwendung nicht zu beachten (BGHSt 39 1, 15 ff; 168 ff; 40 218, 231 f; 41 101, 106 ff; BGH NStZ 1997 491, 492; *Roxin* AT I § 5 Rdn. 54; *Schreiber* ZStW 107 [1995] 157, 166 f, 170)²⁶² und vermag daher die Straftatbestandsmäßigkeit der Tötungshandlungen gem. §§ 112, 113 DDR-StGB nicht auszuschließen (BVerfGE 95 96, 136 f; BGHSt 41 101, 112 f; *Günther* FS Grünwald, 213, 220).²⁶³

Durch die Anwendung der Radbruchschen Formel wird das **Gesetzlichkeitsprinzip** **73** weder in Form des Analogie- noch des Rückwirkungsverbotes verletzt. Dieses kommt zwar auch auf der Rechtfertigungsebene zur Anwendung (Rdn. 62 ff). Die in der DDR praktizierte Auslegung und Anwendung der Gesetze und Verordnungen bieten jedoch keine ausreichende Vertrauensgrundlage, die eine Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG rechtfertigen könnte (BVerfGE 95 96, 130 ff; BVerfG EuGRZ 1997 413, 416; *Rittstieg* DuR 1991 404, 412).²⁶⁴ Das Rückwirkungsverbot ist schon deshalb nicht verletzt, weil der Rechtfertigungsgrund bereits zur Tatzeit unwirksam war (zutreffend *Ebert* FS Hanack, 501, 526; *Hirsch* FS BGH IV, 199, 230 f; *Papier/Möller* NJW 1999 3289, 3290 ff [auch zu den NS-Verbrechen]).²⁶⁵ Ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK liegt ebenfalls nicht vor (EGMR NJW 2001 3035, 3040). Dass ein Rechtfertigungsgrund gegen den *ordre public* der Bundesrepublik Deutschland verstoßen hat, genügt dagegen für sich allein nicht, ihm bei der Aburteilung einer unter dem früheren Recht der DDR begangenen Tat die Berücksichtigung zu versagen (BGHSt 39 1, 15 gegen *Küpper/Wilms* ZRP 1992 91, 93).

²⁶⁰ Weiter *H. Dreier* JZ 1997 421, 425; *abw.* einen Verstoß gegen den IPBPR jedenfalls mangels Transformation in nationales Recht ablehnend *Dannecker* Jura 1994 585, 591. Nach *Rittstieg* DuR 1991 404, 413 ff soll zwar ein Verstoß gegen den IPBPR vorliegen, jedoch soll dies nicht zu einem „offensichtlichen“ Verstoß gegen international allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze führen; ebenso *Polakiewicz* EuGRZ 1992 177, 181 ff.

²⁶¹ Zur Rechtslage vor dessen Inkrafttreten BGHSt 40 241, 245 ff; 41 101, 105; BGH NStZ 1993 129; 486; 1994 533; *Gropp* FS Triffterer, 103 ff (auch zur Rechtslage vor Inkrafttreten des DDR-GrenzG).

²⁶² Zur Schuld der „Mauerschützen“ BGHSt 39 1, 32 ff; 168, 188 ff; 40 241, 250 f; bestätigt durch BVerfGE 95 96, 140 ff; näher *Dannecker* Jura 1994 585, 593 f; *Ebert* FS Hanack, 501, 530 ff; *Neumann* NK § 17 Rdn. 101 f; jew. m. w. N.

²⁶³ *Abw.* wollen manche selbst bei Unwirksamkeit des § 27 DDR-GrenzG eine Strafbarkeit

verneinen und gehen von einem normativen „Vakuum“ aus; hierfür *Dannecker/Stoffers* JZ 1996 490, 493 f; *H. Dreier* JZ 1997 421, 428 ff; *Frisch* FS Grünwald, 133, 147 ff; *Jakobs* GA 1994 1, 11 f; *Arth. Kaufmann* NJW 1995 81, 84 f; *Schreiber* ZStW 107 (1995) 157, 165 f.

²⁶⁴ Ferner *Werle* NJW 2001 3001, 3003, 3006 (auch zu den NS-Verbrechen); *Saliger* Radbruchsche Formel S. 37. *Abw.* *Classen* GA 1998 215, 224; *Dannecker* Jura 1994 585, 592 f; *Dencker* KritV 1990 299, 304 ff; *Ebert* FS Hanack, 501, 526 ff; *Jakobs* GA 1994 1, 10 ff; *Lüderssen* Regierungskriminalität S. 68 f; *Luther* FS Bemmann, 202, 225 f; *Pieroth* VVDStRL 51 (1992) 91, 102 ff; *Polakiewicz* EuGRZ 1992 177, 187 ff; *Zielinski* FS Grünwald, 811, 812 ff; kritisch *Erb* ZStW 108 (1996) 266, 283.

²⁶⁵ *Abw.* *Ambos* StV 1997 39, 41; *Arnold* NJ 1997 115, 120; *Grünwald* FS Arth. Kaufmann, 433, 445 ff; *Schmitz* MK § 1 Rdn. 31.

- 74 Die Verurteilung der „Mauerschützen“ lässt sich im Übrigen ohne einen Rückgriff auf überpositive Rechtsgrundsätze darauf stützen, dass die den strafgerichtlichen Verurteilungen (Rdn. 72) zugrunde liegenden Taten bereits nach dem zur Tatzeit *geltenden* Recht der DDR²⁶⁶ rechtswidrig gewesen sind.²⁶⁷ Dies ergibt sich aus einer wortlautgetreuen und von der DDR selbst nach außen bekräftigten Auslegung des § 27 DDR-GrenzG (EGMR NJW 2001 3035, 3038; R. Dreier *Vergangenheitsbewältigung* S. 26 ff, 31; Hirsch *Rechtsstaatliches Strafrecht* S. 11 f, 29).²⁶⁸ Darüber hinaus muss das zur Tatzeit geltende Recht der DDR aufgrund der damals bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der DDR menschenrechtsfreundlich so ausgelegt werden, dass die erfolgten Tötungen nicht als gerechtfertigt angesehen werden können (hierzu BGHSt 39 168, 183 f; 40 241, 244; 41 101, 104 ff, 111 ff; LG Berlin NStZ 1992 492, 494);²⁶⁹ in BGHSt 39 1, 10 ff, 23 ff wird eine „menschenrechtsfreundliche“ Interpretation des § 27 DDR-GrenzG für nicht zwingend, aber doch möglich gehalten. Dass die Rechtfertigungsnormen – vom Staat veranlasst und auch tatsächlich gewollt – völlig abweichend von ihrem Wortlaut praktiziert wurden (hierzu *Erb ZStW* 108 [1996] 266, 281; *Jakobs GA* 1994 1, 5 ff), ist dagegen unerheblich.²⁷⁰ Geheime Befehle, Erlasse und Ermächtigungsschreiben, die in Unrechtsregimen praktisch noch bedeutsamer sind als in Gesetzes- oder Ordnungsform gekleidete (ungültige) Rechtfertigungsgründe, sind schon deshalb (formell) unwirksam, weil es an der für einen Rechtssatz erforderlichen Verkündung fehlt (zu geheimen Führerbefehlen: OHGSt 1 324 m. Anm. *Eb. Schmidt SJZ* 1949 559, 563 u. Anm. *Welzel MDR* 1949 373, 375; OLG Frankfurt SJZ 1947 621, 623 f m. Anm. *Radbruch*).²⁷¹
- 75 Aber auch eine abstrakt gültige Rechtsnorm kann in concreto solche Maßnahmen der Exekutive nicht rechtfertigen, die als Willkürakte einen *Missbrauch der gesetzlich eingeräumten Befugnisse* enthalten (OLG Braunschweig NdsRpfl. 1948 48, 50). Das gleiche gilt für den Bereich der Rspr. (BGHSt 3 110; 4 66). Schon zur Zeit des 1. Weltkrieges hatte das RG entschieden, dass eine Schutzhaft, die nicht nach pflichtgemäßem Ermessen, sondern willkürlich angeordnet wurde, eine rechtswidrige Freiheitsentziehung darstellt (RGSt 92 240; 101 322). Heute folgt die partielle, weil lediglich die Anwendung

²⁶⁶ Eingehend zur damaligen Rechtslage *Rosenau Tödliche Schüsse* S. 42 ff, 57 ff, 98 ff; *Renzikowski ZStW* 106 (1994) 93 ff.

²⁶⁷ Von einem Verstoß des nationalen Rechts gegen die Verfassung der DDR, insbesondere deren Art. 19 und 30, geht EGMR NJW 2001 3035, 3039 aus; ablehnend *Ebert FS Hanack*, 501, 520 f m.w.N.

²⁶⁸ Weiterhin *Blumenwitz FS Kriele*, 713, 727; *Lüderssen Regierungskriminalität* S. 34 f; *Starck JZ* 2001 1102, 1104 ff. *Abw. Ebert FS Hanack*, 501, 520 m. Fußn. 40, der meint, dies gelte nicht für die, die auf unterer Ebene die Gesetze ausführten; in diese Richtung auch *Miehe FS Gitter*, 647, 650 ff, der schon nach dem Wortlaut des DDR-Rechts Straflosigkeit annimmt; ebenso *Schmitz MK* § 1 Rdn. 31.

²⁶⁹ Ferner *Baumann/Weber/Mitsch* § 9 Rdn. 49; R. Dreier *Vergangenheitsbewältigung* S. 31; *Eser FS Odersky*, 337, 338 f.

²⁷⁰ *Abw.* gehen bei Zugrundelegung des

tatsächlich praktizierten DDR-Rechts von einer **Straflosigkeit der „Mauerschützen“** aus *Ebert FS Hanack*, 501, 519 f; *Jakobs in Battis u. a. S.* 37, 51 ff; *ders. GA* 1994 1, 3 ff; *Rau NJW* 2001 3008, 3009 ff; *Werle NJW* 2001 3001, 3004 f, 3007; dagegen vor allem EGMR NJW 2001 3035, 3039; *Lüderssen ZStW* 104 (1992) 735, 742 ff; *Schreiber ZStW* 107 (1995) 157, 167 ff.

²⁷¹ Außerdem *Arndt NJW* 1964 486 u. 1310; *Baumann NJW* 1964 1398; *Henkys/Scharff/Baumann/Goldschmidt* Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen (1964); *Lewald NJW* 1964 1658; *Radbruch SJZ* 1946 105; *Redeker NJW* 1964 1097; *Sch/Schröder/Lenckner Rdn.* 26; *Welzel NJW* 1964 521; teilweise anders *Rittler SchwZStr.* 62 (1946) 253, 271; *Roesen NJW* 1964 133 u. 1111; *Werle NJW* 1992 2529. Weitere Nachw. zum Ganzen bei *Paeffgen NK Rdn.* 74 m. Fußn. 182.

im Einzelfall betreffende Nichtgeltung eines Rechtfertigungsgrundes aus dem Willkürverbot des Art. 3 GG.

d) Da die Rechtswidrigkeit stets als Eigenschaft einer tatbestandsmäßigen Handlung auftritt, kann für die Rechtswidrigkeitsbewertung allein die **Tatzeit** i. S. der Zeit der Ausführungshandlung (vom ersten Versuchsakt bis zur abschließenden Tätigkeit) entscheidend sein (z. B. RGSt 25 375, 383; 60 37; 61 393). Bei den relativ selbstständigen Akten einer rechtlichen Einheit (z. B. des Dauerdelikts) ist jeder Einzelakt für sich zu bewerten.²⁷² Da die Tatzeit (im Gegensatz zu der Zeit des eintretenden Erfolgs) maßgebend ist, kann es *keine bedingte* Rechtswidrigkeit dergestalt geben, dass sich durch nachträgliche Ereignisse eine nicht widerrechtliche Handlung zur widerrechtlichen oder eine zur Tatzeit widerrechtliche Handlung zur nicht widerrechtlichen wandelt. Der zur Tatzeit bestehende Rechtscharakter der Tat kann sich also nachträglich nicht umgestalten. Mithin gibt es im Unterschied zu der gem. § 184 BGB für Rechtsgeschäfte geltenden Regelung auch *keine Genehmigung* des Delikts mit der Wirkung, dass seine Rechtswidrigkeit ex tunc entfielen (RGSt 25 375, 383).²⁷³ Zu dem schon die Tatbestandsmäßigkeit betreffenden Problem, ob das Rechtsgut eines Zustandsdelikts im Zeitpunkt der Einwirkung auf das Tatobjekt bereits vorhanden sein muss oder ob genügt, es von vornherein gemindert entstehen zu lassen, s. *Lilie* LK¹¹ Vor § 223 Rdn. 7.

Wird nachträglich durch den Gesetzgeber der Umfang der Rechtfertigung erweitert, greift zwar § 2 Abs. 3 ein. Jedoch hebt er nicht die zur Tatzeit bestehende Rechtswidrigkeit auf (wichtig für die Notwehrrechte anderer), sondern besagt nur, dass in Bezug auf die Bestrafung des Täters so zu entscheiden ist, als habe der Rechtfertigungsgrund schon gegolten (ebenso *Paeffgen* NK Rdn. 76).

e) **Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen.** Treffen bei *einer* tatbestandsmäßigen Handlung mehrere Rechtfertigungsgründe zusammen, finden sie in der Regel nebeneinander Anwendung, da sie grundsätzlich voneinander unabhängig sind. Ausnahmsweise kann jedoch ein Rechtfertigungsgrund andere Rechtfertigungsgründe verdrängen, wenn er für einen Teilbereich die Voraussetzungen spezieller regelt (grundlegend *Warda* FS Maurach, 143 ff; näher *Thiel* Konkurrenz S. 109 ff, 147 ff²⁷⁴ und *Seelmann* Rechtfertigungsgründe passim).²⁷⁵ Gegenüber § 34 sind z. B. § 218 a Abs. 2 und 3, § 193 (bezüglich der in ihm enthaltenen Notstandsfälle) und die §§ 228, 904 BGB²⁷⁶ spezieller (näher

²⁷² *Mezger* LK⁸ Vor § 51 Bem. 9d; *Paeffgen* NK Rdn. 76.

²⁷³ Zu Einzelfragen *Mezger* LK⁸ Vor § 51 Bem. 9d.

²⁷⁴ *Thiel* unterscheidet zwischen „Kumulation“ und „Kollision“ von Rechtfertigungsgründen: Wenn alle konkurrierenden Rechtfertigungsgründe vollständig erfüllt sind, sollen sie grundsätzlich nebeneinander anwendbar sein. Liegen nicht sämtliche Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes vor, obgleich der Sachverhalt in seinen Regelungsbereich fällt, während eine andere Rechtfertigungsnorm ihren Voraussetzungen nach gegeben ist, spricht *Thiel* von „Kollision“. In einem solchen Fall soll bei „funktionaler Spezialität“

(zum Begriff auch *Warda* FS Maurach, 143, 166 f) der nicht erfüllten Rechtfertigungsnorm auch der Rückgriff auf die andere (deren Voraussetzungen vorliegen) gesperrt sein; vgl. dazu schon *Warda* FS Maurach, 143, 145 ff; *Schroeder* JuS 1980 336, 338 f und *Peters* GA 1981 445, 447 f.

²⁷⁵ Weiter *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 60; *Jescheck/Weigend* § 31 VI 2 m. Fußn. 43; *Gropengießer* Jura 2000, 262, 263; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 45 ff; *Wessels/Beulke* Rdn. 287.

²⁷⁶ Insofern aA *Hellmann* Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe S. 157 ff (strafrechtlicher Vorrang des § 34).

Zieschang § 34 Rdn. 82 ff; auch *Paeffgen* NK Rdn. 77) und gegenüber § 228 BGB der § 26 BJagdG. Die Spezialität kann ihren Grund sowohl darin haben, dass die Voraussetzungen der Rechtfertigung gegenüber der allgemeinen Regelung enger definiert werden (so beschränkt etwa § 26 BJagdG die Rechtfertigungsfolge gegenüber § 228 BGB auf bestimmte Tathandlungen)²⁷⁷ als auch darin, dass die speziellere Norm eine über die Rechtfertigungswirkung hinausgehende Rechtsfolge (vgl. bei § 904 BGB die Gewährung von Schadensersatz) anordnet oder ausschließt.²⁷⁸ Ist dagegen ein derartiges Verhältnis nicht gegeben, so können mehrere Rechtfertigungsgründe gleichrangig nebeneinander stehen, wobei jeder schon für sich allein die Rechtfertigungswirkung erzeugt. Wie die Notwehr zum rechtfertigenden Notstand steht, ist umstritten. Erklärt man sie mit der h. M. mit einer – vom Gesetzgeber zugunsten der Rechtsordnung vorweggenommenen – Interessenabwägung,²⁷⁹ liegt es nahe, sie als Spezialfall des allgemeinen Interessenabwägungsprinzips des § 34 anzusehen.²⁸⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung beruht die Notwehr als „außerordentliches“ Verteidigungsrecht für die Situation eines rechtswidrigen Angriffs aber zumindest auch auf anderen Prinzipien als die Notstandsrechte.²⁸¹ Sie stellt daher nicht lediglich einen Spezialfall des rechtfertigenden Notstands dar.²⁸² Liegen die Voraussetzungen der Notwehr bei einem menschlichen Angriff im Einzelfall nicht vor, z. B. mangels Rechtswidrigkeit oder Gegenwärtigkeit des Angriffs, kommt daher noch eine Rechtfertigung unter Notstandsgesichtspunkten in Betracht (BGH NJW 1989 2479, 2481; *Erb* MK § 34 Rdn. 26; *Neumann* NK § 34 Rdn. 13; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 51). Zur Frage, wie sich § 32 und die Besitzwehrvorschrift des § 859 Abs. 1 BGB zueinander verhalten, s. *Thiel* Konkurrenz S. 257 ff. Zu weiteren Konkurrenzverhältnissen *Thiel* Konkurrenz S. 232 ff (§ 34 und § 127 StPO), S. 244 ff (§ 34 und behördliche Genehmigung)²⁸³; zum Verhältnis von § 34 und Geschäftsführung ohne Auftrag etwa *Kühl* AT § 9 Rdn. 48 f m. w. N. Noch nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis öffentlich-rechtlicher Eingriffsbefugnisse zu den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen. Problematisch sind namentlich Fallgestaltungen, in denen das fragliche Verhalten etwa durch § 32 gerechtfertigt ist, sich nach öffentlich-rechtlichen Kriterien aber als rechtswidrig darstellt; ausführlich dazu *Felix* Einheit der Rechtsordnung S. 58 ff; auch *Roxin* AT I § 14 Rdn. 31 ff u. *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 216 ff.

²⁷⁷ Vgl. dazu *Warda* FS Maurach, 143, 164 f und *Roxin* AT I § 14 Rdn. 46.

²⁷⁸ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 45, 47; *Warda* FS Maurach, 143, 162 ff.

²⁷⁹ Statt vieler *Schlehofer* MK Rdn. 54.

²⁸⁰ Anders *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 46: Notwehr kein Spezialfall des Notstands, weil es bei ihr nicht um eine auf den Einzelfall bezogene Interessenabwägung gehe; wie hier aber *Renzikowski* Notstand S. 27. *Roxin* AT I § 14 Rdn. 48 bezeichnet denn auch § 34 als lex generalis für § 32 (was aber weder beim Vorliegen noch bei einem Ausschluss des § 32 zur Unanwendbarkeit des § 34 führen soll, aaO Rdn. 51).

²⁸¹ Vgl. dazu näher *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 62 ff, insbes. Rdn. 70.

²⁸² Im Ergebnis wie hier *Neumann* NK § 34

Rdn. 13, *Zieschang* LK § 34 Rdn. 93, *Jakobs* 11/17 u. *Renzikowski* Notstand S. 16, 81 f, 275 ff, 321 f, der die Notwehr als einer gegenüber den Notstandsrechten höheren Normschicht zugehörig ansieht. AA *Seelmann* Rechtfertigungsgründe S. 46 ff (§ 34 als gegenüber allen Rechtfertigungsgründen außer der Einwilligung logisch generelles Gesetz) u. *Tröndle/Fischer* § 34 Rdn. 22; differenzierend *Paeffgen* NK Rdn. 77; *Sch/Schröder/Lenckner/Perron* § 34 Rdn. 6; *Gropengießer* Jura 2000 262, 264: § 34 sperrt bei Vorliegen der Notwehrvoraussetzungen; beim Fehlen der Notwehrvoraussetzungen trotz menschlichen Angriffs ist § 34 jedoch anwendbar.

