

SAMMLUNG  GUTTENTAG

2

Kohlrausch-Lange

Strafgesetzbuch

mit Erläuterungen und Nebengesetzen

41. Auflage

völlig neubearbeitet von

Dr. Richard Lange

Professor des Strafrechts an der Universität Köln



BERLIN 1956

WALTER DE GRUYTER & CO.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

Archiv-Nr. 21 1 002

Satz: Walter de Gruyter & Co., Berlin W 35

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin SW 29

**Alle Rechte, einschließlich des Rechtes der Herstellung von Photokopien
und Mikrofilmen, vorbehalten**

Vorwort

Das Strafgesetzbuch hat in der Zeit von 1951—1953 starke Veränderungen erfahren. Umfangreiche Novellen, die diesen Jahren das Gepräge gesetzgeberischer Unruhe gaben, haben den Strafschutz erweitert und wesentliche Tendenzen der Gesamterneuerung vorweggenommen, namentlich in dem reineren Ausdruck des Schuldgrundsatzes in § 56 und in der bedingten Strafaussetzung und Straftentlassung als Mitteln richterlicher Rechtsfindung.

Auch die Stellung des Strafrechts im Rechtssystem hat sich in den letzten Jahren gewandelt. Im Grundgesetz und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten findet die früher fast grenzenlose Freiheit im kriminalpolitischen wie auch im dogmatischen Bereich feste Schranken, aber auch sichere Richtlinien.

Der Rechtsprechung durch kritische Stellungnahme zu dienen, war von jeher das eigentlichste Anliegen dieses Buches, seitdem es über eine Textausgabe hinauswuchs. Die begrüßenswerte Aufgeschlossenheit, die die neue Strafrechtspraxis unter der Führung des Bundesgerichtshofes für die theoretischen Grundlagen der Rechtsanwendung zeigt, erfordert es zugleich, an den wichtigsten Punkten eingehender als früher auf den wissenschaftlichen Streitstand einzugehen. Es liegt in der Natur der Sache und an dem Zwang zur äußersten Kürze, daß die Meinungsverschiedenheiten stärker hervortreten als die Übereinstimmungen.

Drei neue Aufgaben stellten sich so dieser Auflage: den neu geschaffenen Gesetzeszustand zu erläutern, die wesentlichste Nachkriegspraxis kritisch darzustellen und die Brücke zu den sichtbaren Grundtendenzen des künftigen Strafrechts zu schlagen.

Unter diesen Umständen war eine vollständige Durcharbeitung unvermeidlich. Um so mehr Wert wurde darauf gelegt, Erkenntnisse und Mahnungen Kohlrauschs unangetastet zu lassen, mit denen er, wie etwa bei der Begrenzung der Wahlfeststellung oder der Sinngebung der Eidesdelikte, der neuen Rechtsprechung die Richtung gewiesen hat.

Besondere Aufmerksamkeit ist — neben den Grundsatzfragen der Strafe und ihrer Aussetzung, der Schuld und der Täterschaft — den Staatsdelikten, den Verkehrsdelikten und der neuesten Entwicklung bei den Vermögensdelikten gewidmet worden.

Erste Aufgabe eines Kommentars ist es, Rechtsprechung und Schrifttum redlich wiederzugeben. Die angegebenen Gründe machten es indessen nötig, darüber hinaus Stellung zu beziehen und wenigstens die allgemeinsten Umrisse eines Systems vorzuschicken.

So weitgehend aber neuen Lagen Rechnung zu tragen war, so gilt doch nach wie vor: in fast allen Grundfragen weiß sich der Bearbeiter Eduard Kohlrausch verbunden und zu Dank verpflichtet.

Für wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung des Materials und bei den Korrekturen danke ich Herrn Landgerichtsrat Dr. Günter Warda und Herrn Gerichtsreferendar Dr. Egon Schneider.

Die Neubearbeitung des Besonderen Teils von Maurachs vorzüglichem Lehrbuch konnte leider nur noch für einige Partien verwertet werden.

Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Ende März 1956 berücksichtigt.

Köln/Berlin, im April 1956

Lange

Inhalt

	Seite
Vorwort	III
Abkürzungen	IX

Systematische Vorbemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts

I. Verbrechen	1
II. Tatbestand	2
III. Rechtswidrigkeit	10
IV. Schuld	18
V. Besondere Erscheinungsformen des Verbrechens	21
VI. Positive Strafbarkeit	21
VII. Bedingungen der Verfolgbarkeit	22
Schrifttum	22
Einführungsgesetz z. StGB v. 31. 5. 1870	24

Strafgesetzbuch

Einleitende Bestimmungen §§ 1—12	25
--	----

Erster Teil

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im allgemeinen

Erster Abschnitt. Strafen §§ 13—42	51
1a. Abschnitt. Maßregeln der Sicherung und Besserung §§ 42a—42n	110
Zweiter Abschnitt. Versuch §§ 43—46.	130
Dritter Abschnitt. Teilnahme §§ 47—50	143
Vierter Abschnitt. Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern §§ 51—72.	174
Fünfter Abschnitt. Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen §§ 73—79	222

Zweiter Teil

Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung

Erster Abschnitt. Hochverrat §§ 80—87	235
Zweiter Abschnitt. Staatsgefährdung §§ 88—98	244
Dritter Abschnitt. Landesverrat §§ 99—101.	265

VI

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vierter Abschnitt. Handlungen gegen ausländische Staaten §§ 102—104 . . .	272
Fünfter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte §§ 105—109 a	274
Sechster Abschnitt. Widerstand gegen die Staatsgewalt §§ 110—122 b . . .	281
Siebenter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung §§ 123—145 d	295
Achter Abschnitt. Münzverbrechen und Münzvergehen §§ 146—152	324
Neunter Abschnitt. Falsche uneidliche Aussage und Meineid §§ 153—163 . .	328
Zehnter Abschnitt. Falsche Anschuldigung §§ 164—165	352
Elfter Abschnitt. Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen §§ 166—168	356
Zwölfter Abschnitt. Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie §§ 169—172	359
Dreizehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit §§ 173—184 b	366
Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung §§ 185—200	397
Fünfzehnter Abschnitt. Zweikampf §§ 201—210 a	415
Sechzehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider das Leben §§ 211—222	418
Siebzehnter Abschnitt. Körperverletzung §§ 223—233	442
Achtzehnter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit §§ 234—241 a	458
Neunzehnter Abschnitt. Diebstahl und Unterschlagung §§ 242—248 c . . .	472
Zwanzigster Abschnitt. Raub und Erpressung §§ 249—256	492
Einundzwanzigster Abschnitt. Begünstigung und Hehlerei §§ 257—262 . . .	502
Zweiundzwanzigster Abschnitt. Betrug und Untreue §§ 263—266	515
Dreiundzwanzigster Abschnitt. Urkundenfälschung §§ 267—281	537
Vierundzwanzigster Abschnitt. Bankerott. — Reichskonkursordnung §§ 239—244.	552
Fünfundzwanzigster Abschnitt. Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse §§ 284—302 e	554
Sechsendzwanzigster Abschnitt. Sachbeschädigung §§ 303—305	572
Siebenundzwanzigster Abschnitt. Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen §§ 306—330 c	575
Achtundzwanzigster Abschnitt. Verbrechen und Vergehen im Amte §§ 331—359	608
Neunundzwanzigster Abschnitt. Übertretungen §§ 360—370	641

Nebengesetze

(meist im Auszug)

1. Pressgesetz. Vom 7. 5. 1874	658
2. Sprengstoffgesetz. Vom 9. 6. 1884	659
3. Auswanderungsgesetz. (Mädchenhandel.) Vom 9. 6. 1897	660

	Seite
4. Börsengesetz. Vom 8. (27.) 5. 1908	661
5. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Vom 7. 6. 1909	661
6. Verordnung betr. Steuerstreik. Vom 15. 9. 1923	662
7. Gaststättengesetz. Vom 28. 4. 1930	663
8. Tierschutzgesetz. Vom 24. 11. 1933	663
9. Depotgesetz. Vom 4. 2. 1937	664
10. Gesetz über Titel, Orden usw. Vom 1. 7. 1937	665
11. Gesetz über Kinderarbeit. Vom 30. 4. 1938	665
12. Gesetz über akademische Grade. Vom 7. 6. 1939	666
13. Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen. Vom 23. 5. 1943	666
14. Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten. Vom 23. 7. 1953	667
15. Jugendgerichtsgesetz. Vom 4. 8. 1953	671
16. Wirtschaftsstrafgesetz. Vom 9. 7. 1954	678
17. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Vom 25. 3. 1952	681
18. Bürgerliches Gesetzbuch (Auszug)	683

Nebengesetze im Text

Erbgesundheitsgesetz v. 14. 7. 33 § 14	431
Straßenverkehrsordnung v. 24. 8. 53 §§ 1, 49	441
Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen v. 23. 7. 1923/28. 6. 1929 § 17	472
Gesetz über den Verkehr mit Edelmetallen vom 29. 6. 1926 § 4	472
Konkursordnung v. 17. 5. 1898, §§ 239—244	552
Straßenverkehrszulassungsordnung v. 24. 8. 1953 § 1 S. 1	586
Sachregister	685