²⁸³ Dazu auch *Kühl* AT § 9 Rdn. 134 ff m. w. N.

2. System der Rechtfertigungsgründe

In der Wissenschaft hat man immer wieder versucht, ein System der Rechtfertigungsgründe zu entwickeln. Dabei geht es darum, durch Herausarbeitung allgemeiner Prinzipien nicht nur die bestehenden Rechtfertigungsgründe zu systematisieren, sondern auch den Weg zum Erkennen und Formulieren neuer Rechtfertigungsgründe aufzuzeigen. Die „**monistischen**“ Theorien wollen alle Rechtfertigungsgründe einem einzigen Prinzip unterordnen. So sind nach der „Zwecktheorie“ solche Eingriffe nicht rechtswidrig, die sich als angemessenes Mittel zur Erreichung eines berechtigten Zweckes darstellen (v. Liszt/Schmidt AT § 32 II, § 35 III).²⁸⁴ Auch das „Mehr-Nutzen-als-Schaden“-Prinzip (Sauer AT § 13 I 3f), das Prinzip der Beachtung des in der konkreten Situation vorrangigen Gutsanspruchs (Schmidhäuser AT 9/13; ders. StuB 6/1, 5, 16 ff; Röttger Unrechtsbegründung S. 277 ff) oder des „im konkreten Fall überwiegenden Interesses, Rechtsguts oder Werts“²⁸⁵ sowie schlicht das Prinzip der „Wertabwägung“ (Noll ZStW 77 [1965] 1, 9)²⁸⁶ gehen von einem einzigen Leitgedanken aus. Roxin AT I § 14 Rdn. 41 nennt als umfassendes Prinzip der Rechtfertigungsgründe die „sozial richtige Regulierung kollidierender Interessen“, arbeitet aber im Weiteren verschiedene soziale Ordnungsprinzipien heraus, um den Rechtfertigungsgründen Konturen zu verschaffen. Baumann/Weber/Mitsch § 16 Rdn. 51 ff halten im Bereich der Rechtfertigungsgründe das Prinzip des „überwiegenden Gegeninteresses“ (begrenzt durch das Prinzip der kumulativen Interessensbefriedigung bzw. das Erforderlichkeitsprinzip) für „vorherrschend“. Dem stehen die „**pluralistischen**“ Theorien gegenüber, die von verschiedenen Grundgedanken der Rechtfertigung ausgehen. So wird neben das „Prinzip des mangelnden Interesses“ das „Prinzip des überwiegenden Interesses“ (Mezger Strafrecht § 27; Lenckner Notstand S. 133 ff; Sch/Schröder/Lenckner Rdn. 7; Groppe AT § 6 Rdn. 24) oder neben das „Prinzip des mangelnden Unrechts“ (Einwilligung und Einwilligungssurrogate) das „Prinzip des überwiegenden Rechts“ (alle übrigen Rechtfertigungsgründe, s. Blei I § 36 I) gestellt – eine Einteilung, die zeigt, dass man leichter zu einem einheitlichen Prinzip der Rechtfertigungsgründe gelangen kann, wenn man die Einwilligung aus ihrem Kreis herausnimmt.²⁸⁷ Jakobs 11/3 und Kindhäuser AT § 15 Rdn. 4 gehen von drei Prinzipien aus, denen sich die Rechtfertigungsgründe zuordnen lassen (Prinzip der Verantwortung durch das Eingriffsoffer, Prinzip der Wahrnehmung des Opferinteresses, Prinzip der Mindestsolidarität). Jescheck/Weigend § 31 II 3 sprechen von „verschiedenen Kombinationen von Rechtfertigungsfaktoren“, auf denen die Rechtfertigungsgründe beruhen.²⁸⁸

Die von den monistischen, aber auch die von den pluralistischen Theorien aufgestellten Prinzipien sind zu allgemein und formal, um aus ihnen konkrete Ergebnisse ableiten zu können. Die Einteilungsversuche haben sich daher bisher als wenig fruchtbar erwiesen.²⁸⁹ Man ist über „sehr formale Abstraktionen oder lockere Aneinanderreihun-

79

80

²⁸⁴ Auch Graf zu Dohna Rechtswidrigkeit S. 48, 54; Eb. Schmidt ZStW 49 (1928) 350, 370 ff.

²⁸⁵ Freund AT § 3 Rdn. 4; Otto AT § 8 Rdn. 5; Paeffgen NK Rdn. 46; Rudolphi GedS Arm. Kaufmann, 371, 393, 396; Schlehofer MK Rdn. 53 ff; Seelmann Rechtfertigungsgründe S. 32.

²⁸⁶ Ebenfalls Noll ZStW 68 (1956) 181, 183; ders. SchwZStr. 80 (1964) 160 ff.

²⁸⁷ Maurach/Zipf § 25 Rdn. 8; Paeffgen NK Rdn. 46; vgl. auch Roxin AT I § 14 Rdn. 40.

²⁸⁸ Ausführlicher zu den Systematisierungsversuchen Paeffgen NK Rdn. 44 ff; Günther SK Rdn. 71 ff; Lenckner GA 1985 295 ff; Schröder SchwZStr. 76 (1960) 1, 8; Stratenwerth ZStW 68 (1956) 41 ff. Näher zum Ganzen auch Roxin AT I § 14 Rdn. 38 ff.

²⁸⁹ Ebenso Roxin AT I § 14 Rdn. 38; Mitsch Rechtfertigung S. 29: „Entwürfe haben mehr oder weniger kriterienlosen Leerformelcharakter“; zu den monistischen Theorien auch Baumann/Weber/Mitsch § 16 Rdn. 50.

gen“ nicht hinausgekommen (Roxin Kriminalpolitik S. 26). Überdies hat durch die Schaffung von § 16 OWiG und § 34 das Interesse, mit Hilfe der Aufstellung allgemeiner Rechtfertigungsprinzipien Quellen neuer Rechtfertigungsgründe zu erschließen, stark an Bedeutung verloren. Auch ist dogmatisch unerheblich, wie man den Katalog der Rechtfertigungsfälle gruppiert und an welcher Stelle man einen Rechtfertigungsgrund in ihn einordnet. Die h. L. verzichtet deshalb darauf, eine allgemeingültige Systematisierung der Rechtfertigungsgründe zu versuchen,²⁹⁰ Der Verzicht auf die fragliche Systembildung schließt nicht aus, dass sich in der Rechtfertigungslehre einzelne allgemeine Erfordernisse herausarbeiten lassen, wie etwa die subjektiven Rechtfertigungselemente und – bei den meisten Rechtfertigungsgründen – der Gesichtspunkt der konkreten Erforderlichkeit.²⁹¹

3. Generelle Erfordernisse der Rechtfertigungsgründe

Schrifttum

Alwart Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA 1983 433; *Arzt* Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Festschrift Jescheck (1985) 391; *Bauer* Die Abgrenzung des dolus eventualis – ein Problem der Versuchsdogmatik, wistra 1991 168; *Baumann* Rechtsmissbrauch bei Notwehr, MDR 1962 349; *Beling* Die Lehre vom Verbrechen (1906); *Bertel* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972) 1; *Berz* An der Grenze von Notwehr und Notwehrprovokation – BGH NJW 1983, 2267, JuS 1984 340; *Braun* Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht? NJW 1998 941; *Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974); *Constadinidis* Die „actio illicita in causa“, Diss. Würzburg 1982; *Dencker* Der verschuldete rechtfertigende Notstand – BayObLG NJW 1978, 2046, JuS 1979 779; *Dölling* Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984 71; *Eisele* Besprechung von BGH, Beschl. v. 21.3.2001, Rechtfertigung durch Notwehr beim Fahrlässigkeitsdelikt, JA 2001 922; *Erb* Aus der Rechtsprechung des BGH zur Notwehr seit 1999, NSZ 2004 369; *Fahl* Examensklausur/Fortgeschrittenenhausarbeit Strafrecht, Jura 2003 60; *Freund* Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht, GA 1991 387; *ders.* Actio illicita in causa. Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen? GA 2006 267; *Frisch* Vorsatz und Risiko (1983); *ders.* Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift Lackner (1987) 113; *Frister* Erlaubnistatbestandszweifel, Festschrift Rudolphi (2004) 45; *Gallas* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift Bockelmann (1979) 155; *Geilen* Notwehr und Notwehrexzeß (3. Teil), Jura 1981 308; *Geppert* Die subjektiven Rechtfertigungselemente, Jura 1995 103; *Graul* Notwehr oder Putativnotwehr – wo ist der Unterschied? JuS 1995 1049; *dies.* Der „umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum“, JuS 2000 L 41; *Gropengießer* Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), Jura 2000 262; *Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Habil. Tübingen 1983; *ders.* Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente – Ein Beitrag zur Konkretisierung unverhältnismäßiger Grenzfälle des § 211 StGB, JR 1985 268; *ders.* Grade des Unrechts und Strafzumessung, Festschrift Göppinger (1990) 453; *Hassemer* Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, Festschrift Bockelmann (1979) 225; *ders.* Ungewollte, über das erforderliche Maß hinausgehende Auswirkungen einer Notwehrhandlung – BGHSt 27, 313, JuS 1980 412; *Herzberg* Handeln in Unkennt-

²⁹⁰ Vgl. nur *Bockelmann/Volk* § 15 II; *Eser* Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand (1994) S. 108; *Jescheck/Weigend* § 31 II 3; *Kühl* AT § 6 Rdn. 10; *Mitsch* Rechtfertigung S. 28; *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 6 ff; *Stratenwerth/Kublen* AT § 9 Rdn. 2; *Welzel* Straf-

recht § 14 I 3. Auch *Roxin* AT I § 14 Rdn. 38 äußert jetzt Zweifel, ob eine Systematisierung abschließend gelingen kann (anders noch in Kriminalpolitik S. 26).

²⁹¹ Dazu *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 254.

nis einer Rechtfertigungslage, JA 1986 190; *ders.* Subjektive Rechtfertigungselemente, JA 1986 541; *ders.* Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau (Teil 1), JA 1989 243; *ders.* Unrechtsausschluß und Erlaubnistatbestandsirrtum bei versuchter und bei vollendeter Tatbestandserfüllung, Festschrift Stree/Wessels (1993) 203; *Heuchemer* Der Erlaubnistatbestandsirrtum, Diss. Regensburg 2005; *Hiltenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, Habil. Göttingen 1981; *Himmelreich* Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, Diss. Köln 1971; *Hirsch* Strafrecht und rechtsfreier Raum, Festschrift Bockelmann (1979) 89; *ders.* Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), ZStW 94 (1982) 239; *ders.* Rechtfertigungsfragen und Judikatur des Bundesgerichtshofs, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft Bd. IV: Straf- und Strafprozeßrecht (2000) 199; *ders.* Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtums, Festschrift Schroeder (2006) 223; *Hruschka* Anm. zu BayObLG v. 26.5.1978, JR 1979 125; *ders.* Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA 1980 1; *Jakobs* Anm. zu LG Düsseldorf Ur. v. 22.7.2004, NStZ 2005 276; *ders.* Bemerkungen zur subjektiven Tatsache der Untreue, Festschrift Dahs (2005) 49; *Jungclaussen* Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, Diss. Göttingen 1987; *Kargl* Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO, NStZ 2000 8; *Armin Kaufmann* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift Welzel (1974) 393; *Arthur Kaufmann* Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964) 543; *Kern* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) 255; *Kratzsch* Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, Diss. Köln 1968; *Kretschmer* Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten, Jura 2002 114; *Krümpelmann* Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum; GA 1968 129; *ders.* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 90 (1978) 6; *Kühl* Die „Notwehrprovokation“, Jura 1991 57; *ders.* Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993 57, 233; *ders.* Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, Festschrift Lenckner (1998) 143; *Küper* Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand (1983); *Lampe* Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978 7; *Lenckner* Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961 299; *ders.* Der rechtfertigende Notstand, Habil. Tübingen 1965; *ders.* Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift H. Mayer (1966) 165; *ders.* „Gebotensein“ und „Erforderlichkeit“ der Notwehr, GA 1968 1; *Loos* Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Festschrift Oehler (1985) 227; *Luzón* „Actio illicita in causa“ und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen, JRE 1994 353; *Marxen* Die sozialetischen Grenzen der Notwehr (1979); *Matt* Eigenverantwortlichkeit und Subjektives Recht im Notwehrrecht, NStZ 1993 271; *M. K. Meyer* Opfer des Angriffs strafbar durch Verteidigung? Zu den subjektiven Voraussetzungen der Verteidigung bei der Notwehr, GA 2003 807; *Mitsch* Rechtfertigung und Opferverhalten, Habil. Tübingen 1991 (erschienen 2004); *ders.* Rechtfertigung einer Ohrfeige, BayObLG NJW 1991 2031, JuS 1992 289; *ders.* Fahrlässigkeit und Straftatsystem, JuS 2001 105; *Munoz Conde* Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, in Schönemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.) Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (1995) S. 213; *Müther* Möglichkeitsvorstellungen im Bereich der Notrechte des Strafgesetzbuches (§§ 32, 34 StGB), Diss. Münster 1998; *Neuheuser* Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln, Diss. Bonn 1996; *Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951); *Nippert/Tinkl* Erlaubnistatbestandsirrtum? Auswirkungen der ex-ante- bzw. ex-post-Beurteilung der Rechtfertigungslage von § 32 und § 34 StGB, JuS 2002 964; *Noll* Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956) 181; *ders.* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965) 1; *Nowakowski* Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977 573; *Oehler* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung (1959); *Otto* Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht, Festschrift Würtenberger (1977) 129; *ders.* Der Verbotsirrtum, Jura 1990 645; *ders.* Anmerkung zu BGH NStZ 2001 591, NStZ 2001 594; *ders.* Grundlagen der strafrechtlichen Haftung für fahrlässiges Verhalten, Gedächtnisschrift Schlüchter (2002) 77; *Paeffgen* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Diss. Mainz 1979; *ders.* Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978 738; *ders.* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 399; *Plaschke* Ein Nagetier schreibt Rechtsgeschichte – Der Doppelirrtum im Strafrecht, Jura 2001 235; *Prittwitz* Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980 381; *ders.* Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der

Notwehr, Jura 1984 74; *Puppe* Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984 488; *dies.* Zur Struktur der Rechtfertigung, Festschrift Stree/Wessels (1993) 183; *dies.* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile v. 3.3.1994 und 29.6.1995, GA 2003 764; *Quentin* Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1994 L 57; *Rath* Das subjektive Rechtfertigungselement, Habil. Heidelberg 2002; *Reip* Täterhandeln bei ungewisser Rechtfertigungslage, Diss. Tübingen 1996; *Renzikowski* Notstand und Notwehr, Diss. Tübingen 1994; *Rinck* Der zweistufige Deliktsaufbau, Diss. München 2000; *Rohrer* Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente, JA 1986 363; *Rönnau* Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa, JA 1997 707; *Röttger* Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Diss. Hamburg 1993; *Roxin* Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963) 541; *ders.* Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981) 68; *ders.* Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, in Eser/Fletcher (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung (1987) Bd. 1 S. 230; *Rudolphi* Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift Maurach (1972) 51; *ders.* Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift Schröder (1978), 73; *ders.* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift Arm. Kaufmann (1989) 371; *Runte* Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, Diss. Frankfurt/M. 1991; *Satzger* Dreimal „in causa“ – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa, Jura 2006 513; *Schaffstein* Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen, NJW 1951 691; *Scheffler* Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993 617; *R. Schmitt* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? JuS 1963 64; *Chr. Schröder* Angriff, Scheinangriff und Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe, JuS 2000 235; *Schroth* Die Annahme und das „Für-Möglich-Halten“ von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Festschrift Arth. Kaufmann (1993) 595; *Schüler* Der Zweifel über das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, Diss. Gießen 2004; *Schumann* Zum Notwehrrecht und seinen Schranken – OLG Hamm, NJW 1977, 590, JuS 1979 559; *Schünemann* Strafrecht: Liebhaber und Teilhaber, JuS 1979 275; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 341; *Seelmann* Notwehrrecht, JR 2002 249; *Seier* Der praktische Fall – Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt, JuS 1986 217; *Spendel* Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr, DRiZ 1978 327; *ders.* Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis, Festschrift Bockelmann (1979) 245; *ders.* Notwehr und „Verteidigungswille“, objektiver Zweck und subjektive Absicht, Festschrift Oehler (1985) 197; *Steinbach* Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, Diss. Trier 1987; *I. Sternberg-Lieben* Voraussetzungen der Notwehr, JA 1996 299; *Stuckenberg* Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum, JA 2001 894; *ders.* Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Die Entwicklung der Rechtsprechung bis BGH NJW 2001, 1075, JA 2002 172. *Triffterer* Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Festschrift Oehler (1985) 209; *Warda* Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Festschrift R. Lange (1976) 119; *Waidler* Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, Habil. Köln 1970; *Welzel* Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955 142; *Widmaier* Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung – OLG Celle, NJW 1969, 1775, JuS 1970 611; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Habil. Bonn 1981; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Diss. Bonn 1973.

- 81 a) Die Rechtfertigungsfrage hat zur Voraussetzung, dass der Täter überhaupt einen Tatbestand verwirklicht hat. Es kann sich dabei um einen **Vorsatz- oder auch Fahrlässigkeitstatbestand** handeln, wobei im zweiten Fall genau zu prüfen ist, ob tatbestandlich überhaupt ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vorliegt (zur Bedeutung der Lehren von der „Sozialadäquanz“ und vom „erlaubten Risiko“ siehe Rdn. 48 ff und 53 ff). Rechtsprechung und Schrifttum erkennen die Möglichkeit der Rechtfertigung

auch fahrlässiger Handlungen an.²⁹² War z. B. die mit dem Risiko des Eintritts ungewollter Folgen behaftete konkrete Verteidigungshandlung erforderlich, so ist damit auch der Eintritt der Folgen durch Notwehr gerechtfertigt (näher Rönna/Hohn LK § 32 Rdn. 193). Es zeigt sich gerade auch bei diesem Punkt, dass Vorsatz und objektive Fahrlässigkeit (Sorgfaltswidrigkeit) schon Tatbestandselemente sind. Anderenfalls würde sich die Frage, ob auch eine fahrlässige Handlung gerechtfertigt sein kann, im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung gar nicht stellen. Eine exakte Entscheidung über die Rechtfertigung (und dabei speziell über das zumeist notwendige Merkmal der Erforderlichkeit) ist auch nicht möglich, ohne dass zuvor geklärt worden ist, ob es um die Rechtfertigung einer vorsätzlichen oder einer (objektiv) fahrlässigen Tatbestandshandlung geht. Andererseits läuft eine Auffassung, die weitergehend die Rechtfertigungsfrage schon im Rahmen des Tatbestandes bei der Sorgfaltswidrigkeit stellt,²⁹³ darauf hinaus, dass die Wertdifferenz zwischen einer erfolgsverursachenden Handlung, die sich noch im Rahmen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hält, und einer, die gegen Sorgfaltsanforderungen verstößt und nur ausnahmsweise gerechtfertigt ist, eingeebnet wird;²⁹⁴ die spezifischen Rechtfertigungsvoraussetzungen werden hier leicht vernachlässigt.

b) Subjektive Rechtfertigungselemente

aa) **Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements.** Heute ist fast allgemein anerkannt, dass die Rechtfertigungsgründe neben dem Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsmerkmale auch ein **subjektives Rechtfertigungselement** voraussetzen;²⁹⁵ der Täter muss die objektiven Merkmale des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes also im Sinne eines „Rechtfertigungsvorsatzes“ kennen.²⁹⁶ Den **gesetzlichen Erlaubnisnormen**

82

²⁹² BGHSt 25 229; BGH bei Dallinger MDR 1958 12; OLG Karlsruhe NJW 1986 1358, 1359; OLG Hamm NJW 1962 1169; *Duttge* MK § 15 Rdn. 192 ff; *Jescheck/Weigend* § 56 I 1; *Kühl* AT § 17 Rdn. 77 ff; *Maurach/Gössel/Zipf* § 44 I D; *Paeffgen* NK Rdn. 78; *Roxin* AT I § 24 Rdn. 99; *Samson* SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 31; *Schaffstein* FS Welzel, 557, 562; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 92 ff; *Tröndle/Fischer* § 15 Rdn. 15; *Welzel* Strafrecht § 18 II. In der Rspr. früher anders OLG Frankfurt NJW 1950 119; wohl auch RGSt 56 285.

²⁹³ So *Otto* NStZ 2001 594 f; *ders.* GedS Schlichter, 77, 95 f; *Arzt* ZStW 91 (1979) 857, 869 ff. Anders die h. M.: Statt vieler *Duttge* MK § 15 Rdn. 192; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 94; *Mitsch* JuS 2001 105, 110; *Stratenwerth/Kublen* AT § 8 Rdn. 27.

²⁹⁴ Ähnlich *Mitsch* JuS 2001 105, 110.

²⁹⁵ Vgl. nur RGSt 54 196, 199; 62 137; BGHSt 2 111, 114 (Vorstellung von den rechtfertigenden Umständen als Erfordernis der Rechtfertigung aus übergesetzlichem Notstand); BGHSt 35 276, 279 (zu § 34); 3 194, 198; 25 229, 232; 35 270, 279; BGH bei Holtz MDR 1978 279; GA 1980 67;

NJW 1983 2267; NStZ 1983 117; 2000 365, 366 (Erfordernis eines „Verteidigungswillens“ bei der Notwehr); BGHSt 5 245, 247 (Verteidigungswille bei der Nothilfe); RGSt 67 324, 327; OLG Hamm NJW 1956 1690 (zum Züchtigungsrecht); RGSt 61 400; 66 1; RG JW 1936 1909; BGHSt 18 182, 186 (zur Wahrnehmung berechtigter Interessen; w. Nachw. bei *Zaczyk* NK § 193 Rdn. 46); RGSt 71 49 (zur vorläufigen Festnahme gem. § 127 StPO); aus der Lit. etwa *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 63; *Günther* SK Rdn. 87; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 50 m.w. Rspr.-Nachw.; *Jescheck/Weigend* § 31 IV 1; *Köhler* AT S. 321 ff; *Lackner/Kühl* Rdn. 6; *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 24; *Pritwitz* GA 1980 381, 383 f; *Rudolph* GedS Arm. Kaufmann, 371, 380; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 13; *Scheffler* Jura 1993 617. Gegen das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente im Zivilrecht statt vieler *Braun* NJW 1998 941; *Jauernig* BGB 11. Aufl. 2004 § 227 Rdn. 6.

²⁹⁶ Kritisch zur gebräuchlichen Terminologie und Sichtweise *Frisch* FS Lackner, 113, 144 f, 148: Das Wissen um die Rechtfertigungslage sei kein rechtfertigendes subjek-

lässt sich das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements allerdings nicht eindeutig entnehmen.²⁹⁷ Zwar sprechen die Formulierungen einiger Erlaubnissätze (etwa „um die Gefahr ... abzuwenden“ in § 34) für ein solches Merkmal;²⁹⁸ man kann die „um-zu“-Konstruktionen aber auch im Sinne einer nur objektiven Zweckhaftigkeit verstehen.²⁹⁹ Die Notwendigkeit eines „Rechtfertigungsvorsatzes“ folgt aber zwingend aus der **personalen Unrechtslehre**,³⁰⁰ für die der Handlungsunwert (primärer) Bestandteil des Unrechts ist:³⁰¹ Hat der Täter keine Vorstellung vom Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen, steht sein Verhalten zwar objektiv im Einklang mit der Rechtsordnung, so dass der Erfolgsunwert „kompensiert“ wird; er lehnt sich aber gegen die Bestimmungsnorm auf und verwirklicht damit Handlungsunrecht.³⁰² Allein auf der Grundlage eines rein objektiven Unrechtsverständnisses, nach dem die innere Haltung des Handelnden zur Tat nur die Schuld betrifft, kann man ein subjektives Rechtfertigungselement für ent-

tives Element, sondern ein „negatives Merkmal subjektiven Unrechts“, dessen Fehlen schon für die *Begründung* von (subjektivem) Unrecht Voraussetzung sei.

- ²⁹⁷ Ebenso *Baumann/Weber/Mitsch* § 17 Rdn. 31; *Frisch* FS Lackner, 113, 116 f.; *Kühl* AT § 7 Rdn. 125; *Loos* FS Oehler, 227, 235 f.; *M. K. Meyer* GA 2003 807, 814; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 209 ff, 252; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 100; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 14; *Schüler* Rechtfertigungslage S. 26; *Spendel* FS Bockelmann, 245, 250 (zu den Norwehrrvorschriften); *Waider* Subjektive Rechtfertigungselemente S. 91 f, 116 f.
- ²⁹⁸ So *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 51, *Paeffgen* NK Rdn. 88 u. *Triffterer* FS Oehler, 209, 222 (bzgl. der Notwehr nach § 3 öStGB: gesetzliche Grundlage für die subjektive Seite könne schon dem Wort „Verteidigung“ entnommen werden).
- ²⁹⁹ Ebenso *Frisch* FS Lackner, 113, 117; *Jakobs* 11/20 m. Fußn. 30; *Loos* FS Oehler, 227, 236; *Oehler* Zweckmoment S. 165 ff; weiterhin *Spendel* FS Bockelmann, 245, 249 f.; *ders.* FS Oehler, 197, 207; *Waider* Subjektive Rechtfertigungselemente S. 117 (zu der ähnlichen Formulierung in § 228 BGB); kritisch dazu *Paeffgen* NK Rdn. 88.
- ³⁰⁰ Zu dieser grundlegend *Welzel* (zuletzt in der 11. Aufl. seines Lehrbuchs) Strafrecht § 11 II 1; s. auch *Roxin* AT I § 10 Rdn. 88 ff u. *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 52 ff m. zahlr. Nachw.
- ³⁰¹ Kritisch dazu *Frisch* FS Lackner, 113, 126 f: Rechtsfolgen können nicht auf Unrechtskonzepte gegründet werden, sondern müssen gesetzlich vorgesehen sein. Dagegen *Paeffgen* NK Rdn. 90: Auch die gesetzgeberische Entscheidung für die Strafbarkeit des

untauglichen Versuchs – das Hauptargument *Frisch's* für das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente – sei methodisch konsistent erklärbar nur auf der Basis einer personalen Unrechtslehre. S. aber *Triffterer* FS Oehler, 209, 222: Auch aus der Sicht der personalen Unrechtslehre mit ihrer Zweiteilung in Erfolgs- und Handlungsunwert könne der Gesetzgeber theoretisch eine Rechtfertigung davon abhängig machen, dass nur einer von beiden aufgewogen wird.

- ³⁰² Vgl. nur *Geppert* Jura 1995 103, 104; *Günther* SK Rdn. 87 (m. Nachw. zu den normativen Fundierungen dieses „Saldierungsmodells“); *Jescheck/Weigend* § 31 IV 1; *Kretschmer* Jura 2002 114, 116 f.; *Kühl* AT § 6 Rdn. 12; *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 26; *Merkel* NK § 218a Rdn. 137; *Müther* Notrechte S. 13; *Paeffgen* NK Rdn. 90; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 96; *Rudolphi* FS Maurach, 51, 58; *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 371, 380; *Samson* SK⁵ Rdn. 41 f.; *Schlehofer* MK Rdn. 90; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 13; *Schüler* Rechtfertigungslage S. 27; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 145. Dass diese Feststellung Ergebnis eines „Rechenexempels“ ist, hinterfragt kritisch *Puppe* FS Stree/Wessels, 183 ff; s. auch *Frisch* FS Lackner, 113, 125 f: Die Betätigung des Entschlusses in Kenntnis der Rechtfertigungslage stelle schon keinen (zu „kompensierenden“) Intentionsunwert dar, weil sie nur dem entspreche, was die Rechtsordnung – auf der Basis von objektiven Kompensationsüberlegungen – als rechters ausweise; hierzu wiederum kritisch *Paeffgen* NK Rdn. 90. Das „Kompensationsmodell“ insgesamt ablehnend *Röttger* Unrechtsbegründung S. 150 ff und passim.

behrlich halten und das Vorliegen der objektiven Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes für eine Rechtfertigung ausreichen lassen (so heute nur noch *Spendel* LK¹¹ § 32 Rdn. 138 ff; *ders.* FS Bockelmann, 245, 250 ff; *Runte* Rechtfertigungsgründe S. 307 f).³⁰³ Schon die mit dieser Auffassung verbundene Begünstigung des Täters in Fällen, in denen „zufällig“ die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen vorliegen – etwa im vielzitierten Beispiel *Spendels*, in dem die hinter der Tür lauernde Ehefrau statt ihres spät heimkehrenden Ehemannes den Einbrecher mit dem Nudelholz niederschlägt –, leuchtet nicht ein (*Paeffgen* NK Rdn. 88). Entscheidend ist aber, dass einen rechtsfeindlichen Willen betätigt, wer in Unkenntnis der Rechtfertigungslage handelt. Zu einer von der Rechtsordnung missbilligten Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung kann diese Betätigung zwar nie führen, da der Verletzungserfolg durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist. Das Verhalten entspricht aber strukturell dem *untauglichen* Versuch. Die Entscheidung des Gesetzgebers in den §§ 22, 23 Abs. 3, diesen unter Strafe zu stellen, wird daher häufig als Stütze für die „subjektivistische“ Ansicht angeführt. *Frisch* (FS Lackner, 113, 127 ff) sieht darin den „wahren normativen Grund der Notwendigkeit eines sog. subjektiven Rechtfertigungselements“. ³⁰⁴ Dem ist zuzustimmen, wenn man wie hier eine direkte Anwendung der Versuchsregeln bei fehlendem subjektiven Rechtfertigungselement befürwortet (dazu näher Rdn. 90): Die Strafbarkeit eines Verhaltens, das keine Rechtsgüter gefährdet, ist zwar keine Selbstverständlichkeit, für den (untauglichen) Versuch ist sie allerdings durch den Gesetzgeber festgelegt.

bb) Inhalt des subjektiven Rechtfertigungselements bei der Vorsatztat. Welche Qualität das subjektive Rechtfertigungselement aufweisen muss bzw. welche „Vorsatzform“ für eine (vollständige) Rechtfertigung zu verlangen ist, wird höchst unterschiedlich beurteilt. Verbreitet werden die Anforderungen, die an den Tatbestandsvorsatz gestellt werden, auf den Rechtfertigungsvorsatz übertragen.³⁰⁵ Auf der kognitiven Seite³⁰⁶ hal-

83

³⁰³ Auch *Spendel* DRiZ 1978 327, 331 ff; *ders.* FS Oehler, 197, 203 ff; weiterhin *Oehler* Zweckmoment S. 165 ff; *Rohrer* JA 1986 363, 368 f (überraschend angesichts der Feststellung des Autors aaO S. 366, es gebe ausschließlich Handlungs- und kein Erfolgsunrecht); treffend gegen diesen *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 213 f u. *Herzberg* JA 1986 541 ff. Weitere Nachweise zu dieser in der Literatur früher verbreiteten Auffassung bei *Spendel* LK¹¹ § 32 Rdn. 138 m. Fußn. 275; *ders.* FS Bockelmann, 245, 246 ff u. *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 51 m. Fußn. 4. Kritik an der objektiven Unrechtslehre bei *Herzberg* JA 1986 190, 200 f; *Prittitz* Jura 1984 74 ff u. *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 207 ff (insbes. an den von *Spendel* zur Stützung seiner objektiven Rechtfertigungslehre verwendeten Beispielen, aaO S. 214 ff). *Rath* Rechtfertigungselement S. 652 ff fordert zwar für die Rechtfertigung ein subjektives Element, nimmt aber bei dessen Nichtvorliegen „Unrechtsausschluss in Gestalt des bloßen Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraus-

setzungen“ an; die (analoge) Anwendung der Versuchsvorschriften lehnt der Autor ab.

³⁰⁴ Ebenso *Geppert* Jura 1995 103, 104; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 208 f, 222; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 96; *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 380.

³⁰⁵ Vgl. etwa *Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 16 Rdn. 22, die ausführen, es erscheine „wenig überzeugend, [...] an den «Rechtfertigungsvorsatz» strengere Anforderungen als an den tatumstandsbezogenen zu stellen.“; ebenso *Günther* SK Rdn. 90. Deutlich auch *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 64: Bewusstseinsfordernis in Bezug auf die rechtfertigenden Tatsachen „entspricht der Wissenskomponente des Tatvorsatzes“; vor dem Hintergrund eines von den Anhängern der LnT gebildeten Gesamtunrechtstatbestandes nachdrücklich *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 256 ff.

³⁰⁶ Zur Notwendigkeit einer kognitiven Komponente beim subjektiven Rechtfertigungselement *Rath* Rechtfertigungselement S. 584; s. auch *Paeffgen* NK Rdn. 92: „weitgehend unstr.“. *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 55 sieht

ten daher viele eine **Möglichkeitsvorstellung** bezüglich des Vorliegens der Rechtfertigungsvoraussetzungen – also gewissermaßen **Eventualvorsatz** – für ausreichend, zumindest dann, wenn der Täter dabei im „Vertrauen“ auf deren Vorliegen handelt.³⁰⁷ Häufig wird daneben ein **voluntatives Element** in Gestalt einer „Absicht“ im Sinne des Handelns zum Zweck der Rechtfertigung gefordert (dazu näher u. Rdn. 88 f).

- 84** Die Übertragung der Voraussetzungen des Tatbestandsvorsatzes auf den „Rechtfertigungsvorsatz“ begegnet aber Bedenken, weil letzterer eine ganz andere Funktion hat:³⁰⁸ Während der Begriff des Tatbestandsvorsatzes die Voraussetzungen angibt, bei deren Vorliegen der Täter eine hinreichende Vorstellung davon hat, fremde Rechtsgüter zu beeinträchtigen (und damit Unrecht zu begehen), definiert der „Rechtfertigungsvorsatz“ die Bedingungen, unter denen er einen Eingriff in fremde Rechtsgüter ausnahmsweise vornehmen darf – in der Sache geht es hier um eine **Risikozuweisung**. Damit ist auch der Ausgangspunkt der in jüngerer Zeit entbrannten Diskussion über die Anforderungen an das kognitive Element des Rechtfertigungsvorsatzes benannt. Zunehmend wird zu Recht vertreten, dass die bloße Möglichkeitsvorstellung nicht genügt, sondern der Täter **positive Kenntnis bzw. sicheres Wissen** vom Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen haben muss, eine Unsicherheit in der Tätervorstellung die Rechtfertigung also ausschließt:³⁰⁹ Auf der Basis einer bloßen Möglichkeitsvorstellung von den jeweiligen Voraussetzungen eines Erlaubnissatzes (bei der allerdings – wie bei ex ante zu beurteilenden Merkmalen –

dagegen in der Wissenskomponente nur eine „unselbständige Voraussetzung des Zweckmoments“; die Forderung einer Kenntnis stellt für ihn eine über den Wortsinn hinausgehende, sachlich zu weitgehende Einschränkung der Rechtfertigung dar. S. aber oben Rdn. 82: Der Wortlaut ist insofern nicht eindeutig und vor dem Hintergrund der personalen Unrechtslehre entsprechend auszulegen.

- ³⁰⁷ Das bloße Für-möglich-Halten lassen genügen *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 64, *Schlehofer* MK Rdn. 83 u. BGH VRS 40 (1971) 104, 107 (bei Verteidigungsabsicht des Täters); unter Einschränkungen (wenn eine Rechtfertigungslage aus ex-ante-Perspektive hinreichend wahrscheinlich und unverzügliches Handeln geboten ist und die gegenüberstehenden Interessen gleichwertig sind) auch *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 428 f, 433, 437 ff. Ein „Vertrauen“ des Täters auf das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen fordern *Erb* MK § 32 Rdn. 215; *Kühl* AT § 7 Rdn. 132; *ders.* Jura 1993 233, 234; *Merkel* NK § 218a Rdn. 138; *Rinck* Zweistufiger Delikttaufbau S. 257 ff; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 90; *Samson* SK⁵ Rdn. 46 a; *Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 16 Rdn. 22; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 14; *Stoffers* JA 1994 35, 40; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 149; ausführlich *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595,

607 f. Auch *Günther* SK Rdn. 90: Bedingter Rechtfertigungsvorsatz reiche aus, wenn Täter eine (objektiv gegebene) Rechtfertigungslage für möglich hält und im Vertrauen darauf handelt; abweichend *ders.* SK § 32 Rdn. 134 f: beim Fehlen eines „Verteidigungswillens, verstanden als zielgerichtetes Wollen“, ist sicheres Wissen erforderlich.

- ³⁰⁸ Kritisch bezüglich einer solchen Übertragung auch *Müther* Notrechte S. 51 ff u. *Schüler* Rechtfertigungslage S. 97 ff. Weiterhin *Gropp* AT § 6 Rdn. 34: „Tatbestand und Rechtfertigung sind als Bezugspunkte für die subjektive Seite nicht strukturell gleich.“

- ³⁰⁹ Wie hier positive Kenntnis fordernd BGH JZ 1978 762 f; *Jakobs* 11/29; *Rudolphi* SK § 16 Rdn. 13a; *Schüler* Rechtfertigungslage S. 129, 139; *Warda* FS Lange, 119, 126 ff; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 289 f; dahingehend auch BGH NJW 1951 412 f u. KG NJW 1958 921, 923. *Paeffgen* NK Rdn. 100 ff hält einen „Rechtfertigungs-eventualvorsatz“ ebenfalls nicht für ausreichend (etwas anders noch *ders.* JZ 1978 738, 744 f: Täter müsse das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen nur für wahrscheinlicher halten). Unklar bleibt, ob der Autor für die von ihm geforderte „Rechtfertigungstendenz“ sicheres Wissen verlangt.

durchaus schon *objektiv* bloße Wahrscheinlichkeiten [z. B. dringender Tatverdacht bei § 127 Abs. 1 StPO] ausreichen können) darf grundsätzlich nicht in fremde Rechtsgüter eingegriffen werden. Wer nur damit rechnet, dass sein Verhalten die Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt, stellt sich gleichzeitig ernsthaft vor, dass dessen Voraussetzungen nicht gegeben sind und hat damit Eventualvorsatz auch in Bezug auf eine rechtswidrige Handlung.³¹⁰ Er verwirklicht damit das Handlungsunrecht eines mit *dolus eventualis* begangenen (untauglichen) Versuchs.³¹¹ Eine bloße Möglichkeitsvorstellung genügt den Anforderungen des subjektiven Rechtfertigungselements auch dann nicht, wenn der Täter auf das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen *vertraut* oder eine **Absicht** im Sinne des Handelns zur Verfolgung des Rechtfertigungszweckes hat.³¹² Allein in Form des „*dolus directus* zweiten Grades“ berechtigt der Rechtfertigungsvorsatz zu einem Eingriff in fremde Rechtsgüter.³¹³ Der Täter trägt damit bei Zweifeln über das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen das **Fehlentscheidungsrisiko**: Hält er es etwa nur für möglich, rechtswidrig angegriffen zu werden, darf er sich nicht verteidigen. Der Grund für diese Verteilung des Irrtumsrisikos liegt darin, dass die dem Erlaubnissatz zugrunde liegende objektive Risikozuweisung nicht auf subjektiver Ebene überspielt werden darf. Wo eine Erlaubnis nur greift, wenn die Rechtfertigungslage wirklich („*ex post*“) vorliegt, kann Handlungsunrecht nur kompensiert werden durch eine entsprechend sichere Vorstellung.³¹⁴

Dass der Täter positive Kenntnis vom Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen haben muss, heißt allerdings nicht, dass Unsicherheiten in der Situationseinschätzung durch den Täter das subjektive Rechtfertigungselement stets entfallen lassen. Der Gesetzgeber hat vielmehr den Grundsatz, dass der Täter das Fehlentscheidungsrisiko trägt, bei einzelnen Rechtfertigungsgründen und -merkmalen zu Lasten des Trägers des Eingriffsrechtes modifiziert. Es geht dabei um Rechtfertigungsmerkmale, bei denen schon auf objektiver Ebene **Prognoseelemente** entscheidend sind (dazu *Frisch* FS Lackner, 113, 134; *ders.* Vorsatz und Risiko S. 449 ff; ausführlich auch *Schüler* Rechtfertigungslage S. 51 ff).³¹⁵ So liegt beispielsweise eine Gefahr für Rechtsgüter im Sinne des § 34 schon dann vor,

85

³¹⁰ *Warda* FS Lange, 119 f; einschränkend *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595, 607 (Möglichkeit der psychischen Verarbeitung des Risikowissens dahingehend, dass Täter auf das Gegebenheit einer Rechtfertigungslage vertraut und das Gegenteil dann nicht mehr für möglich hält); zust. *Roxin* AT I § 14 Rdn. 90 (grundsätzlich *dolus eventualis*, bei Vertrauen auf das Vorliegen der Rechtfertigungslage aber Erlaubnistatbestandsirrtum).