Abkürzungen

(vgl. auch das Schrifttum S. 22)

A. od. Anm.	= Anmerkung
a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angeführten Ort
a. F.	= alte Fassung
AG od. AGer.	= Amtsgericht
AV	= Allgemeine Verfügung
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt.	= Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BBG	= Bundesbeamtengesetz 1953
b. E.	= bedingte Entlassung
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt.	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ.	= desgl. in Zivilsachen
BJM	= Bundesjustizminister
BverfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DAR	= Deutsches Autorecht (herausgeg. vom ADAC)
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht (früher: Juristische Wochenschrift)
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRspr.	= Deutsche Rechtsprechung
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift; in älteren Zitaten = Deutsche Richterzeitung
DStR	= Deutsches Strafrecht
DRPfl.	= Deutsche Rechtspflege
E	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen oder: Entwurf
Entw.	= Entwurf eines neuen StGB
Fr., Frank	= Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931
GA	= Goldhammers Archiv für Strafrecht (bis 1953 nach Bänden, seitdem nach Jahrgängen zit.)
GBG	= Ges. zur Bek. der Geschlechtskrankheiten
GG	= Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GnO	= Gnadenordnung
GS	= Gerichtssaal
GSSt.	= Großer Senat des Reichsgerichts für Strafsachen
herrsch. A.	= herrschende Ansicht

X

Abkürzungen

HEST.	= Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
JGG	= Jugendgerichtsgesetz
JMBI.	= Justizministerialblatt
JMBI. NRW	= Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristenzeitung
JW	= Juristische Wochenschrift
KE	= Kommissionsentwurf von 1913
KG od. KGer.	= Kammergericht
KO	= Konkursordnung
KRG	= Kontrollratsgesetz
Krim. Abh.	= Kriminalistische Abhandlungen
LG od. LGer.	= Landgericht
LK	= Leipziger Kommentar zum StGB von Nagler, Mezger, Jagusch u. a., 7. Aufl.
L.-S.	= v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Allg. Teil, 26. Aufl.
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ	= Leipziger Zeitschrift
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht
MoKrimBi.	= Monatsschrift für Kriminalbiologie (seit 1953: Kriminologie) und Strafrechtsreform
NdsRpfl.	= Niedersächsische Rechtspflege
n. F.	= neue Fassung
NJ	= Neue Justiz
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OBA	= Oberbundesanwalt
OG	= Oberstes Gericht der Sowj. Bes. Zone
OGH	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt.	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	= Oberlandesgericht
Olshausen	= Olshausen, Kommentar zum StGB, 11. u. 12. Aufl.
ORA	= Oberreichsanwalt
OWG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Plen. Ents.	= Entscheidungen der Vereinigten Strafsenate
R	= Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
RdK	= Das Recht des Kraftfahrers
Recht	= Das Recht, Monatsbeilage zur Deutschen Justiz
RG od. RGer.	= Reichsgericht
RGBI.	= Reichsgesetzblatt
RGes.	= Reichsgesetz
RJM	= Reichsjustizminister
RKG	= Entscheidungen des Reichskriegsgerichts
SchlHA	= Schleswig-Holsteinsche Anzeigen
Schwarz	= Schwarz, Strafgesetzbuch

SchwZStr.	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
StPO	= Strafprozeßordnung
Str. Abh.	= Strafrechtliche Abhandlungen
StrK	= Strafkammer
StÄG	= Strafrechtsänderungsgesetz
SzB	= Strafaussetzung zur Bewährung
TB	= Tatbestand
Thür.	= StGB in der Fassung des Thüringischen Anwendungsgesetzes v. 1. 11. 45
VE	= Vorentwurf 1909
VO	= Verordnung
VRS	= Verkehrsrechts-Sammlung
WiStG	= Wirtschaftsstrafgesetz
ZAk.	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Zitierweise

Sind Band oder Jahrgang **fett** gedruckt, so steht dort ein **Gerichtsurteil**; anderenfalls ein Aufsatz oder eine Anmerkung zu einem Gerichtsurteil. Ohne weiteren Zusatz weist die **fett** gedruckte Ziffer auf ein Urteil des Reichsgerichts.

Systematische Vorbemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts

I.

Verbrechen — (i. w. S. gleich „Straftat“; enger § 1) — ist Unrecht, das dem Täter als strafbare Pflichtwidrigkeit zugerechnet wird. BGHSt. 2 364 (368): Das Verbrechen muß nicht zuletzt als Pflichtverletzung gewertet und darf nicht einseitig in der Verletzung eines Einzelinteresses gesehen werden. — Strafgrund ist die persönliche Schuld. Anlaß, die Schuldfrage aufzuwerfen, ist die Rechtswidrigkeit: das Nicht-sein-sollende eines derartigen Verhaltens; die Frage der Rechtswidrigkeit (III) also vor der des Verschuldens (IV) zu prüfen, und zwar unter strenger Bindung an die gesetzlichen Tatbestände (II). Beisp.: **Erste Frage:** Hat A den B im Sinne der §§ 211 oder 212 getötet? Wenn ja: **zweite Frage:** hatte er einen Rechtfertigungsgrund, z. B. Notwehr? Wenn nein: **dritte Frage:** ist diese nicht gerechtfertigte Tötung ihm zur Schuld zuzurechnen oder hatte er z. B. den Entschuldigungsgrund des Notstandes?

Eine **vierte Frage:** ob alle Verbrechen positiv mit Strafe bedroht und verfolgbar sind, ist ausnahmsweise zu verneinen z. B. bei Diebstahl unter Ehegatten (§ 247 Abs. 2) oder bei verjährten Taten.

An der Notwendigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld zu unterscheiden, ändert nichts, daß bereits zur Tatbestandsmäßigkeit und zur Rechtswidrigkeit „subjektive“ Momente gehören, d. h. Vorgänge im Innenleben des Täters. Z. B. können äußerlich gleiche Handlungen ärztliche Untersuchung oder „Unzucht“ sein. Ist die Handlung der Willensrichtung entsprechend Unzucht, so ist immer noch die Frage der rechtlichen Schuldzurechnung offen.

Jeder Untersuchung, ob ein gegebener Sachverhalt eine strafbare Handlung darstellt, ist die obige Dreiteilung — Tatbestandsmäßigkeit — Rechtswidrigkeit — Schuld — in der angegebenen Reihenfolge der Fragen zugrunde zu legen. Die Frage nach einem strafrechtlichen „Verschulden“ ist gegenstandslos, wenn der Täter so handeln durfte; und die Frage wiederum, ob er dies durfte, ist gegenstandslos, wenn überhaupt kein strafgesetzlicher Tatbestand verwirklicht ist.

Eine **Neugruppierung** des Verbrechenssystems unternehmen die Grundrisse und Lehrbücher von Graf Dohna, auf dem Boden der finalen Handlungslehre Welzel, v. Weber, Maurach sowie Busch, Moderne Wand-

lungen der Verbrechenslehre (1949), Niese, Finalität usw., 1951; mit kritischem Abstand Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der L. v. V., ZStW 67, 1 ff.; Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 58, 335 ff., 388 ff. Übersicht bei Engisch, Entwicklung usw., ZStW 66, 239 ff. Am bisherigen Systemaufbau halten demgegenüber fest Mezger StB, Sauer, Allg. StrRLehre, Wegner, Allg. Teil, Spendel, Grundfragen, Rittler-Festschr. 39, i. allg. auch H. Mayer, StrR. Dazu näher in Anm. II zu § 59. Vgl. insbesondere zur Handlungslehre die in ZStW 63, 456 ff.; 65, 54 zu Nr. 1, 2, 3 besprochenen Schriften sowie Mezger, Die Handlung im Strafrecht, Rittler-Festschr. 119; Maihofer, Handlungsbegriff, 1953, dazu Lang-Hinrichsen, JR 54, 88; Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität, ZStW 66, 27; derselbe, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; desgl. Hardwig, ZStW 68, 14; zur Tatbestandslehre: Mezger, Wandlungen, NJW 53, 2; H. Mayer, Bestimmtheit usw., JZ 53, 105; Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe, Mezger-Festschr. 1954, 117; Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Freiburger Abh. Bd. 9, 1957; Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957; Sauer, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69, 1; Engisch, Die normativen TB-Elemente, Mezger-Festschr. 127; derselbe, Subj. Tatbestands- und Unrechtselemente, Rittler-Festschr. 165; Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, ebendort 141; Kunert, Die normativen Merkmale der strafr. Tatbestände, 1958.

II.