³¹¹ Nach ganz h. M. genügt Eventualvorsatz auch beim lediglich versuchten Delikt; anders – und dem Gesetzeswortlaut widersprechend – nur *Puppe* NStZ 1984 488, 491; *Bauer* wistra 1991 168, 169 f; für den untauglichen Versuch auch *Schmidhäuser* StuB 11/19; *Közl-Ott* Eventualvorsatz und Versuch Diss. Zürich 1974, S. 146 f.

³¹² So aber *Günther* SK § 32 Rdn. 134 f u. wohl auch *Paeffgen* NK Rdn. 100; unter Hinweis auf eine drohende Überforderung

des Handelnden und den Wortlaut der Rechtfertigungsvorschriften ferner *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 55. Weiterhin BGH VRS 40 (1971) 104, 107 f: Der Täter, der mit seinem Auto auf drei ihm den Weg versperrende Personen zufuhr, hatte es *auch für möglich* gehalten, dass er verprügelt werden sollte. Wegen seiner Verteidigungsabsicht nimmt das Gericht Putativnotwehr an.

³¹³ *Abw. Reip* Rechtfertigungslage S. 106, 133, 149, der schon den Eventualvorsatz bzgl. der Rechtfertigungslage für ausreichend hält: In diesem stecke ein Handlungswert, der bei der Gesamtbeurteilung des Täterverhaltens zu berücksichtigen sei.

³¹⁴ Näher *Römmau/Hohn* LK § 32 Rdn. 265. Dass es darum geht, wem das Fehlentscheidungsrisiko aufzubürden ist, betont auch *Müther* Notrechte S. 61 ff.

³¹⁵ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 88 f; *Gropp* AT § 6 Rdn. 34; anhand eines Beispielsfalls erörtert die Problematik *Seier* JuS 1986 217.

wenn nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens nahe liegt (ex-ante-Urteil),³¹⁶ jemand also beispielsweise bei Unwetter ein Segelboot kentern sieht und in der Vorstellung, die Gekenterten seien *möglicherweise* keine guten Schwimmer, einen Bootschuppen aufbricht, um ihnen mit dem darin liegenden Motorboot zu Hilfe zu eilen.³¹⁷ Trotz der Unsicherheiten in der Lagebeurteilung hat der Täter hier *positive Kenntnis* vom Vorliegen einer „Gefahr“; er ist nach § 34 gerechtfertigt, selbst wenn die Gekenterten hervorragende Schwimmer sind. Der Hinweis auf einen „Erlaubnistatbestandsirrtum“ ist hier unnötig, um den zu Hilfe Eilenden straflos zu stellen,³¹⁸ weil sich objektive Rechtfertigungslage und subjektive Vorstellung des Täters decken.³¹⁹ Voraussetzung für die „sichere Kenntnis“ der Notstandsvoraussetzungen ist nur, dass der Täter von dem jeweils im Rahmen des § 34 zu fordernden, insbesondere vom Wert der kollidierenden Rechtsgüter abhängigen Gefahrengrad ausgeht.³²⁰ Gleiches gilt etwa für das Festnahme-recht gem. § 127 Abs. 1 StPO, wenn man statt einer wirklich vorliegenden Straftat einen (dringenden) Tatverdacht genügen lässt³²¹ und der Täter sich entsprechende Umstände vorstellt. Bei der Notwehr gilt dasselbe für das aus ex-ante-Sicht zu bestimmende Merkmal der Erforderlichkeit der Verteidigung (dazu näher *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 264). Es ist allerdings zu beachten, dass auch bei den (objektiv) ex-ante zu bestimmenden Merkmalen die unsichere Tätervorstellung unter Umständen lediglich Eventualvorsatz in Bezug auf die Rechtfertigungsvoraussetzungen begründet, der für die Annahme eines subjektiven Rechtfertigungselements nicht ausreicht. Die ungewisse Tätervorstellung spiegelt den objektiven Rechtfertigungstatbestand genau dann nicht wider – der Täter hat also keine „positive Kenntnis“ –, wenn die von ihm angenommene Wahrscheinlichkeit dem jeweils objektiv zu fordernden Grad nicht entspricht.³²² Es ist also „Eventualvorsatz“ bezüglich der für das objektive Rechtfertigungsmerkmal jeweils hinreichenden Wahrscheinlichkeit denkbar: Der Täter kann z. B., sofern man das im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO verlangt, die Umstände nicht sicher dahingehend zu deuten wissen, ob ein (dringender) Tatverdacht besteht oder – um das vorgenannte Beispiel aufzugreifen – nicht sicher sein, ob er sich nur einbildet, im Nebel das Kentern eines Segelbootes beobachtet zu

³¹⁶ Statt vieler *Lackner/Kühl* § 34 Rdn. 2; *Merkel* NK § 218a Rdn. 139: „Gefahrbestimmungen ex ante sind Prognosen unter Unsicherheit“; einschränkend *Schl/Schröder/Lenckner/Perron* § 34 Rdn. 12 ff m. Nachw. auch zur Gegenauffassung.

³¹⁷ Beispiel von *Warda* FS Lange, 119, 126; aufgegriffen von *Roxin* AT I § 14 Rdn. 92.

³¹⁸ Davon ausgehend aber *Warda* FS Lange, 119, 126 f.

³¹⁹ Vgl. auch *Roxin* AT I § 14 Rdn. 88 u. *Jakobs* 11/29.

³²⁰ *Schüler* Rechtfertigungslage S. 76 ff, der auf S. 63 ff mit Recht darauf hinweist, dass nicht nur die unsichere Prognose, sondern auch eine unsichere Diagnose das Vorliegen einer „Gefahr“ nicht ausschließt; hierzu m. Nachw. auch zur Gegenauffassung weiterhin *Seier* JuS 1986 217, 218 ff.

³²¹ So statt vieler BGH(Z) NJW 1981 745; *Pfeiffer* § 127 Rdn. 2; zum Streitstand etwa

Meyer-Göfner § 127 Rdn. 4; *Paeffgen* SK StPO § 127 Rdn. 7 ff; beide m. zahlr. Nachw.

³²² Vgl. zu diesem Problemkreis auch *Frisch* FS Lackner, 113, 134 u. *ders.* Vorsatz und Risiko S. 449 ff: Für den subjektiven Bereich sei zu fordern, dass der Täter jeweils die – durchaus unterschiedlichen – Möglichkeiten (oder auch praktischen Gewissheiten) kennt, über die die Handlungsbefugnisse definiert sind. So ist z. B. beim rechtfertigenden Notstand die Gefahr keine statische Größe: § 34 nennt den Grad der drohenden Gefahren als Abwägungsgesichtspunkt, so dass die Anforderungen an die Schadensprognose insbesondere vom Wert der in Konflikt stehenden Rechtsgüter abhängen. Entsprechend variieren auch die Anforderungen an das kognitive subjektive Rechtfertigungselement; vgl. *Reip* Rechtfertigungslage S. 41, 56 m. w. N.; *Jakobs* 11/29, 13/30.

haben. Er zweifelt dann nicht erst daran, ob ein Schaden tatsächlich eintreten werde (was die sichere Kenntnis der Gefahr u. U. nicht ausschließt), sondern bereits an der „objektiven Basis“ für den Schadenseintritt.³²³

Bei den Rechtfertigungsmerkmalen, für die nach herrschender Meinung eine ex-post-Sicht maßgeblich ist³²⁴, genügt ein subjektives „Wahrscheinlichkeitsurteil“ den Anforderungen des objektiven Rechtfertigungstatbestandes nie (s. oben Rdn. 84). Das gilt z. B. für die Frage, ob ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff im Sinne des § 32 vorliegt: Auf eine Prognose kommt es hier nicht an (dazu näher *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 98). Hier ist auch der Ansicht jener Autoren zu widersprechen, die im Sinne einer „gerechten Risikoverteilung“ mit Blick auf den Wert der betroffenen Rechtsgüter für jedes einzelne Rechtfertigungsmerkmal gesondert bestimmen wollen, welche konkreten Anforderungen an die Vorstellung des Täters zu stellen sind (so etwa *Frister* FS Rudolphi, 45, 49;³²⁵ Ob Handeln in der Vorstellung einer ungewissen Rechtfertigungslage vorsätzliches Unrecht begründet, lasse sich nur durch eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Fehlentscheidungsrisiken beurteilen).³²⁶ Diese Abwägungslösungen machen dabei Gerechtigkeits-erwägungen für sich geltend,³²⁷ denn der Täter, der sich des möglichen Vorliegens einer

86

³²³ *Reip* Rechtfertigungslage S. 56 f; vgl. auch *Schüler* Rechtfertigungslage S. 78. Mit der Frage nach den Anforderungen an das intellektuelle Moment haben sich also selbst diejenigen auseinander zu setzen, die stets eine (subjektive) ex-ante-Sicht für maßgeblich erachten; vgl. *Zielinski* Handlungs-unwert S. 289 f. Davon gehen auch *Frister* FS Rudolphi, 45, 50 u. *Müther* Notrechte S. 25 ff aus.

³²⁴ Anders *Arm. Kaufmann* FS Welzel, 393, 400 ff u. zust. *Rudolphi* GedS *Arm. Kaufmann*, 371, 382 ff m. w. N.; auch *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 424 ff: Bestimmung aller Rechtfertigungsmerkmale aus objektiver ex-ante-Sicht. Für eine subjektive ex-ante-Sicht (auf der Basis eines allein auf den Handlungsunwert abstellenden Unrechtskonzepts) *Zielinski* Handlungs-unwert S. 266 f. Dagegen hält *Samson* SK⁵ § 34 Rdn. 19 ff etwa auch für den Begriff der Gefahr in § 34 die ex-post-Sicht für maßgeblich.

³²⁵ Ähnlich *Müther* Notrechte, S. 61 ff, 129, *Rath* Rechtfertigungselement S. 586 f u. *Reip* Rechtfertigungslage S. 138; dahingehend auch *Schlehofer* MK Rdn. 84 u. *Schroth* FS *Arth. Kaufmann*, 595, 608 ff: Ausschluss der Vorsatzverantwortlichkeit, wenn die Eingriffshandlungen aus der Sicht des Täters erforderlich waren und die Proportionalität der Interessen gewahrt wurde (was wohl schon bei Gleichwertigkeit des [vermeintlich] geschützten Interesses der Fall sein soll).

³²⁶ Der Autor entwickelt dafür aaO S. 52 ff eine allgemeine Regel, nach der das „tatbestandliche Interesse“ vom „rechtfertigenden Interesse“ zu subtrahieren und sodann zu fragen sei, ob die Handlung zum Schutz der sich ergebenden „Interessendifferenz“ nach dem für den jeweiligen Rechtfertigungsgrund geltenden Abwägungsmaßstab noch immer gerechtfertigt wäre. Der Beurteilungsmaßstab soll dabei auch danach variieren, für wie wahrscheinlich der Täter das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen hält. Die Regel soll dabei allerdings bei Notwehr und Defensivnotstand nur für die Merkmale gelten, die die Rechtfertigungslage betreffen. Bezüglich der Rechtfertigungshandlung (Geeignetheit und mildestes sicheres Mittel) sei – bei unzweifelhafter Notwehr- oder Defensivnotstandslage – das Fehlentscheidungsrisiko allein dem Träger des Eingriffsrechtsguts aufzubürden, was üblicherweise dadurch geschehe, dass für das objektive Vorliegen dieser Merkmale eine ex-ante-Sicht für maßgeblich erachtet werde (*Frister* FS Rudolphi, 45, 59). Zu der dieser Aussage zugrunde liegenden fehlerhaften Annahme, dass es bei einer ex-ante-Beurteilung keine unsichere Tätersvorstellung geben kann, s. oben Rdn. 85.

³²⁷ *Reip* Rechtfertigungslage S. 117 f, 138 versucht sich zudem in einer theoretischen Begründung: Das Strafrecht fordere ein Verhalten, bei dem das Produkt aus möglichem Nutzen und Wahrscheinlichkeit seines Ein-

Rechtfertigungssituation bewusst ist, wird sich häufig in Zugzwang sehen, weil er um seine eigenen oder fremde Rechtsgüter fürchtet. Während der Täter, der auf Tatbestands-ebene irrt und einen untauglichen Versuch begeht, sich „aus freien Stücken“ für die (vermeintliche) Rechtsgutsverletzung entscheide, handele derjenige, der vom möglichen oder sogar höchstwahrscheinlichen Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ausgeht, mit dem Ziel der Rettung von Rechtsgütern.³²⁸ Die Autoren, die für Abwägungslösungen eintreten, bemängeln die strengere Behandlung des zweifelnden Täters in dieser Konfliktsituation: Warum solle derjenige, der sich der Möglichkeit eines Fehlurteils seinerseits bewusst ist bzw. grundsätzlich Skrupel bezüglich des Eingriffs in fremde Rechtsgüter hat, wegen versuchten (bei tatsächlichem Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen) bzw. vollendeten (bei Fehlbeurteilung der Lage) vorsätzlichen Delikts bestraft werden, während der sorglos Handelnde, der von der Richtigkeit seiner Annahme ausgeht, straflos bleibe bzw. nur bei Vermeidbarkeit seines Irrtums wegen fahrlässigen Delikts bestraft werde?³²⁹ So plausibel diese Überlegung auf den ersten Blick ist: Die gesetzliche Risikozuweisung in den verschiedenen Erlaubnissätzen spricht gegen sie. Daher lassen sich die Abwägungslösungen auch nicht mit dem Gedanken des „erlaubten Risikos“ erklären.³³⁰ Man umgehe damit die gesetzgeberische Wertung, dass nur bei bestimmten Rechtfertigungsmerkmalen (s. oben Rdn. 85) der Träger des Eingriffsrechts-guts einen Teil des Fehlentscheidungsrisikos trägt.

- 87** Es bleibt dabei: Das Handlungsunrecht kann nur entfallen,³³¹ wenn der Täter fest davon ausgeht, dass die Rechtfertigungsvoraussetzungen gegeben sind. Auch ein „Vertrauen“ auf das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen kann nicht zum Unrechtsausschluss führen, wenn es nicht dahingehend verdichtet ist, dass der Täter das Nicht-Vorliegen ausschließt und also nicht mehr für möglich hält. Hält er es für möglich, nimmt er gleichzeitig in Kauf, dass seine tatbestandsmäßige Handlung in objektiv rechtlich zu missbilligender Weise Rechtsgüter verletzt. Wenn der Täter die Situation prüfen oder ihr ausweichen kann, darf er auf die bloße Möglichkeitsvorstellung hin nicht handeln,³³² tut er es gleichwohl, wird man mit *Warda* (FS Lange, 119, 132 ff)³³³ nur eine übergesetzliche Entschuldigung in Betracht ziehen können, wenn bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls die Vorwerfbarkeit ausgeschlossen oder erheblich vermindert erscheint.³³⁴ Für die Beurteilung kann dabei etwa von Bedeutung sein, für wie wahr-

tritts am höchsten ist. Es sei daher möglich, dass der Wert des Handelns in der Vorstellung von einer möglicherweise bestehenden Rechtfertigungslage den Handlungs-unwert der Tatbestandsverwirklichung neutralisiere.

³²⁸ Vgl. *Arzt* FS Jescheck, 391, 396 f u. *Schüler* Rechtfertigungslage S. 112 ff.

³²⁹ *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 426; *Schüler* Rechtfertigungslage S. 159 f.

³³⁰ So aber *Schlehofer* MK Rdn. 84. Gegen die Rechtfertigung eines Handelns zur Abwehr einer als möglich vorgestellten Rechtfertigungslage unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos auch *Warda* FS Lange, 119, 132.

³³¹ *Paeffgen* NK Rdn. 102 deutet an, dass eine Möglichkeitsvorstellung gleichwohl zu einer

Unrechtsminderung führen kann; ebenso *Reip* Rechtfertigungslage S. 140 (der daraus allerdings folgert, das verbleibende Unrecht rechtfertige u.U. die [Vorsatz-]Strafe nicht).

³³² *Roxin* AT I § 14 Rdn. 91; *Warda* FS Lange, 119, 143.

³³³ Ebenso *Rudolphi* SK Vor § 19 Rdn. 9 a; *Seier* JuS 1986 217, 222. *Baldus* LK⁹ § 53 Rdn. 51 u. *Schl/Schröder*¹⁷ § 53 Rdn. 15 b ff stellen hierfür auf den Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ab; dazu ablehnend *Warda* FS Lange, 119, 134 f.

³³⁴ *Schüler* Rechtfertigungslage S. 150 ff hält eine generelle Lösung auf Schuldebene allerdings für unvereinbar mit den Verhaltensnormen der Unterlassungsdelikte: In Not-hilfefällen verbleibe dem Täter ansonsten

scheinlich der Täter das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen hielt, ob ein sofortiges Handeln geboten war und unter Umständen auch, ob der Täter bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt die Lage korrekt hätte beurteilen können.³³⁵ In Fällen einer **zweifelhaften Notwehrlage** wird zudem sehr häufig auch objektiv eine „Gefahr“ im Sinne des § 34 vorliegen, so dass ein Handeln gerechtfertigt ist, wenn sich der Täter auf eine verhältnismäßige Gefahrenabwehr beschränkt³³⁶ – und ansonsten unter Umständen eine Entschuldigung nach § 35 in Betracht kommen.³³⁷

Älter als der Streit um die Anforderungen an das kognitive Element der subjektiven Rechtfertigung ist die das voluntative Element betreffende Frage, ob der Täter **zum Zweck der Rechtfertigung** – also mit einer bestimmten Absicht – gehandelt haben muss. Die **Rechtsprechung** hat ein solches Motiv oder Zweckmoment stets verlangt;³³⁸ ebenso ein Teil des Schrifttums.³³⁹ Dabei soll es allerdings genügen, dass die Rechtfertigung **neben anderen Zwecken** verfolgt wird:³⁴⁰ Solange sie nicht durch die anderen Zwecke völlig in den Hintergrund gedrängt wird,³⁴¹ muss sie nicht alleiniges Motiv des Täters sein. Insbesondere in der neueren Literatur wird der Forderung einer Rechtfertigungsabsicht mit Recht widersprochen.³⁴² Wer in Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen

88

keine Chance, sich rechtmäßig zu verhalten, weil ein Eingreifen wegen Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements rechtswidrig sei, er sich durch Nichteingreifen aber nach § 323 c oder ggf. einem unechten Unterlassungsdelikt strafbar mache. Siehe gegen diese Argumentation aber unten Rdn. 88 m. Fußn. 347 a. E.: Kein Unterlassungsvorwurf wegen (rechtlicher) Unmöglichkeit des Einschreitens.

³³⁵ Ausführlich zu den Kriterien *Warda* FS Lange, 119, 140 ff; auch *Rudolphi* SK Vor § 19 Rdn. 9 a. Genauere Anhaltspunkte können hier auch die von den Vertretern der „Abwägungslösungen“ (oben Rdn. 86 m. Fußn. 325) befürworteten Maßstäbe liefern.

³³⁶ *Jakobs* 11/29; *Reip* Rechtfertigungslage S. 69; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 92; *Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 16 Rdn. 22; eingehend *Schüler* Rechtfertigungslage S. 159 ff; wohl auch *Otto* AT § 18 Rdn. 55 f.

³³⁷ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 93; *Jakobs* 11/29; *Schüler* Rechtfertigungslage S. 141 ff, 172.

³³⁸ RGSt 54 196, 199; 56 259, 268; BGHSt 2 111, 114; 3 194, 198; 5 245, 247; BGH bei Dallinger MDR 1969 15, 16; bei Dallinger MDR 1972 16; aus neuerer Zeit BGH GA 1980 67, 68; NStZ 1983 117; NJW 1990 2263; NStZ 1996 29, 30; 2000 365, 366; 2005 332, 334; BayObLG JZ 1991 936, 937; StV 1999 147. OLG Stuttgart NJW 1992 850, 851 lässt dahingestellt, ob schon die Kenntnis der Notwehrlage ausreicht, ohne dass es auf die Motive des Täters ankommt.

³³⁹ *Baumann/Weber/Mitsch* § 17 Rdn. 31 f; *Blei* I § 39 II 1, § 44 V; *Geilen* Jura 1981 308, 310; *Geppert* Jura 1995 103, 104 f; *Gössel* FS Triffterer, 93, 99; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 50, 51, 53; *Jescheck/Weigend* § 31 IV 1; *Krey* AT 1 Rdn. 415 f; *Maurach/Zipf* § 26 Rdn. 27 (für die Notwehr); *Schmidhäuser* StuB 6/21 ff; *I. Sternberg-Lieben* JA 1996 299, 308; *Tröndle/Fischer* § 32 Rdn. 14; *Wessels/Beulke* Rdn. 275. *Paeffgen* NK Rdn. 100 fordert eine „Rechtfertigungstendenz“, wobei aber unklar bleibt, wie sich diese von einer Rechtfertigungsabsicht unterscheiden soll.

³⁴⁰ BGHSt 3 194; 5 245, 247; BGH GA 1980 67; NStZ 1983 117; 1996 29, 30; 2000 365, 366; OLG Stuttgart NJW 1992 850, 851.

³⁴¹ So angenommen in BGH NStZ 2005 332, 334.

³⁴² Ein voluntatives Element generell ablehnend *Freund* AT § 3 Rdn. 20; eingehend *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 455 ff; *ders.* FS Lackner, 113, 135 ff; *Gallas* FS Bockelmann, 155, 176 ff m. Fußn. 56; *Hruschka* GA 1980 1, 15; *Kindhäuser* AT 15/9; *Merkel* NK § 218 a Rdn. 137; *Puppe* FS Stree/Wessels, 183, 196; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 251 ff, 270 f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 97; *Rudolphi* FS Maurach, 51, 57 f; *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 371, 380; *Schlehofer* MK Rdn. 88; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 14; *Schüler* Rechtfertigungslage S. 30 f; *Schüemann* GA 1985 372 f; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 148 f; *Zielinski* Handlungsunwert S. 233 ff (der allerdings Ausnahmen für möglich hält); für die Notrechte *Loos*

und damit vorsätzlich einen rechtmäßigen Zustand herbeiführt, würde anderenfalls allein wegen seiner „falschen“ inneren Einstellung bestraft (*Roxin* AT I § 14 Rdn. 99).³⁴³ In Notwehr- und Notstandssituationen ist zudem nur mit Mühe ein Fall vorstellbar, in dem es dem in Kenntnis der Umstände handelnden Täter nicht zumindest auch um seine Verteidigung bzw. Rettung geht. Darüber hinaus wird sich das „gänzliche Zurücktretens“ eines solchen Verteidigungs- bzw. Rettungswillens kaum jemals nachweisen lassen.³⁴⁴ Anstelle eines „Um-zu-Motivs“ im Sinne einer Rechtfertigungsabsicht wird im Schrifttum vereinzelt ein – ebenfalls voluntativ verstandenes – rückschauendes „Weil-Motiv“ gefordert. Der Täter müsse nur *aufgrund* des Vorliegens der Rechtfertigungsvoraussetzungen handeln (*Alwart* GA 1983 433, 447 ff);³⁴⁵ auf sein Ziel – etwa, dem Angreifer Schaden zuzufügen – soll es dagegen ebenso wenig ankommen wie auf Vorstellungen über die Verteidigungshandlung.³⁴⁶ Ein voluntatives subjektives Rechtfertigungselement ist indes auch in dieser Form abzulehnen. Solange in Kenntnis der Sachlage ein von der Rechtsordnung akzeptierter Zustand herbeigeführt wird, kann das Verhalten unabhängig von der inneren Einstellung des Täters nicht zur Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit führen.³⁴⁷ Zwar ist der Gegenmeinung zuzugeben, dass die Formulierung in § 34 „um

FS Oehler, 227, 235; für die Notwehr (Verteidigungsabsicht) *Erb* MK § 32 Rdn. 215; *Kühl* AT § 7 Rdn. 128 ff; *ders.* Jura 1993 233, 234; *M.-K. Meyer* GA 2003 806, 821 f; *Otto* AT § 8 Rdn. 52 f; *Prittowitz* GA 1980 381, 386, 389; *Roxin* ZStW 75 (1963) 541, 563.

³⁴³ Ebenso *Kühl* Jura 1993 233, 234; *Merkel* NK § 218a Rdn. 137: „Motive rechtmäßiger Handlungen gehen die Moral, nicht aber das Strafrecht etwas an“; *Prittowitz* GA 1980 381, 386. Gegen den Vorwurf des „Gesinnungsstrafrechts“ aber *Geilen* Jura 1981 308, 310 u. *Steinbach* Subjektive Rechtfertigungselemente S. 176 ff.

³⁴⁴ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 99.

³⁴⁵ Ähnlich *Röttger* Unrechtsbegründung S. 208 ff; im Ansatz schon *Geilen* Jura 1981 308, 310 f; auch *Steinbach* Subjektive Rechtfertigungselemente S. 200, 225 ff, 238 f („reaktive“ im Gegensatz zur „intentionalen“ Innentendenz). Die Vertreter dieser These stützen sich unter anderem darauf, dass man anderenfalls den Täter bestrafen müsse, der sich verteidigt, obwohl er den endgültigen Erfolg dieses Unternehmens für ausgeschlossen hält (*Alwart* GA 1983 433, 450 f; *Steinbach* Subjektive Rechtfertigungselemente S. 196 ff): Wer den Erfolg seiner Handlung unter keinen Umständen für möglich hält, kann ihn nicht beabsichtigen.

³⁴⁶ Kritisch zu dieser Auffassung *Roxin* AT I § 14 Rdn. 102: Forensisch nicht rekonstruierbare Differenzierung. Außerdem werde dem Täter unterstellt, dass er sich beim Fehlen eines Weil-Motivs unabhängig vom

Vorliegen einer Rechtfertigungslage gegen den Angreifer gewandt hätte. Eine solche bloße Vermutung kann fehlendes Handlungsunrecht aber nicht ersetzen; vgl. auch *Schüler* Rechtfertigungslage S. 31 f u. *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 266 ff: führt durch die Beschränkung auf das Weil-Motiv zu einer unzulässigen Privilegierung des Täters.

³⁴⁷ *Loos* FS Oehler, 227, 235; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 14. *Loos* aaO S. 231 f hat überdies zutreffend darauf hingewiesen, dass die Auffassung der Rechtsprechung in Fällen der Notstands- und Not(wehr)hilfe in Konflikt mit § 323c geraten kann: Das unter Umständen nach dieser Norm gebotene Handeln wäre danach nämlich strafbar, wenn eine rettungsfremde Motivation den Anstoß dazu gegeben hat. Der Täter würde sich also durch Handeln und Unterlassen gleichermaßen strafbar machen (vgl. *Roxin* AT I § 14 Rdn. 99). *Reip* Rechtfertigungslage S. 63 f zieht § 323c auch in der Argumentation gegen das Erfordernis sicheren Wissens um die Rechtfertigungslage heran: Schon wenn der Täter das Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen für möglich halte, habe er auch Eventualvorsatz bzgl. des Unterlassungsdelikts. Der Folgerung, dass er sich daher durch sein Nichteinschreiten nach § 323 c strafbar mache, ist aber zu widersprechen: Voraussetzung für den Vorwurf des „Unterlassens“ ist, dass dem Täter ein Handeln möglich ist. Daran fehlt es hier aus rechtlichen Gründen („Geboten ist nur, was erlaubt ist“), weil er

die Gefahr ... abzuwenden“ (anders als die um-zu-Konstruktion in § 32, die nur eine Eigenschaft der objektiven Verteidigungshandlung umschreibt)³⁴⁸ auf eine Rettungsabsicht abzustellen scheint (vgl. auch BGHSt 35 270, 279). Die vorstehenden Überlegungen zwingen in diesem Fall jedoch zu einer – täterbegünstigenden – teleologischen Reduktion der Vorschrift.³⁴⁹

Eine Absicht auf der Ebene der Rechtfertigung ist ausschließlich bei den „**unvollkommenen zweiaktigen Rechtfertigungsgründen**“ (*Lampe GA 1978 7 ff*)³⁵⁰ zu verlangen, die in ihrer Struktur den Delikten mit „überschießender Innentendenz“ entsprechen und deren bekanntestes Beispiel § 127 Abs. 1 StPO ist.³⁵¹ Kennzeichen dieser Erlaubnissätze ist, dass der legitimierende Zweck nicht schon durch die deliktstatbestandliche Handlung selbst (bei § 127 Abs. 1 StPO also die Freiheitsberaubung in Gestalt der Festnahme), sondern erst durch weitere Handlungen (bei § 127 Abs. 1 StPO etwa die Überführung in den behördlichen Gewahrsam, die eine Strafverfolgung möglich macht) erreichbar ist. Das führt dazu, dass der Täter – gleichsam zur Kompensation des mangelnden selbständigen Erfolgswertes seiner Tat – den fraglichen Zweck verfolgen, also mit einer entsprechenden Absicht handeln muss (*Lampe GA 1978 7 ff*).³⁵² Um nach § 127 Abs. 1 StPO gerecht-

89

Vorsatz bezüglich der nicht gerechtfertigten tatbestandsmäßigen Handlung hat.

³⁴⁸ So *Roxin AT I § 14 Rdn. 100 m. w. N.* Auf den Wortlaut auch der § 904 BGB und § 32 stützen sich allerdings *Hirsch LK¹¹ Rdn. 51 u. Paeffgen NK Rdn. 88. Alwart GA 1983 433, 452* führt für seine Auffassung an, dass das Wort „Verteidigung“ (vgl. § 32 Abs. 2) eine *Reaktion* beschreibe.

³⁴⁹ *Loos FS Oehler, 227, 236; Roxin AT I § 14 Rdn. 100; vgl. auch Frisch FS Lackner, 113, 117 ff.* Dasselbe gilt für §§ 228 f BGB. Unrichtig daher *Schünemann GA 1985 341, 372*, der (allein) wegen des Wortlauts bei § 34 und § 229 BGB eine Absicht verlangt.

³⁵⁰ Zu diesen schon *Sch/Schröder/Lenckner¹⁸ (1975) Rdn. 16.*

³⁵¹ Weitere Beispiele solcher Rechtfertigungsgründe sind die §§ 102, 103 StPO; *Lampe GA 1978 7, 10 f* führt weiterhin § 53 UrhG an. Ähnliche Probleme („zweiaktige Rechtfertigungskonstellationen“) können auch bei anderen Rechtfertigungsgründen (z. B. bei § 34) auftreten: Z. B. wenn der Arzt trotz Fahruntauglichkeit infolge Alkoholkonsums zu einem in Lebensgefahr befindlichen Patienten fährt, um diesen am Zielort zu behandeln; vgl. dazu *Baumann/Weber/Mitsch § 16 Rdn. 64.* Auch hier gilt das Absichtserfordernis. Nach *Herzberg (JA 1986 190, 198 m. Fußn. 28)* ist es bei allen Erlaubnisnormen denkbar, dass sich der Erlaubnisinn erst durch weitere, der Verletzung nachfolgende Akte erfüllt; ebenso *Rinck Zweistufiger Delikttaufbau S. 292.*

³⁵² Eine Absicht fordern ferner *Baumann/Weber/Mitsch § 16 Rdn. 65; ausführlich Loos FS Oehler, 227, 237 ff* (einschließlich einer Diskussion der „Rücktrittsproblematik“, die sich ergibt, wenn der Täter nach Vornahme des ersten Aktes seine Absicht fallen lässt und den zweiten Akt dann nicht mehr vornimmt); *Roxin AT I § 14 Rdn. 103; Sch/Schröder/Lenckner Rdn. 16 m. w. N.; Schüler Rechtfertigungslage S. 32 m. Fußn. 70; Schünemann GA 1985 341, 372; Stratenwerth/Kuhlen AT § 9 Rdn. 150; Wolter Funktionales Straftatsystem S. 157 ff; für zweiaktige Rechtfertigungskonstellationen im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung auch Mitsch Rechtfertigung S. 476 ff.* Ein Absichtserfordernis ablehnend aber *Frisch FS Lackner, 113, 145 ff; Herzberg JA 1986 190, 199 f* (Täter müsse den kompensierenden Erfolg nur für möglich halten); ähnlich *Jakobs 11/21; Schlehofer MK Rdn. 89.* Modifizierend *Prittwitz GA 1980 381, 386 ff.* Absicht sei nicht nur bei zweiaktigen Rechtfertigungskonstellationen zu fordern, sondern in allen Fällen, in denen das höherwertige Interesse, dessen Wahrung der Rechtfertigungsgrund dient, nicht gewahrt wird und der Grund dafür darin liegt, dass der Handelnde andere Zwecke verfolgt hat. Andererseits beschränkt der Autor dieses Absichtserfordernis auf Fälle, in denen das angegriffene Rechtsgut objektiv nicht von der Handlung des Täters „profitiert“ hat. Weiterhin *Rinck Zweistufiger Delikttaufbau S. 291 ff.* Absicht sei bei zweiaktigen Rechtfertigungskonstellationen zu fordern, wenn der Täter die Handlung nicht nur zur Vermeidung der Strafe, sondern auch zur Vermeidung der Verletzung des Rechtsgutes vornimmt.

fertigt zu sein, muss der Festnehmende also etwa handeln, um den Festgenommenen der Strafverfolgung zuzuführen. Wenn der Täter in zweiaktigen Rechtfertigungskonstellationen die Vornahme der zweiten, den Rechtfertigungserfolg herbeiführenden Handlung nicht beabsichtigt, ist er (anders als sonst bei fehlender Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen, s. dazu Rdn. 90) wegen vollendeten Delikts zu bestrafen,³⁵³ weil auch der objektive Erfolgsunwert der tatbestandsmäßigen Handlung durch die Vornahme des ersten Aktes allein nicht aufgewogen wird.

- 90 cc) Handeln in Unkenntnis der Rechtfertigungslage.** Fehlt das subjektive Rechtfertigungselement, hat der Täter also keine Kenntnis vom Vorliegen der rechtfertigenden Umstände (sog. „umgekehrter Erlaubnistatstandsirrtum“), macht er sich nach zutreffender Meinung wegen **versuchter Tat** strafbar,³⁵⁴ wenn der Versuch des entsprechenden Delikts mit Strafe bedroht ist; ansonsten bleibt er straflos:³⁵⁵ Denn sind die rechtfertigenden Umstände objektiv gegeben, fehlt es an dem ein vollendetes Delikt mitkonstituierenden Erfolgsunwert (dazu schon oben Rdn. 82). Die Verfechter der früher überwiegend vertretenen **Gegenansicht** nehmen gleichwohl ein **vollendetes Delikt** an;³⁵⁶ Vertreter der objektiven Unrechtslehre gelangen sogar zur Straflosigkeit.³⁵⁷ Wer – wie *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 61 – zur Begründung der Vollendungslösung anführt, man verlasse den Boden der Realität, wenn man trotz eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolges nur wegen versuchten Delikts bestrafe,³⁵⁸ dürfte allerdings auch beim Fehlen anderer *Tatbestandserfordernisse* als des Erfolges (etwa der objektiven Zurechnung) nicht für eine Versuchsstrafbar-

fertigungskonstellationen keine Voraussetzung. Bei Vornahme des geforderten zweiten Aktes trete stets rückwirkend Rechtfertigung ein, bei Unterlassen des zweiten Aktes trotz realer Möglichkeit zur Vornahme Rechtswidrigkeit. Bei Unmöglichkeit der Realisierung des zweiten Aktes sei der Täter unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos rückwirkend als gerechtfertigt anzusehen; zutr. kritisch dazu *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 16.

- ³⁵³ Wie hier *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 65; *Jungclaussen* Rechtfertigungselemente S. 124 f; *Lampe* GA 1978 7, 9 f; *Mitsch* Rechtfertigung S. 480 m. Fußn. 82; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 106; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 16; *Schünemann* GA 1985 341, 374; *Wolter* Funktionales Straftatsystem S. 158.
- ³⁵⁴ Statt vieler BGHSt 38 144, 155 f (zu § 218 a. F.); KG GA 1975 213, 215; *Frisch* FS Lackner, 113, 138 f; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 246; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 104; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 15 m. w. N.
- ³⁵⁵ So etwa im Beispiel 3 bei *Roxin* AT I § 14 Rdn. 94 zu § 167. *Anders Jakobs* 11/23, der im Bereich der Unkenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen die teilweise Straflosigkeit nach § 23 Abs. 1 ablehnt.

- ³⁵⁶ RGSt 60 261, 262; 62 138; BGHSt 2 111, 114 f; *Alwart* GA 1983 433, 454 f; *Foth* JR 1965 366, 368 f; *Gallas* FS Bockelmann, 155, 168, 173 f, 177 (anders bei der Einwilligung); *Gössel* FS Triffterer, 93, 99; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 59 (der allerdings wegen der „aus dem Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsmerkmale folgenden Unrechtsminderung“ eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 vorsieht); *ders.* Negative Tatbestandsmerkmale S. 254 f; *ders.* FS BGH IV, 199, 235; *Köhler* AT S. 323; *Krey* AT 1 Rdn. 421, 423; *Paeffgen* NK Rdn. 128; *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 399, 422 ff; *Schmidhäuser* AT 9/17; *ders.* StuB 6/24; *R. Schmitt* JuS 1963 64, 65; *Welzel* Strafrecht § 14 I 3 b; *Zaczyk* NK § 22 Rdn. 57; *Zielinski* Handlungsunrecht S. 261 ff (konsequent auf Grundlage der allein Handlungsunrecht anerkennenden Unrechtskonzeption des Autors). Eingehende Kritik der Vollendungslösung bei *Frisch* FS Lackner, 113, 138 ff, *Herzberg* JA 1986 190, 193 f u. *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 224 ff.
- ³⁵⁷ *Spendel* LK¹¹ § 32 Rdn. 138 sowie die in Rdn. 82 m. Fußn. 303 aufgeführten Autoren.
- ³⁵⁸ S. auch *Spendel* LK¹¹ § 32 Rdn. 141: „Ver-gewaltigung der Tatsachen“.

keit eintreten (näher *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 268). Hier wird ein naturalistischer Erfolgsbegriff verwendet, der der Aufgabe des Strafrechts, Unrecht zu vermeiden, nicht gerecht wird (richtig *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 224 f).³⁵⁹ Nur vordergründig plausibel ist auch die These, eine Rechtfertigung könne nur dann eintreten, wenn der *gesamte* Rechtfertigungstatbestand erfüllt ist. Fehle nur ein Element, entfalle die unrechtsausschließende Wirkung vollständig; übrig bleibe die vollendete Tat (*Paeffgen* NK Rdn. 128).³⁶⁰ An dieser Aussage ist zutreffend, dass das Verhalten wegen des verbleibenden Handlungsunrechts trotz Vorliegens der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen als rechtswidrig einzustufen ist³⁶¹ (nur der vom Täter herbeigeführte Zustand ist rechtmäßig und darf nicht verhindert werden, so dass gegen ihn keine Notwehr gegeben ist).³⁶² Die Vertreter der Versuchslösung sehen den Täter aber auch gar nicht als gerechtfertigt an;³⁶³ sie zeigen lediglich auf, dass aufgrund mangelnden Erfolgsunwerts der verbleibende Unwert nur dem des versuchten Delikts entspricht³⁶⁴ (s. hierzu auch *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 268). Teilweise wird betont, dass in der in Rede stehenden Konstellation der Erfolg nicht objektiv zurechenbar ist: Es fehle an der Realisierung einer vom Täter geschaffenen missbilligten Gefahr, da nach ihrer objektiven Gefahrendimension die Handlung nicht zu beanstanden sei (*Frisch* FS Lackner, 113, 142; *Puppe* FS Stree/Wessels, 183, 195; *Rudolphi* GedS Arm. Kaufmann, 371, 379). Damit steht gleichzeitig fest, dass es sich um eine *unmittelbare*,³⁶⁵ nicht lediglich analoge *Anwendung der Versuchsvorschriften* handelt.³⁶⁶ Für den Versuch im Sinne der §§ 22 f ist allein kennzeichnend, dass es

³⁵⁹ Kritisch auch *Frisch* FS Lackner, 113, 139 ff: „Naturalistische Überschätzung vorrechtlicher Phänomene“ u. *Herzberg* JA 1986 190, 193: Das Strafrecht frage, ob *eine Straftat* vollendet oder nur versucht worden ist.