A. In den Tatbeständen trifft das Strafgesetzbuch eine Auswahl aus dem Bereich des Unrechts (unten III), und zwar darf um der Rechtssicherheit willen nur im Rahmen dieser festumrissenen Unrechtstypen gestraft werden (§ 2); Umgehung des Gesetzes nur, falls dies ausdrücklich bestimmt ist, wie im Steuerrecht. Eine positivrechtliche Betrachtung hat daher von den Tatbeständen auszugehen, obwohl sie die Rechtswidrigkeit einer Handlung nicht begründen, sondern bereits voraussetzen. Darüber unten zu III.

Daß die — außerstrafrechtliche — Unrechtserklärung den Tatbeständen vorausliegt, wird heute vor allem im Nebenstrafrecht deutlich. Vgl. §§ 1, 2 WiStG 1954, die sich auf die Strafsanktion für anderswo ausgesprochene wirtschaftsregelnde Normen beschränken. Zwischen dem Verbot, also der Rechtswidrigkeitserklärung, und der strafrechtlichen (oder Ordnungs-)Sanktion ist übrigens hier ein weiteres formales Element eingeschaltet. So heißt es z. B. an der in § 1 Nr. 7 WiStG zit. Stelle: „Wer den . . . Vorschriften zuwiderhandelt, . . . begeht, sofern die Vorschrift ausdrücklich auf die Straf- und Bußgeldbestimmungen dieses Gesetzes verweist, eine Zuwiderhandlung im Sinne des . . . Wirtschaftsstrafgesetzes.“ Entsprechend ist § 2 WiStG selbst formuliert. Ähnlich schon §§ 396, 401 a, 402, 430 RAO. Im klassischen Strafrecht ist diese vierfache Stufenfolge von Rechts-

widrigkeitserklärung, Abstempelung als strafrechtlich relevantem Unrechtstyp, dessen Beschreibung und Sanktion heute kaum noch erkennbar. Vgl. aber noch § 175 PreußStGB: „Wer einen Menschen mit Überlegung tötet, . . . begeht einen Mord und wird mit dem Tode bestraft.“ § 185 StGB wiederum beschränkt sich auf den Unwertausdruck „Beleidigung“ und verzichtet auf eine Handlungsbeschreibung; denn z. B. Bescholtenheit kann einer an sich beleidigenden Kundgebung der Mißachtung den Charakter der Beleidigung nehmen (E 75 182). Wiederum andere Tatbestände umschreiben zwar ein Verhalten, aber mit wertenden Begriffen, z. B. „mißhandeln“ in §§ 223 ff., „Steuerhinterziehung“ in § 396 RAO, die Steuerunehrlichkeit voraussetzt (E 60 97 und ständig, RFinH 31 70). Stets aber hat die Vertypung des Unrechts eine Doppelfunktion: einerseits die, besonders schwere und unerträgliche Rechtsbrüche aus der Masse der unerlaubten Handlungen herauszuheben, andererseits die, der staatlichen Strafgewalt eindeutige, feste und unüberschreitbare Grenzen zu setzen (Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 StGB: Garantie der Rechtssicherheit).

Die Tatbestände beschreiben bestimmte Handlungen als sozial erhebliches Verhalten. Ausnahmsweise gibt es auch Tatbestände ohne Handlung, die unmittelbar asoziale Existenzformen, wie den Zuhälter, Landstreicher, Arbeitsscheuen, §§ 181 a, 361 Nr. 3, 5 erfassen oder die bloße Nichterfüllung von Pflichten als „Zu widerhandlungen“ ahnden, z. B. im Wirtschaftsrecht, vgl. JZ 56, 76 Anm. 35 sowie unten IV 4). In der Regel aber knüpft die Strafdrohung an umschriebenes Einzelverhalten an.

B. Handlung ist „ein aus Überlegungen und Entschlüssen entsprungenes, von einem natürlichen Willen geleitetes Verhalten“ (BGHSt. 3 289), das durch die Aufnahme in die gesetzlichen Tatbestände als typisches Unrecht von besonderer Schwere gestempelt wird, wie „töten“, „mißhandeln“, „beleidigen“.

Doch dienen innerhalb der gesetzlichen Deliktgruppen (Tötungs-, Eigentumsdelikte usw.) einzelne Tatbestände nicht der Unrechts-, sondern der Schuldtypisierung; auch innerhalb des gleichen Tatbestandes können beide Arten von Merkmalen vorkommen. Gegenüber dem Totschlag sind der Mord ein typisierter Schuldsteigerungsgrund, §§ 213, 216, 217 typisierte Schuld minderungsgründe. Näheres dort. Über diese Funktion der Tatbestände vgl. JR 49, 165, aber auch schon Goldschmidt, Frank-Festg. I 462 f. Zustimmend Mezger, NJW 53, 2, Gallas, ZStW 67, 29, Engisch, GA 1955, 166; vgl. auch Hardwig, ZStW 68, 14.

Die negative Wertung der Handlung knüpft in der Regel daran, daß das Verhalten in tatbestandsmäßiger Weise als Willensbetätigung auf einen Erfolg, d. i. eine Veränderung in der Außenwelt, gerichtet ist und ihn herbeiführt. Aber die auf den deliktischen Erfolg gerichtete Willensbetätigung kann auch — als Versuchshandlung — für sich allein relevant sein oder umgekehrt die Erfolgs-

verursachung ohne darauf gerichteten Willen — als fahrlässige Handlung. Grund: im ersten Fall erwartet der Täter den Erfolg, im zweiten die Rechtsordnung vom Täter die Vermeidung des Erfolges. Dort kommt es nicht darauf an, ob der Erfolg erreichbar war, hier nicht darauf, ob der Täter überhaupt einen Willen betätigte. Schließlich kann ein Verhalten deshalb negativ gewertet werden, weil die Rechtsordnung einen bestimmten Erfolg und eine darauf gerichtete Willensbetätigung erwartet und in beidem enttäuscht wird: ein Hausbesitzer vergißt, bei Glätte vor seiner Tür zu streuen; jemand erfährt einen Mordplan und kommt nicht auf den Gedanken, die Polizei oder den Bedrohten zu benachrichtigen.

Mit dem Erfordernis der — wirklichen oder erwarteten — Willensbetätigung wird der Handlungsbegriff auf ein finales Element bezogen. Vgl. hierzu vor allem Welzel § 11 I: Der Vorsatz gehöre zur Tatbestandshandlung und sei damit ein essentielles Unrechtselement. Daraus folgt aber nicht, daß dieses Merkmal nur unter Handlungs- oder Unrechtsgesichtspunkten bedeutsam sei. So seit den letzten Auflagen seines Lehrbuchs auch Welzel § 22 A I. Vgl. unten Anm. II zu § 59, ferner ZStW 63, 477 ff., 504 ff., 65, 59. — Finalität ist nicht gleich Vorsatz. Bei diesem muß zum ontologischen immer noch ein normatives Element treten. Beispiel § 84, dessen Handlung final, z. T. mit überschießender Innentendenz erfüllt („zum Zwecke . . .“) und der dennoch ein Fahrlässigkeitsdelikt ist. Vgl. unten zu IV 4 b) sowie Nowakowski JZ 58, 335 ff., 338 ff. mit Lit. Ang.

I. Kausalzusammenhang ist Bestandteil der Tatbestandsmäßigkeit dann, wenn der Tatbestand außer der Willensbetätigung auch den Eintritt eines Erfolges voraussetzt. Die herrschende Lehre nimmt KZ an, wenn die Willensbetätigung eine nicht wegdenkbare Bedingung des Erfolgs ist; einerlei ob eine mehr oder weniger entfernte, ob eine mehr oder weniger wirksame, ob eine allein oder nur mit anderen Bedingungen zusammen wirksame, ob der Erfolg objektiv vorhersehbar war oder „zufällig“ eintrat: sog. Bedingungs- oder Äquivalenztheorie (E 56 348, 57 285, 63 211, 66 184, 67 69, 69 44, 70 257, 76 86), gegenüber den Theorien der adäquaten Verursachung. Ebenso Braunschweig SJZ 49 130 (Anm. Spendel) und jetzt der BGH: BGHSt. 1 332 = JZ 51 787 (Anm. Engisch) zu § 226 unter ausdrücklicher Ablehnung der Adäquanztheorie (s. u.). Ursache und Folge sind dabei nicht mechanisch-naturwissenschaftlich, sondern in ihrer rechtlichen Bedeutung aufeinander zu beziehen: ursächlich ist ein verkehrswidriges Verhalten nur, wenn so gut wie sicher ist, daß es bei verkehrsgerechtem Verhalten nicht zu dem Erfolg gekommen wäre (auch bei Einhalten des gebotenen Seitenabstandes wäre der überholte, stark angetrunkene Radfahrer mit hoher Wahrscheinlichkeit überfahren worden). So BGHSt. 11 1 (= JZ 58 280

m. zust. Anm. Mezger). Gegenstück BGH VRS 10 359 (Kausalität pflichtwidriger Unterlassung wirksamen Bremsens). — Fahrlässige Verursachung ist, wie Baumann DAR 55, 210 mit Recht betont, nicht gleich Verursachung plus Fahrlässigkeit. Ebenso wenig reicht Unfallbeteiligung plus Vorschriftswidrigkeit aus. Vgl. außer BGHSt. 11 1 noch Köln DAR 55 198 (Fahren ohne Führerschein), Celle DAR 56 16 (vorschriftswidriges Schlußlicht), Hamm JMBI. NRW 56 92 (zu schnelles Fahren). Dagegen Karlsruhe NJW 58 430. — Eine Unterbrechung des KZ bei schuldhaftem (vorsätzlichem oder fahrlässigem) Einwirken eines anderen auf den tatbestandsmäßigen Erfolg erkannte schon das RG (entgegen vereinzelt früheren Entscheidungen) nicht mehr an. Vgl. unten IV sowie E 56 348, 58 366, 61 318, 64 316 u. 370, 67 17, 69 44; HRR 41 789. Ebenso jetzt BGH bei Dallinger MDR 56 526 (betr. Gnadenschuß eines Dritten); hierzu Schönke-Schröder⁸ S. 24. — Die notwendige Korrektur des Einzelfalls sieht die Bedingungstheorie in dem Erfordernis des (subjektiven) Verschuldens. Vgl. jetzt § 56 mit Anm. — Abweichend sieht die sog. Adäquanztheorie (begründet von v. Kries) nur die Willensbetätigung als Ursache an, die generell, erfahrungsgemäß geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Damit wird ein für die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung, namentlich für ihre objektive Finalität, beachtlicher Gesichtspunkt auf das Kausalgebiet verschoben. Für sie Maurach² 160ff., Henkel in Anm. zu Stuttgart NJW 56 1451. Richtiger insoweit die Relevanztheorie Mezgers (Lb. S. 116, 122, StB I 69, LK Einl.); sie ist der Sache nach in BGHSt. 11 1 (s. o.) anerkannt. Vgl. auch den nächsten Abs. Kritisch zur herrschenden Lehre Engisch (a. a. O. und: Kausalität usw. 1931; Vom Weltbild des Juristen 1950, 110); H. Mayer, StR S. 126; Nagler LK⁷ Einl. Anhang (mit Übersicht).

Aus dem gleichen Grunde sind die älteren individualisierenden Kausaltheorien (Ursache sei nur die wirksamste Bedingung oder die, die das Übergewicht zum Erfolge herstelle) abzulehnen. So ausdrücklich E 69 47, BGHSt. 4 76. Ursache ist auch, was nur den Erfolg beschleunigt, der ohnehin eingetreten wäre: E 22 325, 69 321, 70 258, Rspr. 10 270, OGH JR 50 404. Der ursächliche Zusammenhang wird weder durch Mitverschulden des Verletzten (E 6 250, 22 174, 77 18, DR 40 2061) noch durch seine besondere Anfälligkeit (E 5 30: Augenleiden, 54 349: Bluter) in Frage gestellt, auch nicht dadurch, daß sich ein Dritter bewußt einschaltet (E 61 319: fahrl. Tötung durch Beziehenlassen einer feuergefährdeten Wohnung, in der Menschen bei Brandstiftung umkamen; 64 318). Anders, wenn es bewirkt, daß der Erfolg überhaupt nicht auf das Verhalten des Täters zurückzuführen ist (RG DR 40 2061, E 77 18 betr. Verhalten des Opfers) oder aber wenn auch das verkehrsgerechte Verhalten des verkehrswidrig Überholenden mit

an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den gleichen Erfolg herbeigeführt haben würde (BGHSt. 11 I, s. o.); im Überholen lag kein unrechtstypisches, grundsätzlich verpöntes Verhalten, sondern ein grundsätzlich erlaubtes, aber an Ordnungsregeln gebundenes. Deshalb waren hier nicht Handlung und Unterlassung, sondern ordnungsmäßiges und ordnungswidriges Handeln zu vergleichen; so besonders deutlich Karlsruhe NJW 58 430 mit Nachweisungen. — Von der Kausalfeststellung scharf zu scheiden ist: 1. die Frage, ob der Eingriff eines Dritten dem Handelnden die Tatherrschaft aus der Hand nimmt (der als Opfer eines Giftmordanschlags Ausersehene erkennt das Gift und begehrt damit Selbstmord); dazu Notwendige Teilnahme (Abh. des Berl. KrimInst. 1940) S. 61; 2. die Frage, ob die Schuld durch Eigenverschulden des Verletzten ausnahmsweise berührt wird (E 57 172, vgl. § 59 IV 3 b). — Die abgelehnten individualisierenden Kausaltheorien arbeiten überdies statt mit dem Gedanken der *conditio sine qua non* mit der naturwissenschaftlichen Kategorie der *causa efficiens*, was methodisch bedenklich ist und das Problem der Unterlassung unlösbar macht. Vgl. aber Nagler a. a. O.: „nur die im sozialen Zusammenhang ausschlaggebende“ Bedingung sei Ursache.

II. Auch eine Unterlassung kann sozial erhebliches Verhalten sein.

1. Zu unterscheiden echte und unechte U. Echte, wenn ein gebotenes Tun unterlassen, ein erwünschter Erfolg nicht herbeigeführt wird, wie z. B. die Anzeige eines Verbrechensvorhabens in § 138; ferner z. B. §§ 116, 123 (sich nicht entfernen), 143, 330 c. Unechte, wenn sie nur eine besondere Erscheinungsform der verbotswidrigen Begehung ist, z. B. die Mutter tötet ihr Kind, indem sie ihm nichts zu essen gibt.

2. Auch Unterlassungen können final, zielbewußt auf die Herbeiführung eines verbotenen bzw. Nichtherbeiführung eines gebotenen Erfolges gerichtet, oder bloß kausal sein. **Kausal** sind die unechten UDelikte, wenn der Unterlassende den Erfolg abwenden konnte. Das RG formuliert, indem es statt der nichtwegdenkbaren Erfolgsbedingung (oben Vorbemerkung II B I) die hinzudenkbare setzt: „Eine U ist nur dann ursächlich, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß zugleich der Erfolg wegfiel“: E 63 392, 75 50. Zu beachten ist aber, daß hier nicht ein wirkliches, sondern ein unterstelltes Geschehen auf seine erfolgabwendende Bedeutung zu prüfen ist. Daraus folgt, daß — anders als bei Prüfung der Kausalität positiven Tuns — ein Wahrscheinlichkeitsurteil genügen muß, d. h. wie Maurach² 465 treffend bemerkt, mit den Maßstäben der Adäquanztheorie gearbeitet wird. Schönke-Schröder⁸ Vorb. VI 3 sprechen von bloßer Quasi-Kausalität, einer Gleichstellung nicht im Ontologischen, sondern nur im Normativen (mit Hinweis u. a. auf Gallas ZStW 67, 8 ff.).

Die Frage: „wäre der Tod des Kranken vermieden worden, wenn der Arzt eine Seruminjektion gemacht hätte?“ kann höchstens „mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ bejaht werden. E 51 127, 58 130, 74 350, 75 50, 324 mit Anm. Mezger in ZAk. 42 29 und Anm. Kallfelz in DR 41 2235; E 75 372 mit Anm. Würtenberger in ZAk. 42, 167. Nach BGH bei Dallinger MDR 56 144 (vgl. auch MDR 53 20) sind dabei alle konkreten Umstände zu berücksichtigen; eine „der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechende Wahrscheinlichkeit“ (so gelegentlich E 75 328) genüge nicht. Vgl. hierzu Mezger, Lehrbuch 130—150, StB I § 28 II, der ebenfalls auf die Kausalität der erwarteten Handlung abstellt, und andererseits Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht S. 85, dessen Auffassung der unechten Unterlassungsdelikte als „Nichtabwendung des Erfolges“ (ebenso Welzel § 27 II 1 a β) eine schärfere Unterscheidung von den echten ermöglicht. — Auch bei aktivem Tun hängt die Kausalität u. U. von einem Wahrscheinlichkeitsurteil ab, vgl. oben zu I (BGHSt. 11 1).

3. Tatbestandsmäßiges Unrecht ist eine unechte Unterlassung dann, wenn die Passivität der Aktivität gleichgesetzt wird. Von bestimmten Personen erwartet die Rechtsordnung (arg. § 3 Abs. 3: „hätte handeln sollen“, ausdrücklich § 14 Entw. 1959) die Abwendung drohender Rechtsgutsverletzungen. Wenn sie solche Personen besonders zur Abwendung drohender Erfolge verpflichtet und im Vertrauen darauf weitere Sicherungen unterläßt, wird sie durch die Nichtabwendung des Erfolges beeinträchtigt. Zur Tatbestandsmäßigkeit der Handlung tritt hier die Täterschaftsmäßigkeit des Handelnden (über diesen Begriff vgl. Lange, Notw. Teilnahme, 15ff.). Ebenso Welzel § 27 I (seit 5. Aufl.). Das Tatbestandsproblem erkannte als erster Nagler GS 111 S. 1ff. — Kritisch H. Mayer, SJZ 47, 12ff., MatStRRef. I 275 sowie Grünwald, ZStW 70, 412 (de lege fer.); vgl. auch unten zu e).