³⁶⁰ Auch *Gallas* FS Bockelmann, 155, 168, 173 f; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 59. *Herzberg* JA 1986 190, 192 entlarvt den „subtilen, folgeschweren Fehler“ dieser Begründungslinie: Ebenso wie die Tatbestandserfüllung bildet auch die Rechtswidrigkeit ein *positives* Deliktserfordernis, so dass es nicht um die Verneinung von Rechten, sondern um die Bejahung von Unrecht geht. Daher gilt auch auf beiden Ebenen, dass schon *ein* Mangel das Unrecht eines vollendeten Vorsatzdelikts entfallen lässt.

³⁶¹ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 96; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 151; ähnlich *Schlehofer* MK Rdn. 90.

³⁶² *Günther* SK Rdn. 92; *Kühl* Jura 1993 233, 235; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 96; *Schroeder* JZ 1991 682, 683; s. auch *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 270.

³⁶³ Dies vertritt nur *Spendel* LK¹¹ § 32 Rdn. 138 auf der Basis seiner objektiven Unrechtsauffassung: Für Rechtfertigung und Straflosigkeit genüge das Vorliegen der objektiven Notwehrevoraussetzungen.

³⁶⁴ Deutlich *Frisch* FS Lackner, 113, 138: Ein-

stufung als vollendete Tat mit den entsprechenden Rechtsfolgen scheitert daran, dass diese eine Kombination objektiver und subjektiver Unrechtsteile voraussetzt, an der es hier fehlt; nur die dem Unrechtstypus „allein Handlungsunwert“ zugeordnete Rechtsfolge kann zum Zuge kommen. Übereinstimmend *Graul* JuS 2000 L 41, L 42 f; *Nowakowski* ÖJZ 1977 573, 578; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 104; *Rudolphi* FS Maurach, 51, 53; *Samson* SK⁵ Rdn. 42.

³⁶⁵ So auch BGHSt 38 144, 155 f (zu § 218 a a. F.); KG GA 1975 213, 215; *Freund* AT § 3 Rdn. 18; *Frisch* FS Lackner, 113, 138 f; *Geilen* Jura 1981 308, 309; *Graul* JuS 2000 L 41, L 43; *Herzberg* JA 1986 190, 192 f; *Hruschka* GA 1980 1, 16 f; *Joecks* Rdn. 11 ff; *Lenckner* FS H. Mayer, 165, 175; *Nowakowski* ÖJZ 1977 573, 578; *Prittowitz* Jura 1984 74, 76 f; *Puppe* GA 2003 764, 770 f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 104; *Rudolphi* FS Maurach, 51, 58; *Samson* SK⁵ Rdn. 42; *Schlehofer* MK Rdn. 91; *Schönkel/Schröder/Eser* § 22 Rdn. 8; *Schünemann* GA 1985 341, 373 f.

³⁶⁶ Für eine analoge Anwendung der §§ 22 f aber *Günther* SK Rdn. 91; *Geppert* Jura 1995 103, 105; *Jakobs* 11/23 f; *Jescheck/Weigend* § 31 IV 2; *Kindhäuser* AT 29/9; *Kretschmer* Jura 2002 114, 117 m. Fußn. 33; *Kühl* AT § 6 Rdn. 16; *Lackner/Kühl* § 22

trotz des nach außen getretenen Handlungsunwerts (*zumindest* unmittelbares Ansetzen) am Erfolgswert fehlt – eine Beschreibung, die auf den „umgekehrten Erlaubnistatumsstandsirrtum“ exakt zutrifft.³⁶⁷ Eine Analogie zu den Versuchsvorschriften ist überdies weder vom grundsätzlichen Standpunkt der Versuchs- noch der Vollendungslösung zulässig, denn sie verstieße gegen Art. 103 Abs. 2 GG.³⁶⁸ Für jeden, der annimmt, die Konstellation sei nicht ausdrücklich geregelt, wäre sie täterbelastend, weil angesichts des Bestimmtheitsgrundsatzes sonst nur Straflosigkeit in Betracht kommt.³⁶⁹

- 91 dd) **Das Problem der Inkongruenz.** Insbesondere im Kontext der Notwehr wird in neuerer Zeit das Problem der **Inkongruenz von objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen und Rechtfertigungsvorsatz** diskutiert.³⁷⁰ Es geht dabei um Situationen, in denen objektiv rechtfertigende Umstände vorliegen und der Täter sich auch sämtliche Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes vorstellt – allerdings entspricht seine Vorstellung nicht exakt der objektiven Situation (s. dazu für die Notwehr ausführlich *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 271 ff m. zahlr. Nachw.). Es gilt hier Folgendes: Ein „Rechtfertigungsmotivirrtum“ ist unbeachtlich, weil das Motiv des Täters für die Bewertung der Rechtfertigungssituation grundsätzlich irrelevant ist.³⁷¹ Irrt der Täter etwa darüber, wessen Rechtsgüter er in einer Notstandssituation durch die tatbestandsmäßige Handlung rettet (nämlich die seines ärgsten Feindes anstelle seiner eigenen), oder hat er eine falsche Vorstellung davon, wen er unter den Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StPO vorläufig festnimmt, um ihn der Strafverfolgung zuzuführen (nämlich einen guten Freund anstelle eines Unbekannten), ist er gleichwohl gerechtfertigt. In diesen Fällen geht es nicht um ein Kongruenzproblem im engeren Sinne; objektiver und subjektiver Rechtfertigungstatbestand decken sich vielmehr in hinreichendem Maße: Der „error in persona vel obiecto“ ist auf Rechtfertigungsebene – wie auf der Stufe des Tatbestandes – unerheblich. Deutlich komplexer in der Beurteilung ist die Abweichung der Tätervorstellung von den Tatsachen, wenn der Täter etwa meint, durch Notwehr gerechtfertigt zu sein, weil er angegriffen wird, während tatsächlich kein Angriff, sondern nur eine gegenwärtige Gefahr und damit eine Notstandsfrage gegeben ist. Es trifft dann ein Erlaubnistatumsstandsirrtum bezüglich der *Notwehr*lage mit einer objektiven *Notstands*frage zusammen. Eine sich trotz Irrtums im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im Sinne des § 34 haltende Abwehrhandlung bleibt hier straflos: Wegen des fehlenden Erfolgswerts kommt

Rdn. 16; *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 34; *Plaschke* Jura 2001 235, 238; *I. Sternberg-Lieben* JA 1996 299, 308; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 151 ff; *Wessels/Beulke* Rdn. 279; unentschieden (jedenfalls entsprechende Anwendung) *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 68; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 15.

³⁶⁷ Vgl. auch *Nowakowski* ÖJZ 1977 573, 578. Nach *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 246 ff (selbst Anhänger eines zweistufigen Deliktsaufbaus) lässt sich auf der Basis des dreistufigen Deliktsaufbaus konsequent nur die Vollendungslösung vertreten.

³⁶⁸ *Paeffgen* NK Rdn. 126 (selbst Anhänger der Vollendungslösung) wirft den Vertretern der Versuchslösung „jedenfalls in Relation zu

den eigenen Prämissen“ einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG vor; ebenso *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 52. Dagegen nimmt *Nowakowski* ÖJZ 1977 583, 578 (selbst Anhänger der Versuchslösung) eine täterbelastende Analogie nur vom Standpunkt der Vollendungslösung an.

³⁶⁹ Anders – aber nicht überzeugend – *Brauer* Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, Diss. Trier 1988 S. 134 f.

³⁷⁰ Vgl. dazu das Urteil des LG München I NJW 1988 1860, in dem eine Kongruenz gefordert wird.

³⁷¹ S. schon oben Rdn. 88: Auf ein Handeln zum Zweck der Rechtfertigung kommt es nicht an.

aus den oben Rdn. 90 genannten Gründen keine Vollendungsstrafbarkeit in Betracht. An einem Handlungsunwert fehlt es aufgrund des Erlaubnistatumstandsirrtums, sofern der Täter die Notwehrlage nicht fahrlässig angenommen hat (dazu näher unten Rdn. 95 f). Ist ihm ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, bleibt er im Ergebnis aufgrund des Vorliegens der objektiven Notstandsvoraussetzungen ebenfalls straflos; dazu sogleich.

ee) Subjektives Rechtfertigungselement beim Fahrlässigkeitsdelikt? Beim **fahrlässigen Delikt** kommt es auf die Vorstellung des Täters von rechtfertigenden Umständen nicht an, wenn objektiv die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind (*Jakobs* 11/30ff; *Kühl* AT § 17 Rdn. 80; *Puppe* FS *Stree/Wessels*, 183, 187).³⁷² Den „fahrlässigen Versuch“ kennt das StGB nicht,³⁷³ so dass unsorgfältiges Handeln für sich allein in aller Regel nicht strafbar ist. Nimmt man wie hier an, dass die §§ 22 f auf Konstellationen des umgekehrten Erlaubnistatumstandsirrtums unmittelbar anwendbar sind (oben Rdn. 90), ist die Diskussion um ein subjektives Rechtfertigungselement beim Fahrlässigkeitsdelikt unergiebig.³⁷⁴ Die Frage nach einem konkreten Rechtfertigungsvorsatz beim fahrlässigen Erfolgsdelikt lässt sich – zumindest bei unbewusster Fahrlässigkeit – ohnehin nicht sinnvoll stellen.³⁷⁵ Wer sich der Möglichkeit des Erfolges nicht bewusst ist, kann sich auch nicht vorstellen, dass der Eintritt desselben von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt sei.³⁷⁶ Sofern in Literatur und Rechtsprechung ein subjektives

³⁷² Weiterhin *Dölling* GA 1984 71, 92 m. Fußn. 167; *Frisch* FS *Lackner*, 113, 130 f; *Geilen* Jura 1981 308, 309 f; *Hardtung* MK § 222 Rdn. 54 f; *Himmelreich* Notwehr S. 100 ff; *Hruschka* GA 1980 1, 17 f; *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 66; *Kretschmer* Jura 2002 114, 117; *Rath* Rechtfertigungselement S. 325 ff, 631 f; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 281 ff; *Samson* SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 32; *Schaffstein* FS *Welzel*, 557, 573 f; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rdn. 42 ff; *Schmitt* JuS 1963 64, 68; *Quentin* JuS 1994 L 57, L 59; *Sch/Schröder/Lenckner/Perron* § 32 Rdn. 64; unter Einschränkungen auch *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 99 f; beschränkt auf die fahrlässigen Erfolgsdelikte *Jescheck/Weigend* § 56 I 3; mit abw. Begründung *Otto* NStZ 2001 594, 595: Bei objektivem Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen fehle es bereits an der Sorgfaltswidrigkeit (s. zur Kritik dieser Auffassung oben Rdn. 81); **aA** (subjektives Rechtfertigungselement erforderlich) die Rechtsprechung, s. BGHSt 27 313, 314; weitere Nachw. in Fußn. 377; in der Literatur (mit z. T. Abstrichen bei den Anforderungen) so auch *Alwart* GA 1983 433, 455; *Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt S. 180; *Eser* Strafrecht II³ 20 ff; *Fahl* Jura 2003 60, 64 f; *Geppert* Jura 1995 103, 107; *ders.* ZStW 83 (1971) 947, 979; *Hassemer* JuS 1980 412, 414; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 58; *Jungclaussen*

Rechtfertigungselemente S. 175; *Maurach/Gössel/Zipf* § 44 Rdn. 17 f; *Paeffgen* NK Rdn. 144; *Schmidhäuser* StuB 6/24; für das Zivilrecht BGH NJW 1985 490, 491; offen gelassen von BGHSt 25 229, 232.

³⁷³ *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 70; *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 68. *Samson* SK⁵ Anh. zu § 16 Rdn. 32 formuliert daher, eine Bestrafung käme nur dort in Betracht, wo „ausnahmsweise einmal die folgenlose Fahrlässigkeit («fahrlässiger Versuch») unter Strafe gestellt sein sollte“; auch *Puppe* FS *Stree/Wessels*, 183, 187.

³⁷⁴ Im Ergebnis daher ebenfalls für Strafflosigkeit: *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 70; *Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt S. 180 f; *Duttge* MK § 15 Rdn. 198; *Eisele* JA 2001 922, 925; *Graul* JuS 2000 L 41, L 43; *Hoyer* SK Anh. zu § 16 Rdn. 91 f; *Mitsch* JuS 2001 105, 110 f; *Roxin* AT I § 24 Rdn. 103; *Seelmann* JR 2002 249.

³⁷⁵ In OLG Frankfurt NJW 1950 119, 120 (m. abl. Anm. *Cüppers*) hat das Gericht einen solchen dennoch gefordert und – durchaus konsequent – gefolgt, eine Rechtfertigung fahrlässiger Taten komme nicht in Betracht. Kritisch dazu auch *Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951) S. 47 f m. Fußn. 72 u. *Schmitt* JuS 1963 64, 66.

³⁷⁶ *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rdn. 41; vgl. auch OLG Dresden JW 1929 2760.

Rechtfertigungselement beim Fahrlässigkeitsdelikt verlangt wird, beschränkt man sich bei den Anforderungen daher (bezogen auf die Notwehr) zumeist auf einen „generellen Verteidigungswillen“ (BGHSt 25 229, 232)³⁷⁷ oder die Kenntnis der rechtfertigenden Situation und der Erforderlichkeit des Abwehrverhaltens (*Duttige* MK § 15 Rdn. 198; *Hassemer* JuS 1980 412, 414; *Roxin* AT I § 24 Rdn. 102).³⁷⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass der Täter auch beim fahrlässigen Delikt in Form der Unsorgfältigkeit Handlungsunrecht verwirkliche, das durch den Handlungswert der Tätervorstellung ausgeglichen werden müsse.³⁷⁹ Der in der Sorgfaltspflichtverletzung liegende Handlungsunwert muss aber deshalb *nicht* aufgewogen werden, weil er für das Unrecht hier ebenso wenig genügt wie in den Fällen, in denen sorgfaltswidriges Verhalten überhaupt folgenlos bleibt.³⁸⁰ Praktisch hat die Gegenauffassung zur Folge, dass eine Rechtfertigung fahrlässigen Verhaltens nur in Situationen in Betracht kommt, in denen dem Täter die Rechtfertigungssituation bewusst ist und seine vorsätzlich vorgenommene Verteidigungs- oder Rettungshandlung unvorhergesehene Folgen hat, die er durch Umsicht hätte vermeiden können.³⁸¹ Die Tatbestandsverwirklichung soll dann gerechtfertigt sein, wenn sie sich in den Grenzen des Erforderlichen bewegt, der ungewollte Erfolg also auch vorsätzlich hätte herbeigeführt werden dürfen.³⁸² Ist dem Täter die Rechtfertigungslage dagegen

³⁷⁷ Weiter OLG Hamm NJW 1962 1169 f.; OLG Karlsruhe NJW 1986 1358, 1360 (bei Fehlen des Verteidigungswillens soll danach allerdings eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos in Betracht kommen); wohl auch BGH bei Dallinger MDR 1958 12 f.; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 58; *Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (1951) S. 47; für die fahrlässigen Tätigkeitsdelikte (z. B. § 316) weiterhin *Jescheck/Weigend* § 56 I 3 u. wohl auch OLG Hamm VRS 20 (1961) 232 ff.; in der Tendenz ebenso *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rdn. 44. Dazu ablehnend *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 285 ff: Auch bei „schlichten Tätigkeitsdelikten“ entfallt beim Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen der (Gefährdungs-)Erfolgsunwert und der Vorwurf bloßen fahrlässigen Handlungsunrechts sei hier wie auch sonst nicht mit Strafe belegt. Diese Aussage ist insofern zweifelhaft, als – jedenfalls nach herkömmlicher Terminologie – für die Strafbarkeit aus den schlichten Tätigkeitsdelikten ein materieller Erfolg(sunwert) gerade keine Voraussetzung ist.

³⁷⁸ Weiterhin *Fahl* Jura 2003 60, 64 f.; *Maurach/Gössel/Zipf* § 44 Rdn. 17 f.; für die Fallgruppe einer dort sog. bloßen Handlungsbefugnis (kein Eingriffsrecht) auch *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 100. *Baummann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 70 fordern bei unbewusster Fahrlässigkeit mindestens Erkennbarkeit, bei bewusster Fahrlässigkeit

wenigstens Für-möglich-Halten der rechtfertigenden Umstände. *Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt S. 180 lässt offen, ob Kenntnis oder nur Erkennbarkeit zu fordern ist. Kenntnis und Rechtfertigungswillen verlangen *Geppert* Jura 1995 103, 107; *ders.* ZStW 83 (1971) 978 f u. *Jungclaussen* Rechtfertigungselemente S. 175.

³⁷⁹ *Geppert* Jura 1995 103, 107; vgl. auch *Jungclaussen* Rechtfertigungselemente S. 162 ff.

³⁸⁰ *Kretschmer* Jura 2002 114, 117.

³⁸¹ Beispiele aus der Rechtsprechung: Unachtsam abgegebener Warnschuss, der versehentlich den Angreifer bzw. den sich einer Kontrolle Entziehenden trifft (RG JW 1925 962; BGHSt 25 229; OLG Hamm NJW 1962 1169; OLG Frankfurt NJW 1950 119), die versehentliche Tötung bzw. schwere Verletzung des Angreifers durch Verwenden eines Messers als Drohmittel (BGH bei Dallinger MDR 1958 12 f) bzw. das Lösen einer Kugel bei Verwenden einer Schusswaffe als Drohmittel (BGH NStZ 2001 591) bzw. als Schlagwerkzeug (BGHSt 27 313).

³⁸² BGHSt 25 229, 231 f.; BGH NStZ 2001 591, 592; OLG Hamm NJW 1962 1169; *Roxin* AT I § 24 Rdn. 101 ff.; *Jakobs* 11/31; s. aber *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 193 f. Bei Überschreiten der Erforderlichkeitsgrenze soll es darauf ankommen, ob die ungewollte Folge „aus der Gefahreträchtigkeit des Verteidigungsmittels“ erwächst bzw. „zu den typischen Risiken der berechtigt

überhaupt nicht bewusst, so dass er etwa einen Angriff nur zufällig abwehrt (beim unvorsichtigen Hantieren mit einer Waffe löst sich ein Schuss, der den sich von hinten heranschleichenden Angreifer verletzt) – eine Konstellation, die höchst selten vorkommen dürfte –, soll eine Rechtfertigung der fahrlässigen Tat von vornherein ausscheiden (*Roxin* AT I § 24 Rdn. 103). Am Ergebnis – **Straflosigkeit** – ändert das jedoch nichts, denn es fehlt hier angesichts der objektiv erlaubten Tatbestandsverwirklichung am Erfolgswert, der für die Strafbarkeit aus einem Fahrlässigkeitsdelikt unabdingbar ist.³⁸³ Die von *Roxin* AT I § 24 Rdn. 103 angenommene Rechtswidrigkeit der (straflosen) Tat³⁸⁴ hat im Übrigen auch keinen Einfluss auf die Notwehrberechtigung des Angreifers: Weil der herbeigeführte *Zustand* rechtmäßig ist, darf er nicht abgewehrt werden (s. schon oben Rdn. 90). Der Streit ist daher rein akademischer Natur.³⁸⁵

ff) Keine gewissenhafte Prüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen. Die **Rechtsprechung** fordert bis heute bei einigen Rechtfertigungsgründen für die Rechtfertigung eine **gewissenhafte Prüfung** des Vorliegens der rechtfertigenden Umstände. Insbesondere beim rechtfertigenden Notstand soll die pflichtgemäße Prüfung der Notstandsvoraussetzungen subjektives Erfordernis³⁸⁶ der Rechtfertigung sein (so schon RGSt 61 242, 255; 62 137, 138 und 64 101, 104 zum übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand).³⁸⁷ Hintergrund dieser Forderung sind befürchtete Strafbarkeitslücken: Da die irriige Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen nach Überzeugung von Rechtsprechung und überwiegendem

gewählten Verteidigungsart gehört“ (BGHSt 27 313, 314 bzw. BayObLG NStZ 1988 408 f; beide Gerichte verneinen allerdings unter diesen Umständen schon den Vorwurf der Fahrlässigkeit). *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 100 f stellen für diese Fallgruppe zur Begründung auf den Gesichtspunkt des erlaubten Risikos ab; vgl. auch *Roxin* AT I § 24 Rdn. 100. Näher zum Ganzen *Rönnaul/Hohn* LK § 32 Rdn. 193 f.