Die Gleichstellung geschieht entweder

- a) im Tatbestande selbst, z. B. §§ 121, 221, 223 b, 315, 357, 361 Nr. 9 StGB, oder
- b) im sonstigen Gesetzesrecht, insbes. dem Familienrecht und im öffentlichen Recht. Z. B. Personensorgepflicht der Eltern: E 66 73, 143; 69 283; 70 82, 390; 71 193; BGHSt. 2 153; über die Pflichten der Polizei JW 39 543 mit Anm. Mittelbach, oder
- c) auf Grund besonderer Pflichtenübernahme. Z. B. wer einen Hilflösen in Pflege nimmt, muß für ihn sorgen und begeht andernfalls rechtswidrige Körperverletzung. Das Kindermädchen achtet nicht auf das Kind, so daß dieses zu Schaden kommt. Hierzu E 10 100, 38 123, 46 25, 71 193, 74 353. Strafgrund ist in diesen Fällen nicht der Vertragsbruch als solcher, sondern die durch ihn geschaffene Gefahrlage. E 17 261. Eine solche kann aber auch unabhängig von einer Vereinbarung entstehen aus

- d) vorangegangenem Tun (Bedenken gegen diesen Satz bei Welzel⁶ 182f.). Z. B. Mitnahme eines Ungeübten auf eine gefährliche Bergbesteigung, oder: jemand hat einen anderen versehentlich eingeschlossen und befreit ihn nicht, nachdem er es bemerkt hat. Der Strafgrund folgt hier unmittelbar aus dem an die Spitze gestellten Satz. Wer — schuldhaft oder nicht: E 70 227, Hamm HEST. 2 243, BGHSt. 4 20 — die Gefahrlage geschaffen hat, von dem wird erwartet, daß er den drohenden Erfolg abwendet; wenn nicht, haftet er für ihn (anders bei rechtmäßigen Handlungen, vgl. BGHSt. 3 203 gegen E 51 12; bedenklich Hamm VRS 57 45; wer aus Höflichkeit einen anderen über die Fahrbahn geleite, übernehme damit eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung). Zudem befindet er sich regelmäßig in der Schlüsselstellung, von der aus die Verletzung abgewendet werden kann. Hierzu E 24 339, 46 343, 51 9, 57 197, 58 130, 244, 60 77, 63 392, 64 372, 68 99, 69 321, 70 151, 73 52. Ebenso BGH NJW 53 1838, 54 1047. Einschränkend jedoch in MDR 56 271 (Dallinger): der Grundsatz könne, uneingeschränkt angewandt, die Verantwortlichkeit unerträglich ausdehnen. Ob dem Täter im Einzelfall zugemutet werden konnte, den Erfolg abzuwenden, und ob er sich dieser Pflicht bewußt gewesen sei, müsse daher sorgfältig geprüft werden. Konkrete Beurteilung fordert auch Henkel, Recht und Individualität, 1958, 64f. Zur Frage der Zumutbarkeit vgl. auch unten § 330c Anm. IV 2. — Mehrfach wurde Beihilfe zum Meineid, begangen durch Unterlassung, in Fällen angenommen, wo jemand durch eigenes Verhalten (z. B. durch wahrheitswidrige Parteibehauptung oder -bestreitung in einem Ehescheidungs- oder einem Unterhaltsprozeß) die Gefahr bewirkt habe, daß auch ein Zeuge in diesem Sinne falsch aussagen werde, wodurch er verpflichtet sei, den Zeugenmeineid zu verhindern: E 72 23, 75 271; DR 43 577. Einschränkend auch hier jetzt BGH im Anschluß an Maurach: eine inadäquate Gefahr muß herbeigeführt sein; ähnlich Köln NJW 57 34. Darüber unten § 154 Anm. VII.
- e) Soziale Sonderstellung, z. B. enge Lebensgemeinschaft, natürliche Blutsbande (uneheliche Vaterschaft), Familienautorität, Stellung als Haushaltsvorstand oder eine sonstige persönliche Nähe oder Überlegenheitssituation soll nach der Rspr. ebenfalls für bestimmte Personen eine Garantenhaftung begründen. Hier unmittelbarer Rückgriff des StrR auf soziologische Tatsachen und Wertungen, nicht nur Sanktionierung der positiven Rechtsordnung. E 64 316, 66 72, 69 321, 70 151, 74 47, 155, 189, 309, 354 (Anm. Boldt in DR 41, 195). Ebenso grundsätzlich BGHSt. 2 153, NJW 53 591, 55 1038 (ehel. Lebensgemeinschaft; nicht bei tats.

Trennung: BGHSt. 6 322). Soweit der BGH hier letztlich wieder auf positives Recht zurückgreift (BGHSt. 2 153: § 1353 BGB), ist ihm zu folgen, ebenso betr. unehel. Verwandtschaft aus den Gründen der Anm. VI zu § 52 und oben zu d). Abgesehen davon aber fehlt der Rspr. die rechtliche Grundlage. Zwar würde hier Gewohnheitsrecht genügen und Analogie zulässig sein, da es sich nicht um Erweiterung der Tatbestände handelt (H. Mayer § 17 III hält beides auch hier für unzulässig). Aber gewohnheitsrechtlich läßt sich allenfalls der Satz zu d) begründen, den auch Entw. 1959 in § 14 Abs. 2 aufgenommen hat. Gegen E 72 374 (betr. Haushaltsvorstand) bereits Kohlrausch ZAk. 39, 246. Die Pflichten werden moralisch oder auch nur soziologisch begründet; aber nur Rechtspflichten sind tragfähige Grundlagen. So auch Nowakowski JZ 58, 381. Daß die Rspr. zu weit geht, zeigt BGHSt. 2 152, wo die Haftung für Unterlassung weiter geht als die für aktives Tun (zutr. Schönke-Schröder IV vor § 211 und die dort. Zit.). Bedenklich auch KG JR 56 150, insoweit Rechtspflicht zur Verhinderung einer Unglücksfahrt aus Bekanntschaft- und Vertrauensverhältnis mit hergeleitet wird, und Bremen NJW 57 72 betr. Ehemann, der die Aufnahme eines seiner Frau gehörenden Hundes duldet (dazu treffend Schröder in Sch.-Schr.⁸ 31: „Eine Art Sippenhaftung“). — Aus den zahlreichen Entscheidungen betr. Fahrlässigkeit des Arztes durch Unterlassung sei besonders hervorgehoben E 74 350 (Anm. Engisch in ZAk. 41, 129; Mezger in DR 41, 150; bes. Schmidt in MoKriBi. 42, 85). — Vgl. ferner Niethammer DRZ 46, 13.

Nicht genügen diejenigen Strafgesetze, die echte Unterlassungsverbrechen normieren, um die aus ihnen folgenden Pflichten zur Konstruktion auch eines unechten UV zu benutzen. Beispiel: Die Verabsäumung einer durch § 138 gebotenen Anzeigepflicht oder einer durch § 330 c gebotenen Hilfespflicht genügt für sich allein noch nicht, um den Unterlassenden etwa wegen Mordes usw. zu strafen. Bedenklich E 71 187, 75 164. Zutr. E 73 53, BGHSt. 3 67, JR 56 347.

Bei fehlender Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung zessiert die Pflicht: E 58 98, 227, 72 19, 73 57, BGHSt. 4 23. Näheres dazu oben zu d).

Aus dem neueren Schrifttum: Schaffstein in Festschrift für Gleispach (1936). — Drost in Gerichtssaal 109 (1937) 1 ff. — Niethammer in ZStW 57, 431. — Nagler in GS 111, 1 ff. — Dahm in ZStW 59, 133 ff. — Graf Dohna in DStrR 39, 142. — Georgakis, Hilfespflicht und Erfolgsabwendungspflicht, 1938. — Roeder in DStrR 41, 105 u. 152. — Vogt ZStW 63, 287. — Welzel NJW 53, 327 (betr. § 330 c). — Zimmermann NJW 52, 1321. — Meister MDR 53, 649. — Grünwald ZStW 70, 412. — Zur Konkurrenz zwischen echten und un-

echten Unterlassungsdelikten vgl. Schönke-Schröder Vorb. IV 1 h (S. 31) einerseits, Maurach 483 andererseits, zu den Teilnahmeproblemen Gallas JZ 52, 372 und dagegen Schönke-Schröder Vorb. VI 6.

C. Aufbau der Tatbestände. Sie werden inhaltlich in erster Linie charakterisiert durch das verletzte Rechtsgut (Leben, Gesundheit, Ehre, Eigentum, Funktionieren der Rechtspflege, der Verwaltung), ferner durch das Angriffsmittel (Täuschung, Drohung, Gewalt), durch besondere Eigenschaften des Täters (Mann, Beamter, Arzt), durch Motive und Gesinnungsmerkmale (aus Habgier, gewissenlos).