³⁸³ Darauf weisen ausdrücklich hin *Duttge* MK § 15 Rdn. 198 u. *Roxin* AT I § 24 Rdn. 103. Anders (Strafbarkeit) sehen das nur die Vertreter der Vollendungslösung, vgl. *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 59 (der allerdings annimmt, die von ihm befürwortete Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 könne in diesen Fällen zu Straflosigkeit führen) u. *Schmidhäuser* StuB 6/24 (der sogar mit der seiner Ansicht nach hier „verfehlten Straflosigkeit“ allgemein gegen die Versuchslösung argumentiert).

³⁸⁴ Anders ausdrücklich *Kretschmer* Jura 2002 114, 117 u. *Quentin* JuS 1994 L 57, L 59: Bei Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen sei die Fahrlässigkeitstat *rechtmäßig*; ähnlich schon *Frisch* FS Lackner, 113, 130 f; ebenso *Rath* Rechtfertigungselement S. 631 f: „Die *Tat* ist nicht rechtswidrig, ohne dass der *Täter* gerechtfertigt wäre“ (Hervorhebungen vom Verf.).

³⁸⁵ Ebenso *Kretschmer* Jura 2002 114, 117; *Kindhäuser* AT § 33 Rdn. 68; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 99; vgl. auch *Rinck* Zweistufiger Delikttaufbau S. 284.

³⁸⁶ Ausdrücklich BGHSt 2 112, 114: Die Tat aus dem übergesetzlichen Notstand lasse sich nur rechtfertigen, wenn der Täter vorher gewissenhaft geprüft habe, ob dessen Voraussetzungen vorliegen; der übergesetzliche Notstand enthalte also „ein subjektives Rechtfertigungselement ebenso wie [die] Notwehr, [die] nur für eine vom Verteidigungswillen getragene Willensbetätigung gilt.“ Vgl. auch *Lenckner* FS H. Mayer, 165: Intention des Täters und pflichtgemäße Prüfung als zwei voneinander unabhängige subjektive Rechtfertigungselemente. Dagegen *Zielinski* Handlungswert S. 272: „als subjektives Rechtfertigungselement mißverstanden“. Nach *Paeffgen* NK Rdn. 136 hat „die Unterlassung der pflichtgemäßen Prüfung eine subjektive und objektive Dimension“.

³⁸⁷ Weiter BGHSt 1 329, 330; 2 112, 114; 3 7, 11; 14 1, 2; BGH JZ 1977 139. Zu weiteren Rechtfertigungsgründen BGHSt 3 105, 106 (Züchtigungsrecht); RGSt 5 121, 124; BGHSt 14 48, 51 (§ 193); RGSt 38 373, 375; 61 297, 299; 72 305, 311; BGHSt 4 161, 164 (Amtsrechte); 38 144, 155 (§ 218 a).

Schrifttum wenigstens im Ergebnis nach § 16 den Vorsatz ausschließt (dazu näher unten Rdn. 95 f), könnte der Täter ansonsten bei noch so leichtfertigem Glauben an einen rechtfertigenden Sachverhalt für seinen tatbestandsmäßigen Rechtsgutseingriff nicht bestraft werden, wenn die fahrlässige Tat nicht mit Strafe bedroht ist.³⁸⁸ Liegen die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung tatsächlich nicht vor, geht der Täter in Folge dieser Auffassung nur dann straflos aus, wenn sein Irrtum unvermeidbar war (die gewissenhafte Prüfung also zu keiner anderen Einschätzung der Lage geführt hätte). Das entspricht der Rechtsfolge des § 17 und damit der „strengen Schuldtheorie“ zur Behandlung des Erlaubnistatumsirrtums,³⁸⁹ der die Rechtsprechung an sich gerade nicht folgen will. Im Schrifttum wird die „pflichtgemäße Prüfung“ als Rechtfertigungsvoraussetzung ganz überwiegend abgelehnt.³⁹⁰ Zum Teil wird sie nur bei bestimmten Rechtfertigungsgründen anerkannt: *Lenckner* (*Sch/Schröder* Rdn. 17 ff; näher *ders.* FS H. Mayer, 165, 172 ff)³⁹¹ unterscheidet zwischen Rechtfertigungsgründen, die auf einem Eingriffsrecht beruhen, und solchen, die lediglich eine auf dem Gedanken des erlaubten Risikos beruhende Handlungsbefugnis vermitteln. Nur bei letzteren (etwa § 127 Abs. 1 StPO und der mutmaßlichen Einwilligung) soll das Fehlen einer gewissenhaften Prüfung zur Versagung der Rechtfertigung führen, und dies auch nur dann, wenn die Vorstellung des Täters, der rechtfertigende Sachverhalt läge vor, unrichtig ist.³⁹² In diesen Fällen, in denen sich das Risiko einer unnötigen Rechtsgutsverletzung verwirklicht, könne allein die pflichtgemäße Prüfung den tatsächlich nicht gegebenen Rechtfertigungssachverhalt ersetzen.³⁹³

³⁸⁸ Eine Umgehung ihrer eigenen Irrtumsdogmatik wirft der Rechtsprechung daher etwa *Puppe* FS Stree/Wessels, 183, 193 vor; vgl. weiter *Jakobs* 11/25. So auch *Welzel* JZ 1955 142, 143, der daraus (aaO S. 146) allerdings (umgekehrt) den Schluss zieht, die Behandlung des Erlaubnistatumsirrtums nach § 16 sei verfehlt.

³⁸⁹ *Puppe* FS Stree/Wessels, 183, 193; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 83.

³⁹⁰ *Günther* SK § 34 Rdn. 53; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 54; *ders.* LK¹¹ § 34 Rdn. 48, 77; *ders.* FS BGH IV, 199, 211; *Jakobs* 11/25; *Krey* AT 1 Rdn. 575; *Kühl* AT § 8 Rdn. 186; *Küper* Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand S. 115 ff; *Merkel* NK § 218 a Rdn. 141; *Neumann* NK § 34 Rdn. 110; *Otto* AT § 8 Rdn. 181; *Puppe* NK § 16 Rdn. 132; *dies.* GA 2003 764, 771; *Rath* Rechtfertigungselement S. 185 ff m. umfangreichen Nachw.; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 84 ff; *Rudolphi* GedS Schröder, 73, 85; *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 371, 380; *Sch/Schröder/Lenckner/Perron* § 34 Rdn. 49; *Schünemann* GA 1985 341, 372; *Steinbach* Rechtfertigungselemente S. 254 ff; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 271 ff. *Anders* (für den Notstand) *Baumann/Weber/Mitsch* § 17 Rdn. 84 (allerdings nicht als subjektives Merkmal, son-

dern als „objektiver Begleitumstand des Tatvollzugs“); *Blei* I § 44 V; *Gössel* FS Triffetter, 93, 99; *Schaffstein* NJW 1951 691, 693; auch für § 32 *Schlehofer* MK Rdn. 85. Für die Irrtumssituation (also bei tatsächlichem Fehlen der Rechtfertigungsvoraussetzungen) fordern auch *Paeffgen* Verrat S. 150 ff; *ders.* NK Rdn. 136 f u. *Heuchemer* Erlaubnistatbestandsirrtum S. 217 eine pflichtgemäße Prüfung.

³⁹¹ Ebenso *Jescheck/Weigend* § 31 IV 3, § 41 IV 3; für die mutmaßliche Einwilligung auch *Roxin* FS Welzel, 447, 453 f (anders aber jetzt *ders.* AT I § 14 Rdn. 84 f); gegen das Prüfungserfordernis bei der mutmaßlichen Einwilligung ferner *Rieger* Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Diss. München 1998 S. 96 ff.

³⁹² Anderenfalls bestehe nämlich auch bei den an sich bloßen Handlungsbefugnissen ein Eingriffsrecht.

³⁹³ Kritisch zur Konzeption *Lenckners* *Rath* Rechtfertigungselement S. 189 ff. Schon die Existenz schlichter Handlungsbefugnisse sei fraglich; zudem sei nicht ersichtlich, warum nicht bei strikten Eingriffsbefugnissen umso mehr eine pflichtgemäße Prüfung zu fordern sei; schließlich dürfe die bloß irrtümliche Annahme der Rechtfertigungsvoraussetzungen niemals rechtfertigende Wirkung ent-

Die Forderung nach einer pflichtgemäßen Prüfung kann – auch in Form der differenzierenden Ansicht – nicht überzeugen. Für den Fall, dass **tatsächlich ein Rechtfertigungssachverhalt vorliegt** und der Täter davon auch ausgeht,³⁹⁴ eine Überprüfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen aber fehlt oder unsorgfältig geprüft wird, folgt das schon aus der mangelnden Strafbarkeit des „fahrlässigen Versuchs“: Der Sorgfaltsmangel kann allenfalls einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen, so dass es sowohl am Erfolgs- als auch am vorsätzlichen Handlungsunrecht fehlt.³⁹⁵ Überdies ist eine Prüfungspflicht in den gesetzlichen Rechtfertigungstatbeständen nicht normiert,³⁹⁶ so dass ihre Implementierung im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich ist.³⁹⁷ Schließlich käme eine Prüfungspflicht hier auch dem Rechtsgut nicht zugute; das Ergebnis, dass dieses in der konkreten Situation nicht schützenswert ist, würde auch eine „gewissenhafte Prüfung“ hervorbringen.³⁹⁸ Sofern die Rechtsprechung die Prüfungspflicht in Fällen der **irrtümlichen Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen** zur Vermeidung der Folgen ihrer eigenen, auf der eingeschränkten Schuldtheorie beruhenden Irrtumsrechtsprechung heranzieht, ist dies gleichermaßen abzulehnen: Die nur fahrlässige Erfolgsherbeiführung wird hier im Ergebnis als vorsätzliches Delikt bestraft.³⁹⁹ Die Frage, ob dem Täter bei sorgfältiger Beurteilung der Lage das Fehlen von Rechtfertigungsvoraussetzungen bewusst geworden wäre, ist von Bedeutung nur bei der Entscheidung, ob der Täter sich wegen eines fahrlässigen Delikts strafbar gemacht hat.⁴⁰⁰ Nichts anderes, d. h. keine Prüfungs-

faltan. Ablehnend auch *Rudolphi* GedS Schröder, 73, 76 ff, 86 ff: Bei *allen* Rechtfertigungsgründen sei die objektive Wahrscheinlichkeit der Wahrung höherwertiger Interessen entscheidend und nicht die Tatsache, dass der Täter selbst diese Wahrscheinlichkeit festgestellt habe.

³⁹⁴ Die Rechtsprechung hat auf das Erfordernis der sorgfältigen Prüfung nur in Irrtumssituationen zurückgegriffen (darauf hat schon *Welzel* JZ 1955 142, 143 hingewiesen). Es fehlt aber nicht an Feststellungen dahingehend, dass die Prüfung auch sonst Voraussetzung der Rechtfertigung sein soll, vgl. etwa RGSt 62 137, 138: Rechtfertigung trete selbst dann nicht ein, „wenn nachträglich festgestellt wird, daß die sonstigen Voraussetzungen gegeben waren“ u. BGH JZ 1977 139: Der eine Abtreibung ohne gewissenhafte Prüfung vornehmende Arzt könne sich „von vornherein“ nicht auf § 218 a berufen.

³⁹⁵ *Kühl* AT § 9 Rdn. 186; *Merkel* NK § 218 a Rdn. 141; *Rath* Rechtfertigungselement S. 187; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 84; *Steinbach* Rechtfertigungselemente S. 257 ff; vgl. auch *Jakobs* 11/25 und *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 275.

³⁹⁶ Zu § 34 so auch *Kühl* AT § 9 Rdn. 186; *Lackner/Kühl* § 34 Rdn. 13; *Neumann* NK § 34 Rdn. 110; *Sch/Schröder/Lenckner/Perron* § 34 Rdn. 49; aA *Baumann/Weber/*

Mitsch § 17 Rdn. 84 und *Blei* I § 44 V: Die Formulierung „wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen ...“ sei deutungsfähig.

³⁹⁷ *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 37; *ders.* FS BGH IV, 199, 212.

³⁹⁸ *Samson* SK⁵ Rdn. 46 m. w. N.

³⁹⁹ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 84. Daher ist auch *Paeffgen* Verrat S. 150 ff; *ders.* NK Rdn. 136 f u. *Heuchemer* Erlaubnistatbestandsirrtum S. 217 zu widersprechen, sofern sie (lediglich) in der Irrtumssituation eine pflichtgemäße Prüfung fordern. Freilich verbleiben bei der hier bevorzugten Lösung – Prüfungspflicht in keiner Situation – die oben genannten „Strafbarkeitslücken“. Vgl. dazu aber richtig *Puppe* FS Stree/Wessels, 183, 194 f: „Wenn das Unrecht, das dem Täter vorzuwerfen ist, seiner Qualität nach Fahrlässigkeitsunrecht ist, so ist es keine Strafbarkeitslücke, wenn er nicht bestraft werden kann, soweit Fahrlässigkeit nicht strafbar ist.“

⁴⁰⁰ Für die Vertreter der strengen Schuldtheorie, die § 17 auf den Erlaubnistatumsirrtum anwenden, ist dieselbe Frage für die Entscheidung über die Vermeidbarkeit des Irrtums relevant. Bei Fehlen einer (sorgfältigen) Prüfung gelangen sie – wie die Rechtsprechung über den dargestellten „Umweg“ – zur Vorsatzstrafbarkeit. Wenn *Paeffgen* (Verrat S. 150 ff u. *ders.* NK Rdn. 136 f) als Vertreter der strengen Schuldtheorie der

pflicht, gilt für die Rechtfertigungsgründe, die auf dem Gedanken des „erlaubten Risikos“ beruhen und für die in der Literatur teilweise eine Ausnahme gemacht wird (dazu Rdn. 93 m. Fußn. 393; weiter *Roxin* AT I § 14 Rdn. 85 und *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 54).

- 95 c) Der Erlaubnistatumstandsirrtum. Das isolierte Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements, also die irrije Vorstellung vom Vorhandensein tatsächlich rechtfertigender Umstände, wird als **Erlaubnistatumstandsirrtum** (ungenau: Erlaubnistatbestandsirrtum)⁴⁰¹ bezeichnet.⁴⁰² Die Konstellation ist zu unterscheiden von jener, in der der Täter sein Handeln durch einen (so) nicht existierenden Rechtfertigungsgrund gedeckt glaubt; ein solcher „Erlaubnisirrtum“ fällt in den Regelungsbereich des § 17. Das gilt selbstverständlich auch für den sog. „Doppelirrtum“:⁴⁰³ Wenn der Täter sich die nach der geltenden Rechtsordnung tatsächlich nicht rechtfertigenden Umstände sogar nur vorstellt, kann er nicht besser stehen. Der Erlaubnistatumstandsirrtum ist hingegen gesetzlich geregelt,⁴⁰⁴ über seine Behandlung besteht Streit.⁴⁰⁵ Es gibt mittlerweile zu Recht eine große Übereinstimmung dahingehend, dass der über die rechtfertigenden Umstände Irrende nicht aus dem Vorsatzdelikt zu bestrafen ist.⁴⁰⁶ Begründungen dafür liefern heute die verschiedenen „**eingeschränkten Schuldtheorien**“.⁴⁰⁷ Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (die einen aus dem Tatbestand i.e.S. und der Rechtswidrigkeitsstufe zusammengesetzten Gesamt-Unrechtstatbestand bildet) ist der Irrtum über den Rechtfertigungssachverhalt schlicht ein Tatumstandsirrtum und § 16 direkt anwendbar.⁴⁰⁸ Für die Anhänger eines dreistufigen Deliktsaufbaus kommt nur eine **analoge Anwendung des § 16** in Betracht.⁴⁰⁹ Abweichend wollen einige § 16 nur „den Rechtsfol-

gewissenhaften Prüfung darüber hinaus auch als „Unrechts-Element“ Bedeutung zumisst, ist das zumindest überflüssig, erklärt sich aber wohl aus der Grundannahme des Autors, Rechtfertigungsverhalten sei stets riskantes Verhalten (vgl. *ders.* NK Rdn. 81 ff).

⁴⁰¹ S. zur „richtigen“ Bezeichnung *Kühl* AT § 13 Rdn. 67.

⁴⁰² *Schl/Schröder/Lenckner* Rdn. 21: „In der Sache nichts anderes als das isolierte Vorliegen subjektiver Rechtfertigungselemente“.

⁴⁰³ BGH GA 1975 305 f; NStZ 1987 322; 1988 269, 270; *Herzog* NK § 32 Rdn. 134;

Schl/Schröder/Lenckner/Perron § 32 Rdn. 65.

⁴⁰⁴ *AA Paeffgen* NK Rdn. 118 und *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 399, 409 f: Erlaubnistatbestandsirrtum als Sonderfall des Verbotsirrtums durch § 17 geregelt; ähnlich *Gössel* FS Triffterer, 93, 98. Vgl. dagegen *Puppe* NK § 16 Rdn. 127.

⁴⁰⁵ Ausführlich zum Theorienstreit in neuerer Zeit *Heuchemer* Erlaubnistatbestandsirrtum S. 149 ff; *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 75 ff; vgl. auch *Roxin* AT I § 14 Rdn. 54 ff.

⁴⁰⁶ Statt vieler *Kuhlen* Die Unterscheidung zwischen vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum,

Habil. Frankfurt am Main 1987, S. 298 ff; *Schlüchter* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Habil. Tübingen 1983, S. 171 f.

⁴⁰⁷ Die sog. Vorsatztheorie, nach der das Unrechtsbewusstsein Element des Vorsatzes ist und auch der Verbotsirrtum mithin den Vorsatz ausschließt, kommt zwar ebenfalls zu diesem Ergebnis. Sie ist aber mit dem geltenden Recht (§ 17!) schwerlich vereinbar und wird nur noch von Wenigen vertreten; vgl. aber *Schmidhäuser* AT 10/64; *ders.* StuB 7/68 ff und *Langer* GA 1976 193, 213 f. Für eine „modifizierte Vorsatztheorie“ setzt sich u. a. *Otto* AT § 15 Rdn. 5 ff; *ders.* Jura 1990 645, 647 ein.

⁴⁰⁸ Vgl. *Arth. Kaufmann* JZ 1954 653, 654; *ders.* ZStW 76 (1964) 543, 564 ff; *Samson* Strafrecht I S. 117 ff; *Schroth* FS Arth. Kaufmann, 595, 597 f; *Schünemann* GA 1985 341, 373; jüngst auch *Rinck* Zweistufiger Deliktsaufbau S. 199 f.

⁴⁰⁹ So etwa BGHSt 3 105, 106; 194, 196; 357, 364; 31 264, 286 f; 35 246, 250; 45 219, 224 f; 378, 384; BGH GA 1969 23, 24; bei Holtz MDR 1980 453; NStZ 1983 500, 1987 172; 1996 34, 35; 2001 530; 2004 204, 205; NStZ-RR 2002 73; *Baumann/Weber/Mitsch* § 21 Rdn. 29 ff; *Kühl* AT

gen nach“ anwenden, lehnen also (wegen fehlender „Vorsatzschuld“) die Vorsatzstrafe – trotz Vorsatzunrechts – ab.⁴¹⁰

Die strenge Schuldtheorie, nach der beim Erlaubnistatumsstandsirrtrum § 17 anwendbar sein soll,⁴¹¹ überzeugt nicht. Wer in irriger Vorstellung vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes einen Tatbestand verwirklicht, handelt in Übereinstimmung mit den Wertungen der Rechtsordnung;⁴¹² er ist, anders als der einem Verbotsirrtrum unterliegende Täter, „an sich rechtstreu“ (BGHSt 3 105, 107).⁴¹³ Lässt man mit der ganz h. M. in Bezug auf das Unrecht eine *saldierende Betrachtung* zu,⁴¹⁴ gilt Folgendes: Dem verwirklichten Erfolgswert, der in der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Erfolgsherbeiführung liegt, korrespondiert kein entsprechender Handlungswert. Der Wille des Täters ist (ebenso wie beim Tatumsstandsirrtrum) nicht auf die Verwirklichung eines den Gegenstand rechtlicher Missbilligung darstellenden Sachverhalts gerichtet,⁴¹⁵ dem Täter fehlt vielmehr der **Unrechtsvorsatz**; man kann ihm – bei vermeidbarem Irrtum – nur Fahrlässigkeit vorwerfen.⁴¹⁶ Bei Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements und gleichzeitigem Fehlen eines tatsächlich rechtfertigenden Sachverhalts ist § 16 daher entsprechend anzuwenden. Wenn *Paeffgen* NK Rdn. 115 den materiellen Haupteinwand der eingeschränkten Schuldtheorie (konkret: die Unbilligkeit der von der strengen Schuldtheorie erzielten Ergebnisse!) nunmehr gegen die h. M. selbst richtet – im Beispiel: „Wieso es unbillig sein soll, den Arzt,

96

§ 13 Rdn. 73; *Puppe* NK § 16 Rdn. 137 f; *dies.* FS Stree/Wessels, 183, 191; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 64 ff; *Rudolphi* SK § 16 Rdn. 12; *Sch/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 16 Rdn. 18; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 162 ff.