Besonderheiten im Aufbau zeigen die zusammengesetzten Delikte (§ 249), die zweiaktigen (§ 277), die verkümmert zweiaktigen (§ 242), die Dauerdelikte (Freiheitsberaubung des § 239 wird begangen, solange die Einsperrung dauert), Zustandsdelikte (Bigamie, § 171, schafft einen rechtswidrigen Zustand, ist aber mit der Eheschließung vollendet; entspr. § 169, Nürnberg MDR 51 119).

Allgemein sind der Form nach objektive, kognitive, subjektive und normative TBMerkmale zu unterscheiden; zu letzteren vgl. BGHSt. 3 255, aber auch unten § 59 Anm. V 2, 4 b sowie neuerdings Kunert, Die norm. Merkmale, 1958. Die subj. Merkmale können mit dem Motiv oder der Gesinnung die Schuld typisieren (z. B. in § 211, s. o. II B) oder aber das Unrecht: dies, wenn z. B. die Zueignungsabsicht in § 242, die Absicht, das Falschgeld oder die falsche Urkunde in den Verkehr zu bringen (§§ 146, 267) schon das Delikt vollendet, die Rechtsgutsgefährdung schon die volle Schwere der Rechtsfolgen auslöst. Grundlegend — neben Hegler ZStW 36, 19 ff. — Mezger GS 89, 207 ff., Vom Sinn der strafr. Tatbestände 1926, neuerdings StB I § 32.

Bei den **abgewandelten Tatbeständen**, verschärften (qualifizierten) und gemilderten (privilegierten), wird ein Grundtatbestand durch Hinzufügung weiterer Tatbestandsmerkmale erweitert und danach milder oder strenger gestraft. Die qualifizierten und privilegierten Tatbestände folgen den Regeln des Grundtatbestandes. Anders bei einer nicht nur quantitativen, sondern qualitativen Änderung des Tatbestandes, insbes. bei Abwandlung oder Erweiterung des Rechtsguts oder Abschiebung besonderer Tätergruppen, wodurch ein *delictum sui generis* mit eigenen Regeln entsteht. Z. B. ist § 265 nicht nur Vermögensdelikt, sondern gemeingefährliches Verbrechen, daher del. s. g. gegenüber § 263. — Ob das eine oder das andere, ist vielfach zweifelhaft, praktisch aber äußerst bedeutsam. Vgl. im einzelnen etwa zu §§ 175 a, 216, 217, 229, 248 a, 252, 264 a, 370 Nr. 5, und zur ganzen Frage Nagler-Mezger LK Einl. Anh. 3 II sowie die Kontroverse Hillebrand NJW 56, 1268 gegen Schneider NJW 56, 702. — Qualifizierungen erfolgen bei besonderer „Absicht“ (z. B. § 225), bei Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit (z. B. § 260), bei besonderer Gefährlichkeit des Mittels oder der Begehungsart

(z. B. §§ 223 a, 243), bei besonderen Eigenschaften des verletzten Rechtsguts (z. B. § 223 b), besonders häufig bei Eintritt eines schwereren Erfolgs, insbesondere von Todesfolge (z. B. §§ 118, 178, 221 Abs. 3, 224, 226, 229 Abs. 2, 239 Abs. 3, 306 ff.). Bei den letzteren — „durch einen schwereren **Erfolg qualifizierten Verbrechen**“ — war bezüglich dieses Erfolgseintritts adäquate Kausalität (oben B 1) zu fordern, solange hier das Korrektiv eines subjektiven, auf den Enderfolg bezogenen Verschuldens nicht gegeben zu sein brauchte. Das RG freilich neigte auch hier zur Bed.-Theorie: E 44 137, 61 375, 63 6. Vgl. aber LG Heidelberg SJZ 48 207 (Anm. Engisch). Braunschweig SJZ 49 130 hielt an der Bed.-Th. fest (zust. Anm. Spendel). OGH SJZ 49 357 ließ die Frage dahingestellt. Lösung der Frage durch den Gesetzgeber im § 56, fortentwickelt in § 22 Entw. 1959. Kritisch zu dieser Lösung Schweikert, ZStW 70, 394. Eine Mischung von schwererem Erfolg und Verschulden als Strafschärfungsgrund in § 225 und SprStG § 5 Abs. 3.

Neuerdings wurde immer häufiger an einen Grundtatbestand (z. B. Betrug: § 263 I) ein strengerer Strafraum angefügt (z. B. § 263 IV), ohne daß dies vom Hinzutreten neuer Tatbestandsmerkmale abhängig gemacht wurde. Entsprechend auch mildere Strafraum. Über die Herkunft dieser Erscheinung aus den Entwürfen und die hier zu beachtenden Verschiedenheiten vgl. MDR 48, 310 ff., Mat zur StrReform 1 76 ff. und unten § 1 Anm. V, ferner Gutzke NJW 56, 580. An solchen mehr oder weniger **unbenannten** Straferhöhungs- und Strafminderungsgründen (an die sich erhebliche Zweifelsfragen angeknüpft haben, vgl. bes. zu § 1) kennen die neueren Strafgesetze u. a. die folgenden;

1. „**Besonders schwere Fälle**“: St. §§ 49 b, 89, 90, 90 a, 91, 92, 100 d, 102, 107, 108, 109 b und e, 114, 129 (mit Beispielen), 138, 140, 142, 212, 218, 223 b, 240, 241 a, 253, 263, 266, 281, 292, 293 (diese beiden mit Beispielen), 302 d, 315, 315 a, 316 a, 316 b, 317, 353 b, 353 c. — Börsengesetz § 95. — Depotgesetz § 34. — GmbH-Ges. § 81 a II. — Genossenschaftsges. § 146. — Aktienges. §§ 294, 296, 298. — Lebensmittelges. § 11 III. — Jugendschutzges. § 24 II, III.

2. „**Schwere Fälle**“: StGB §§ 153, 267, 348.

3. „**Minder schwere Fälle**“: StGB §§ 218 III, 315 II.

4. „**Besonders leichte Fälle**“: StGB § 175 II.

Die immer häufigere Anwendung dieser Gesetzesteknik bedeutete eine weitgehende Resignation des Gesetzgebers in der Bewertung der Delikte und eine Übertragung der Verantwortung für richtige Bewertung auf den Richter; hiermit natürlich auch die Erschwerung einer tunlichst gleichmäßigen Bewertung. Die Grenze zwischen Gesetz und Richter verschob sich damit wesentlich.

Schrifttum: Vgl. zu § 1.

D. Zu jeder Tat gehört ein **Täter**. Probleme liegen hier insbes. nach zwei Richtungen:

1. **Täterschaft und Teilnahme**. Täter ist, wer die tatbestandsmäßige Handlung selber oder dadurch begeht, daß er ganz oder teilweise andere für sich handeln läßt (unmittelbare, mittelbare, Mittäterschaft). Neben diese primäre Erscheinungsform des Verbrechens tritt die sekundäre der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe). Denn abgesehen von den Fällen der persönlichen Tatausführung kann jemand in strafwürdiger Weise eine Tat herbeiführen oder fördern, ohne Täter zu sein; sei es, daß er nicht Täter sein kann, weil die Natur der Sache es nicht zuläßt (Meineid, Geschlechtsakt) oder weil ihm bei den sog. Sonderdelikten die Täterqualität als Beamter usw. fehlt — sei es, daß er nicht Täter sein will: er rät oder hilft einem anderen zu dessen Tat, ohne sie sich zu eigen zu machen. Näheres vor und zu §§ 47 ff.

2. Das Tatstrafrecht wird in neuerer Zeit in steigendem Maße durch ein **Täterstrafrecht** ergänzt. Hier knüpft das Gesetz nicht an ein einzelnes Geschehnis, sondern an das Vorliegen einer asozialen oder aktiv antisozialen Existenzform an; kriminologische Tätertypen des gefährlichen Gewohnheitsverbrechens (§ 20a), ausbeuterischen Zuhälters (§ 181a), Bettlers, Landstreichers, Arbeitsscheuen, Müßiggängers des § 361 Nrn. 3—5. Näheres bei diesen Bestimmungen.

III.

1. Die **Rechtswidrigkeit** einer Handlung liegt formell darin, daß sie gegen **rechtliche Gebote oder Verbote** verstößt. Diese finden sich in der gesamten Rechtsordnung, aber gerade nicht im Strafrecht, das vielmehr die anderweit aufgestellten Normen nur sanktioniert. Das ist eine der grundlegenden Erkenntnisse von Bindings Normenlehre.

Der Sinn der strafrechtlichen Unrechtstypisierung ist es, aus dem Gesamtbereich des Unrechts den Kern herauszuheben, der als besonders schwere Verletzung der Rechtsidee und Störung der Rechtsordnung zu werten ist. Vgl. oben II A sowie § 3 II: „strafwürdiges Unrecht“.

Daß das Unrecht schon vorstrafrechtlich bestimmt ist, zeigt sich darin, daß die Strafe meist nur verstärkend zu anderen Sanktionen (Schadensersatzpflicht, Rechtsverlusten aller Art) hinzutritt. Aber auch da, wo sie ausnahmsweise die einzige ausdrückliche Sanktion bildet, ist der sie begründende Tatbestand des Strafrechts nicht die Quelle des Unrechtsurteils der Rechtsordnung. Inzest und widernatürliche Unzucht etwa sind (gegen Mezger Lb. S. 184) schon außerhalb des StGB und vor ihm rechtlich verboten. Das Verbot und die Vernichtbarkeit der blutschänderischen Ehe sind ein sicheres arg. a fortiori dafür, daß erst recht blutschänderischer Verkehr außerhalb der Ehe rechtlich verboten ist. Und die familienrechtliche und disziplinarrechtliche Relevanz homosexueller Betätigung ist unabhängig von ihrer strafrechtlichen Sanktion. Die Eigenart, daß es Unrecht im Rechtssinne nicht

begründet, sondern von seinem Bestande ausgeht, teilt das Strafrecht jetzt mit dem milderen Sanktionenrecht der Ordnungsbußen.

Der strafrechtlich relevante Ausschnitt aus dem Unrechtsbereich bestimmt sich in erster Linie nach dem Rang und der besonderen Schutzbedürftigkeit der Rechtsgüter — das zeigt der Aufbau des Besonderen Teils —, innerhalb dieses Rahmens aber auch nach der Intensität und dem Stadium des Angriffs. Meist knüpft es erst an die geschehene Verletzung an, oft aber auch schon an ihre Gefährdung, sei es allgemein durch Bestrafung des Versuchs, sei es durch Aufstellung von besonderen Gefährdungstatbeständen wie im 27. Abschnitt, sei es durch kombinierende Heraushebung von Verhaltensweisen, die über ihren unmittelbaren Verletzungseffekt hinaus gefährliche Tendenzen in sich tragen: die Absicht, die weggenommene Sache dem Berechtigten dauernd zu entziehen in § 242, die staatsgefährdende Absicht in § 94, die Körperverletzung durch gefährliche Mittel, die schweren Folgen als unwiderlegliches Indiz der besonderen Gefährlichkeit der Handlung in §§ 178, 224, 226 usw., die geschlechtliche Tendenz in §§ 174ff., die eine sonst geringfügige, wenn auch ordnungswidrige Berührung als für das Rechtsgut der geschlechtlichen Integrität des Berührten gefährliche Handlung kennzeichnet (selbst wenn die Beweggründe letzten Endes erzieherischer Natur gewesen sein sollten: der Zweck heiligt nicht die Mittel, vgl. BGH in MDR 55 17).

Diese Ausformung und Differenzierung des strafrechtlich relevanten Unrechtsausschnitts gestaltet aber nur dessen Quantität, nicht seine Qualität. Der Gegenstand bleibt insoweit der gleiche wie der der verwaltungs- oder zivilrechtlichen Sanktionen. Das Besondere der strafrechtlichen Bewertung zeigt sich erst in der Schuldfrage, die als weitere selbständige zu der des Unrechts hinzutritt.

Man kann deshalb nicht innerhalb des Unrechtsbegriffs Erfolgs- und Aktunrecht unter ganz verschiedenen Wertmaßstäben (Rechtsgutsverletzung hier, Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung dort) einander gegenüberstellen. Schon die Gleichsetzung von vorsätzlichem Handeln (=Aktunrecht) und Finalität ist ungenau. Der Vorsatz ist nicht Element, sondern nur Voraussetzung des Unrechts, insofern erst eine zielgerichtete Einstellung des Handelnden typischerweise das Rechtsgut unter Unrechtsgesichtspunkten besonders gefährdet. Maßstab bleibt entscheidend die objektive Richtung der Handlung auf die Rechtsgutsverletzung (objektive Finalität). Näheres unten Anm. I 2 zu § 88. Auch unter dem Begriff des „personalen Unrechts“ birgt sich in Wahrheit sehr Verschiedenes: taterschaftliche Merkmale, die nicht das Unrecht der Handlung, sondern die Täterqualität des Handelnden betreffen, Schuldmerkmale wie Motiv- und Gesinnungselemente in § 211 und schließlich subj. Unrechtselemente, deren überschießende Innentendenz den Angriff besonders gefährlich erscheinen läßt (über ihren Charakter oben II C). Den Sinn des Unrechtsbegriffs als Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung lassen alle diese Gruppen unberührt. Doch ist „Rechtsgut“ nicht materialistisch, sondern als Unverletzlichkeit von Leben, Gesundheit, Vermögen, Freiheit, Ehre usw. zu verstehen. Nicht das verletzte Einzelinteresse ist entscheidend, vgl. BGHSt. 2 368 (oben zu I) betr. Betrug bei unsittl. Geschäften. Rechtsgutsverletzung ist deshalb nicht gleich Sozialschädlichkeit, Rechtsgüterschutz nicht gleich Zweckmoment (so aber Gallas GA 1957, 318). Im Begriff des Rechtsguts selbst liegt das sozialetische Wertmoment. Dieses muß jedoch — darin unterscheidet sich die rechtliche von der sittlichen Wertung — auf ein soziales Interesse bezogen sein. Wo ein solches Interesse fehlt oder

zweifelhaft ist, wie bei der Homosexualität oder der Sodomie, wird auch die Strafbarkeit fragwürdig. Von solchen Grenzfällen her läßt sich deshalb eine zentrale These, dem „Wesen des strafbaren Unrechts“ werde nur eine „personale“, u. U. vom Rechtsgüterschutz ganz absehbende Unrechtsauffassung gerecht, nicht stichhaltig begründen (gegen Gallas a. a. O.). Wo aber ein solches Interesse vorhanden und verletzt oder gefährdet ist, gehört das Urteil über die „sozialethische Verwerflichkeit“ der Handlung grundsätzlich zur Schuld. Die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung, auf die Gallas jetzt zurückgreift, führte in den 30er Jahren folgerichtig dazu, die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld zu verwischen. Gegen solche Konfundierung Maurach AT 192 und besonders nachdrücklich Würtenberger, Geistige Situation, 47ff., 51, 55, 57, der S. 65ff. zutr. auch auf ihre rechtspolitische Bedenklichkeit hinweist, mit weiteren Nachweisungen. Sodann verunklart jene Auffassung den Gegensatz von Kriminalstraftat und Ordnungswidrigkeit. Auch für ihn bedeutet der Rechtsgutsbegriff den Angelpunkt (so im Anschluß an Trops und Erik Wolf jetzt Lang-Hinrichsen GA 1957, 226). Weiterhin führt sie zu einer Gefährdung des Tatbestandsprinzips und damit der Rechtsstaatlichkeit. Das zeigt sich bei den neuesten Begründungsversuchen für die Strafbarkeit des absolut untauglichen Versuchs, jener Randerscheinung des Unrechts, die von der hier abgelehnten Lehre in den Mittelpunkt gerückt wird, vgl. BGHSt. 11 324 = JZ 58 669 (Anm. Lange), aber auch bei der Begründung und Anwendung verschiedener Sittlichkeitsdelikte (hierzu und zum personalen Unrechtsbegriff überhaupt Jäger, Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Beitr. zur Sexualforschung 12. H., 1957 S. 23ff., 29ff., 41ff.). Schließlich gefährdet sie die Einheit der Rechtsordnung. Dazu eingehend und treffend Bindokat, Mehrere Unrecht? JZ 58, 553ff. — Annäherung an den Begriff des „personalen Unrechts“ in BGHZ (GrSen.) 24 21 (= NJW 57 785²): Körperverletzung im Straßen- oder Eisenbahnverkehr bei verkehrsrichtigem Verhalten i. S. der §§ 823, 831 BGB nicht rechtswidrig. Hiergegen Bindokat a. a. O. Unterschiede in den Funktionen des Strafrechts und des Zivilrechts betonen in diesem Zusammenhang besonders Wieacker JZ 57, 535, Stoll JZ 58, 137 (mit weiteren Nachweisungen) und allgemein Niese JZ 56, 457ff.

Daraus, daß das Strafrecht Sanktionsrecht für anderweit aufgestellte Normen ist, folgt aber keineswegs notwendig, daß seine einzelnen Begriffe akzessorisch, z. B. im Vermögensstrafrecht ausnahmslos dem BGB zu entlehnen wären. Vielmehr hat der strafrechtliche Begriff unter Umständen unmittelbar auf die materiellen Rechtswerte (unten zu 2) zurückzugreifen, wenn diese etwa im Bürgerlichen Recht mit Rücksicht auf das dort vorherrschende Verkehrsinteresse modifiziert sind (Beispiele unten § 253 Anm. VIIIb), 263 Anm.V, auch § 52 Anm. VI). Weitere Beispiele in BGHSt. 11 103.