⁴¹⁰ OLG Hamm NJW 1987 1034, 1035; *Blei* I § 59 II 3; *Gallas* FS Bockelmann, 155, 170 ff; *Jescheck/Weigend* § 41 IV 1 d; *Krümpelmann* GA 1968 129, 142 ff; *Maurach/Zipf* § 37 Rdn. 19 ff, 43; *Tröndle/Fischer* § 16 Rdn. 20; *Wessels/Beulke* Rdn. 478 f. Eine „unselbständige Schuldtheorie“ vertritt *Jakobs* 11/58: Danach soll wegen Vorsatzdelikts verurteilt, der Strafrahmen jedoch auf den des Fahrlässigkeitsdelikts reduziert werden. Zur Ansicht *Krümpelmanns* (Beiheft ZStW 90 [1978] 6, 40 ff) und den einzelnen Spielarten der eingeschränkten Schuldtheorie s. *Rinck* Zweistufiger Delikttaufbau S. 133 ff, 149 ff.

⁴¹¹ So etwa *Gössel* FS Triffterer, 93, 98 f; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 8; *ders.* ZStW 94 (1982) 239, 257 ff (für eine „vermittelnde Schuldtheorie“ jüngstens aber *ders.* FS Schroeder, 223, 231 ff); *Paeffgen* NK Rdn. 108 ff; *ders.* Verrat S. 91 ff; *ders.* GedS Arm. Kaufmann, 399 ff (jeweils mit ausführlicher Begründung); *Schroeder* LK¹¹ § 16 Rdn. 52; modifizierend *Heuchemer* Erlaubnistatbestandsirrtrum S. 320 ff u. passim.

⁴¹² *Kühl* AT § 13 Rdn. 71f; *Roxin* AT I § 14 Rdn. 64; *Puppe* NK § 16 Rdn. 137.

⁴¹³ Durch den Hinweis auf die „Rechtstreue an sich“ wird nur zum Ausdruck gebracht, dass dem handelnden Täter weder der Vorwurf der bewussten Auflehnung gegen das Recht noch der der Rechtsblindheit gemacht werden kann; eine mögliche Strafbarkeit wegen (grober) Fahrlässigkeit wird damit nicht ausgeschlossen; zutreffend *Rinck* Zweistufiger Delikttaufbau S. 408 gegen die Argumentation von *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 236.

⁴¹⁴ Nachdrücklich anders *Paeffgen* NK Rdn. 111: Die Vorstellung rechtfertigender Tatsachen ... „ist nur notwendiger Bestandteil eines hinreichenden Gesamt-Gefüges: dem Vorliegen von objektiven und darauf bezogenen/auf ruhenden subjektiven Erlaubnistatbestands-Merkmalen.“

⁴¹⁵ *Sch/Schröder/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rdn. 19.

⁴¹⁶ *Roxin* AT I § 14 Rdn. 64; *Puppe* NK § 16 Rdn. 138; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 21 m. w. N. Deutlich auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rdn. 163: „Ebenso wie die objektiven Elemente der Rechtfertigung den Erfolgswert ausschließen oder aufwiegen, so die subjektiven Elemente der Rechtfertigung den Handlungswert (des Vorsatzdeliktes).“

der frivol leichtfertig die Patienten verwechselt oder das falsche Bein amputiert, wegen vorsätzlicher Körperverletzung haften zu lassen, ... harrt noch der Aufklärung“ –, kann diese Kritik letztlich nicht durchdringen. Denn das Problem liegt tiefer; es steckt schon in der gesetzlichen Behandlung des Tatumstandsirrtums (§ 16) als *Sachverhaltsirrtum*, mit dem der Erlaubnistatumstandsirrtum strukturell vergleichbar ist. Allein der Rechtsirrtum führt nach geltender Rechtslage aber zu einer verschärften Strafhaftung. Das wird von *Jakobs 8/5 a f* in Bezug auf § 16 schon lange kritisiert und ist gerade in der Behandlung des „Mannesmann“-Falles (BGH NJW 2006 522) praktisch geworden; dazu *Jakobs FS Dahs*, 49, 62 f; *ders. NStZ* 2005 276, 278.

- 97 d) Einschränkung von Rechtfertigungsgründen durch (rechtswidriges) Vorverhalten.** Die Frage, ob ein Rechtfertigungsgrund in seiner Geltung durch ein zu beanstandendes Vorverhalten des Täters eingeschränkt werden kann, ist vielschichtig und in allen Details umstritten. Die hierzu erschienene Rechtsprechung und Literatur bezieht sich ganz überwiegend auf die Notwehr,⁴¹⁷ teilweise auch auf den Notstand,⁴¹⁸ so dass die Diskussion stark durch deren spezifische Voraussetzungen geprägt ist. Auf sonstige Rechtfertigungsgründe wird nur vereinzelt Bezug genommen.⁴¹⁹ Dabei ist anerkannt, dass eine Einschränkung grundsätzlich bei allen Rechtfertigungsgründen in Betracht kommt.⁴²⁰ Allein bei der Einwilligung sollen schon im Rahmen des Einwilligungstatbestands Täuschungen und Drohungen berücksichtigt werden.⁴²¹ Insgesamt werden allgemeiner verbindliche Aussagen zur rechtlichen Behandlung durch die konstruktive und dogmatische Vielfalt der einzelnen Rechtfertigungsgründe erschwert.⁴²²
- 98** Das Grundproblem liegt darin, dass es dem Rechtsgefühl widerspricht, wenn sich ein Täter, der sich selbst in eine Rechtfertigungslage manövriert hat, wie jeder Unbeteiligte auf eine Rechtfertigung soll berufen können. Besonders deutlich wird dies, wenn es gar beabsichtigt ist, unter „dem Deckmantel“⁴²³ der Rechtfertigung fremde Rechtsgüter zu verletzen. Solche Fälle sind zwar bislang – wohl auch wegen der Beweisschwierigkeiten – theoretisch geblieben, bilden aber gleichwohl als Extremfälle oft den Ausgangspunkt der dogmatischen Diskussion.
- 99** Anlass dafür, die Anwendung eines Rechtfertigungsgrundes einzuschränken, ist immer ein bestimmtes Verhalten des Handelnden im Vorfeld der Rechtfertigungssituation. Über die notwendige **Qualität des Vorverhaltens** besteht Streit. Weitgehend Konsens gibt es noch darüber, dass eine bloß vorhersehbare Verursachung einer Rechtfertigungslage nicht ausreicht (BGHSt 27 336, 338; BGH NStZ 2005 85, 87),⁴²⁴ da anderenfalls die

⁴¹⁷ Vgl. die zahlreichen Nachw. bei *Rönnaul/Hohn LK* § 32 Rdn. 245 ff.

⁴¹⁸ Dazu insb. *Küper* Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand (1983).

⁴¹⁹ Zum Züchtigungsrecht *Hirsch LK*¹¹ Rdn. 62; zur behördlichen Genehmigung *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 23; zum Festnahmerecht nach § 127 StPO, der rechtfertigenden Pflichtenkollision und § 218 a Abs. 2 *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 72; ebenfalls zu § 218a Abs. 2 *Sch/Schröder/Lenckner/Perron* § 34 Rdn. 42.

⁴²⁰ *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 23; *Paeffgen NK* Rdn. 145; *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 72.

⁴²¹ *Hirsch LK*¹¹ Rdn. 62; *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 23.

⁴²² *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 73; auch *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 22 weisen darauf hin, dass es auf den jeweiligen Rechtfertigungsgrund ankomme.

⁴²³ BGH NStZ 1983 452; *Maurach/Zipf* § 26 Rdn. 22; *Matt NStZ* 1993 271; *Schumann JuS* 1979 559, 564.

⁴²⁴ Weiter *Baumann/Weber/Mitsch* § 16 Rdn. 73; *Freund MK* Vor § 13 Rdn. 266; *Gropp AT* § 6 Rdn. 95a; *Günther SK* § 32 Rdn. 125; *Kühl Jura* 1991 57, 61; *Lackner/Kühl* § 32 Rdn. 14; *Roxin AT I* § 15 Rdn. 71; *Tröndle/Fischer* § 32 Rdn. 24 b f;

Handlungsfreiheit durch sozialadäquates Verhalten zu sehr eingeschränkt würde.⁴²⁵ Aber auch die Anknüpfung an ein sozialetisch missbilligtes Verhalten, wie es sich insbesondere in der Rechtsprechung immer wieder findet,⁴²⁶ muss sich den Vorwurf gefallen lassen, die allgemeine Handlungsfreiheit des einzelnen zu stark zu beschneiden. Zwar mag es im Einzelfall dem Rechtsgefühl entgegenkommen, dem Täter, der sich ungebührlich oder unvorsichtig verhält, die Verantwortung für den Eintritt der Notlage ein Stück weit zuzuschreiben („selbst schuld“). Indes sind die Kriterien zur Bestimmung der sozialen Missbilligung eines Verhaltens derart vage, dass sie an die Unbestimmtheit eines Sittenwidrigkeitsurteils (z. B. gem. § 228) grenzen.⁴²⁷ Eine solche Vermischung von Recht und Moral⁴²⁸ ist daher abzulehnen. Somit kommt allein **rechtswidriges Verhalten** als Rechtfertigungseinschränkend in Betracht.⁴²⁹ Darüber hinaus besteht Einigkeit insofern, dass das Vorverhalten jedenfalls in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der zu rechtfertigenden Tat stehen muss (BGH NSTZ 1998 508, 509).⁴³⁰

Hat der Täter die Notlage für das Rechtsgut eines Dritten verursacht, ist das Vorverhalten des Täters grundsätzlich unbeachtlich und wirkt nicht zulasten des Unbeteiligten; eine Ausnahme muss aber dann gelten, wenn das Verhalten dem Dritten zugerechnet werden kann.⁴³¹ Ein Vorverhalten des Dritten ist stets vom Täter bei dessen Hilfehandlung zu berücksichtigen.⁴³²

100

anders aber die nach heftiger Kritik in der Literatur (Krey AT 1 Rdn. 514 m. Fußn. 192; „überholt und abwegig“; Jakobs 12/55 m. Fußn. 112: „unvertretbar“) vereinzelt gebliebene Entscheidung BGH NJW 1962 308, 309, in der das sich Nähern der eigenen Wohnung in Kenntnis eines wartenden Raufbolds als rechtfertigungseinschränkend bewertet wurde.

⁴²⁵ Freund MK Vor § 13 Rdn. 266; Gropp AT § 6 Rdn. 94; Kühl Jura 1991 57, 62; Constandinidis Die „Actio illicita in causa“ S. 83.

⁴²⁶ So etwa in BGHSt 42 97, 101 – „Zugreisendenfall“; zust. Lackner/Kühl § 32 Rdn. 14; Tröndle/Fischer § 32 Rdn. 24; Wessels/Beulke Rdn. 348; Roxin ZStW 75 (1963) 541, 570 ff; Schönemann JuS 1979 275, 279; Constandinidis Die „Actio illicita in causa“ S. 87; zur insgesamt unklaren Lage in der Rechtsprechung Sch/Schröder/Lenckner/Perron § 32 Rdn. 59; Roxin AT I § 15 Rdn. 72; Hirsch FS BGH IV, 199, 204 f.

⁴²⁷ Zur Unbestimmtheit des Kriteriums „sozialetische Missbilligung“ vgl. nur Roxin AT I § 15 Rdn. 73; Gropp AT § 6 Rdn. 95a; Kühl Jura 1991 57, 62; Hirsch FS BGH IV, 199, 205.

⁴²⁸ So Roxin AT I § 15 Rdn. 73; ders. ZStW 93 (1981) 68, 91; Hirsch LK¹¹ § 34 Rdn. 71; Hassemer FS Bockelmann, 225, 230 f. Besonders deutlich wird die Verquickung rechtlicher und sozialer Maßstäbe in der Entscheidung BGHSt 42 97, 101 – „Zugreisendenfall“, in der der BGH die Ein-

schränkung des Notwehrrechts damit begründet, dass das Öffnen eines Zugfensters zum Herausheben eines Mitfahrers eine derartige Missachtung ausdrücke, dass sie dem Gewicht einer schweren Beleidigung gleichkomme.

⁴²⁹ Für die h. M. in der Literatur Sch/Schröder/Lenckner/Perron § 32 Rdn. 59; Roxin AT I § 15 Rdn. 73; ders. ZStW 93 (1981) 68, 89 ff (unter Aufgabe seiner früheren Meinung); jew. m. w. N. Auch das BayObLG NJW 1962 1782 geht auf eine Einschränkung des Notwehrrechts eines Voyeurs im Park durch eine Ausweispflicht nicht ein, da er sich dort aufhalten dürfe, vgl. dazu die abweichende Falllösung bei Schönemann JuS 1979 275, 279.

⁴³⁰ Ferner Günther SK § 32 Rdn. 126; Herzog NK § 32 Rdn. 121; Tröndle/Fischer § 32 Rdn. 23.

⁴³¹ Ausführlich, auch zu den Kriterien der Zurechnung, Rengier KK-OWiG § 16 Rdn. 56; Hirsch LK¹¹ § 34 Rdn. 70; Roxin AT I § 16 Rdn. 62 f; Dencker JuS 1979 779, 781; Küper Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand S. 151 ff; diese Frage warf insbesondere der Fäkalien-Fall des Bay-ObLG NJW 1978 2046 für den Bereich des Notstands auf. AA Herzog NK § 32 Rdn. 118, der die Notwehrbefugnisse des Täters auch in diesem Fall beschneiden will.

⁴³² Erb MK § 34 Rdn. 134; Günther SK § 32 Rdn. 127; Herzog NK § 32 Rdn. 118 u. § 34 Rdn. 97; Hirsch LK¹¹ § 34 Rdn. 70;

- 101** Lehnt man eine Einschränkung des Rechtfertigungsgrundes (und damit eine Strafbarkeit) nicht grundsätzlich ab,⁴³³ bieten sich für die dogmatische Behandlung der Fälle prinzipiell zwei Lösungsmodelle an: Entweder wird die Möglichkeit der Rechtfertigung im Zeitpunkt der Tathandlung je nach Vorverhalten eingeschränkt oder aber der Rechtfertigungsgrund bleibt unangetastet und der Strafbarkeitsvorwurf wird schon an das Vorverhalten angeknüpft (sog. *actio illicita in causa*).
- 102** Zumindest für die häufig diskutierten Fälle der Notwehr und des Notstands ist der erste Lösungsweg herrschend. Der Umfang der Einschränkung wird verbreitet von der Qualität des Vorverhaltens abhängig gemacht. Eine absichtliche Herbeiführung der Situation soll die Rechtfertigung ganz ausschließen (BGH NStZ 2003 425, 427; 2001 143).⁴³⁴ Unterhalb der Schwelle zur Absicht, also bei sonst vorsätzlicher oder nur fahrlässiger Verursachung, wird dagegen das Eingriffsrecht reduziert (*Erb* MK § 34 Rdn. 135).⁴³⁵
- 103** Die Begründungen für eine derartige Einschränkung variieren jedoch stark. Zumeist wird auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs abgestellt (BGH NStZ 2001 143).⁴³⁶ Dies ist indes eher eine Problembeschreibung als eine dogmatische Erklärung und daher wenig hilfreich.⁴³⁷ Eine Übertragung dieses im Zivilrecht wurzelnden Prinzips ins Strafrecht ist mit Blick auf dessen Unbestimmtheit zudem problematisch.⁴³⁸ Verbreitet wird angenommen, dass dem Täter der für erforderlich gehaltene Rettungswille fehle, wenn er doch in Wahrheit das fremde Rechtsgut verletzen will.⁴³⁹ Daran, dass er in der konkreten Situation auch seine Rechtsgüter bewahren will, kann aber kein Zweifel bestehen.⁴⁴⁰

Jakobs 12/49; *Sch/Schröder/Lenckner/Perron* § 32 Rdn. 61 a.

- ⁴³³ So aber *Paeffgen* NK Rdn. 147 f; *Hruschka* JR 1979 125 ff (zu § 34); vgl. auch die zahlreichen Nachweise bei *Stuckenberg* JA 2001 894, 903 m. Fußn. 171; eine Bestrafung wegen des Vorverhaltens selbst bleibt freilich unberührt, falls dieses einen Straftatbestand erfüllt (z. B. eine Beleidigung).
- ⁴³⁴ Weiter BGH NJW 1983 2267; *Dencker* JuS 1979 779, 780; *Erb* MK § 34 Rdn. 134; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 62; *Maurach/Zipf* § 25 Rdn. 22; *Schröder* JR 1962 187, 188; *Stuckenberg* JA 2002 172; *Tröndle/Fischer* § 32 Rdn. 23.
- ⁴³⁵ *Tröndle/Fischer* § 32 Rdn. 24; *Dencker* JuS 1979 779, 780; vgl. insb. zur Notwehr die sog. Dreistufenlehre der Rechtsprechung, z. B. BGHSt 24 356, 358 f; 26 143, 145 f; NStZ 1988 269; ausführlich dazu *Stuckenberg* JA 2002 172, 174 und *Rönnaul/Hohn* LK § 32 Rdn. 256.
- ⁴³⁶ BGH NJW 1983 2267; 1962 308, 309; stg. Rspr. Weiter *Roxin* AT I § 15 Rdn. 65; *Lenckner* GA 1961 299, 302; *Stuckenberg* JA 2001 894, 897; *Dencker* JuS 1979 779, 782.
- ⁴³⁷ Besonders deutlich wird dies bei der im Rahmen des § 32 gebräuchlichen Formulierung, der absichtlich Provozierende handele

rechtsmissbräuchlich, da er doch „in Wirklichkeit angreifen will“; so etwa BGH NStZ 2001 143; *Tröndle/Fischer* § 32 Rdn. 24; das ist in der Tat das Problem, nicht aber eine Lösung.

- ⁴³⁸ Siehe nur die Untersuchungen bei *Kratzsch* Grenzen der Strafbarkeit S. 39 ff u. *Otto* FS Würtenerberger, 129, 132 ff, die sich eingehend mit dem zivilrechtlichen Ursprung aus Treu und Glauben und den guten Sitten sowie deren Übertragung ins Strafrecht auseinandersetzen. *Sch/Schröder/Lenckner* Rdn. 25 sehen das Verbot des Rechtsmissbrauchs gar als naturrechtliches Gemeingut der Rechtsordnungen, das auch ohne gesetzliche Fixierung Bestandteil des positiven Rechts sei; dagegen zu Recht wegen Art. 103 Abs. 2 GG *Paeffgen* ZStW 97 (1985) 513, 524.
- ⁴³⁹ BGH NStZ 2001 143; NJW 1983 2267; *Hirsch* LK¹¹ Rdn. 62; *Tröndle/Fischer* § 32 Rdn. 23; *Krey* AT 1 Rdn. 510; *Kratzsch* Grenzen der Strafbarkeit S. 39.
- ⁴⁴⁰ *Paeffgen* NK Rdn. 145 (das Motiv könne „selbst bei einem Profi-Killer noch mit-schwingen“); *Günther* SK § 32 Rdn. 122; *Dencker* JuS 1979 779, 780 m. Fußn. 16; *Berz* JuS 1984 340, 343; *Stuckenberg* JA 2001 894, 897.