Die Rechtsnormen sind als rechtliche Wertung in der Regel **deklaratorisch**, wenn auch auswählend und formend, nicht konstitutiv: sie knüpfen an die vorgefundenen, im Gemeinschaftsleben wirkenden Werte an wie die Unverletzlichkeit von Leben und Gesundheit. Zu diesen Grundwerten gehört die persönliche Freiheit, auch als grundsätzlich freie Entfaltung der Persönlichkeit, GG Art. 2. Soweit aber die Normen nicht den traditionellen Bestand der Rechtsgüter sichern, sondern in die überkommene Freiheitssphäre eingreifen, bedarf schon ihre Geltung besonderer Legitimation. Das Recht, das sonst die Konturen sozialer Wirklichkeit und Wertung

nur nachzieht und seine Hauptaufgabe in der Schlichtung und Entscheidung von Wertkonflikten sieht, greift hier schöpferisch und gestaltend, fordernd und unterdrückend in das bis dahin schlechthin und grundsätzlich auch weiterhin normale soziale Verhalten ein. Es schneidet aus dem Freiheitsbereich strafrechtliche Exklaven heraus, oft nur vorübergehend und notgedrungen, als notwendiges Übel, aus besonderen Zwangslagen, wie sie in Krisenzeiten z. B. zu Eingriffen in die grundsätzlich freie Wirtschaft nötigen. Bezeichnenderweise handelt es sich hier vielfach um Zeitgesetze i. S. des § 2 Abs. 3, d. h. solche, die „eine nur als vorübergehend gedachte Regelung für wechselnde Zeitverhältnisse nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit treffen wollen“ (BGH NJW 52 72).

Auch das Sanktionsrecht trägt dieser Grundverschiedenheit derjenigen Verhaltensweisen, die von Hause aus deliktischer Natur sind, und derer, die grundsätzlich erlaubt und nur kraft positiven Gebots oder Verbots widerrechtlich geworden sind, Rechnung. Durch die Schaffung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, dessen Kerngedanken schon das Wirtschaftsstrafgesetz enthält, hat der Gesetzgeber die Sanktion durch Strafe grundsätzlich auf Handlungen beschränkt, die gegen sozialethisch fundierte Normen verstoßen, materiell wertwidrig sind. Sie allein sind nach dem überkommenen Sinn der Strafe, nach ihrem Wesen als sozialethisch deklassierendem Tadel und ihren Folgen für den gesamten sozialen, u. U. auch rechtlichen Status strafbar und straffähig, sie allein verdienen Strafe, nur ihnen gegenüber ist die Strafe legitimiert. Die Strafbedürftigkeit allein ist noch keine Legitimation, sondern war nur im Notstand der Rechtsordnung unentbehrlich, solange es keine anderen geeigneten Sanktionsmittel gab. So früher weitgehend die Verwaltungsstrafen: Jellinek, Verwaltungsrecht, § 15 V. Der Zweck des OWG ist, allgemein die Möglichkeit, damit aber auch die Garantie dafür zu schaffen, daß bloße Zuwiderhandlungen gegen nur positiv-rechtliches, formal geschaffenes Sollen mit der Nicht-Strafe der Ordnungsbuße belegt und damit die Einhaltung der Ordnungszwecke ohne sozialethischen Tadel gewährleistet wird. Vgl. Gossrau GA 1956, 334 darüber, daß die Nebengesetze i. allg. auf dieser Linie abgrenzen, insbes. für Kriminalunrecht konkrete Rechtsgutsgefährdung verlangen.

Zwischen den strafbaren Handlungen und den Ordnungswidrigkeiten liegen die „Straftaten“ des § 1 Abs. 3 OWG, § 3 WiStG, die als Verwaltungsstrafrecht der Rechtsfolge nach zum Kriminalstrafrecht gehören, deren Struktur aber auf den Ordnungswidrigkeiten aufbaut. Näheres hierzu JZ 56, 73, insbes. 75 ff.

2. Materiell rechtswidrig ist eine Handlung (oder in den Fällen oben II D 2 eine Existenzform), wenn sie wegen ihrer Sozialschädlichkeit und Sittenwidrigkeit mit dem rechtlich geordneten Zusammenleben in unerträglichem Widerspruch steht. Strafbar ist nur tatbestandsmäßiges und in diesem Sinne formelles Unrecht (oben zu II). Aber die materielle Begriffsbestimmung bleibt in mehrfacher Hinsicht bedeutsam:

a) als Auslegungsmaßstab der Tatbestände. So ausdrücklich in §§ 193, 226 a, 240 n. F., 253 n. F. StGB. Über die Unzulänglichkeit formaler Maßstäbe zutr. Pfalz DRZ 47 235 (betr. § 240). Aber auch z. B. für folgende Fragen: Liegt der Betrieb eines gefährlichen Gewerbes, eine gewagte Spekulation mit anvertrautem fremdem Geld, die Ausübung gewisser Sportarten noch innerhalb der Sphäre der sozialen Adäquität,

des erlaubten Risikos? Ergeben sich aus gefährdendem Tun, aus enger Lebensgemeinschaft, aus natürlichen Blutsbanden Rechtspflichten zur Abwendung anderen drohender Gefahren (s. o. II B II 3 d.)? Ist eine medizinisch gebotene kunstgerechte Operation, die tief in die körperliche Integrität des Patienten eingreift, eine Körperverletzung? Ist es eine Fälschung, wenn man eine Urkunde im Einverständnis mit einem anderen mit dessen Namen unterschreibt?

b) Wenn die Handlung tatbestandsmäßig, also ihrem Typ nach Unrecht ist, kann sie dennoch in Ausnahmesituationen durch einen besonderen Unrechtsausschließungsgrund gerechtfertigt sein. Derartige Gründe sind teils im Gesetz vertyp, teils seinen Grundgedanken zu entnehmen.

So kann im Einzelfall das Interesse der Rechtsordnung am Rechtsgüterschutz infolge Einwilligung des Verletzten entfallen, z. B. bei Eingriffen in die private Vermögenssphäre. Für Körperverletzung Sonderregelung in § 226 a. Grenze der Verfügungsmacht des Verletzten in § 216. Ob und inwieweit die Einwilligung des Verletzten rechtlich beachtlich ist, bestimmt sich entscheidend nach dem Zweck der einzelnen Tatbestände: BGH NJW 56 311 betr. § 174 Ziff. 1. Danach u. U. Motive oder Gesinnung maßgeblich. Näheres Vorb. II 3 vor § 51.

Oder verschiedene rechtliche Interessen kollidieren, und die Rechtsordnung gewährt dem Handelnden ein Notrecht: so ausdrücklich in §§ 53, 193 StGB, 228, 229, 859, 904, BGB, 127 StPO usw. Kollisionsfälle können sich ferner bei Ausübung einer Amtspflicht oder eines Züchtigungsrechts ergeben. Vgl. Vorbem. II vor § 51. Stets ist hier der oben angegebene materielle Maßstab anzulegen. E 73 258: Unabänderliche letzte Grenze für die Erlaubtheit einer Züchtigung ist das Sittengesetz. So namentlich auch beim sog. übergesetzlichen Notstand, in dem ein höherwertiges Rechtsgut nur auf Kosten eines minderen erhalten werden kann. Hauptfall der Praxis: das keimende Leben wird geopfert, um das Leben der Schwangeren zu retten. E 61 242, 62 137 haben dies mit dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung gerechtfertigt. Zu Unrecht einschränkend BGHSt. 3 7 = JZ 53 46; dagegen JZ 53, 9 ff. In der Lit. ist man z. T. auf naturrechtlicher Grundlage noch weitergegangen und hat die Verfolgung eines anerkannten Zwecks mit einem angemessenen Mittel allgemein für gerechtfertigt erklärt (Zwecktheorie, Graf Dohna, über frühere Vertreter Nagler LK 364 ff., JZ 53, 9 ff. Vgl. L.-Schmidt S. 206 ff., Eb. Schmidt ZStW 49, 370, der aber (S. 377 ff.) zutr. darauf hinweist, daß das Erfordernis der Angemessenheit des Mittels u. U. die Rechtfertigung durch Güterabwägung einschränkt; anders Nagler LK 366/7, insofern er die Güterabwägung gegenüber der Zwecktheorie für grundsätzlich selbständig erklärt. — Mezger, StB I § 48 erklärt die Güterabwägung für das übergeordnete Prinzip, sein Maßstab versagt aber bei

Gleichwertigkeit der Rechtsgüter (vgl. auch unten § 54 Anm. I a. E.). Aber nicht nur bei Schwangerschaftsunterbrechungen kommen „übergesetzliche“ Rechtfertigungsgründe in Betracht; vgl. z. B. betr. ärztl. Eingriff gegen Willen E 74 353; betr. fr. § 34 StVO HRR 40 38; auch ZAk. 41 131 (Anm. Engisch). Vgl. ferner E 20 190; dazu, nicht voll überzeugend, Meister MDR 47, 47. Über die Möglichkeit des ü. N. bei Verstößen gegen die Wirtschaftsbestimmungen E 77 113 = DR 44 21 (Anm. Lange), Kiel NJW 47 231, Köln NJW 53 1844 (betr. Preistreiberei); vgl. auch BayObLG NJW 53 1563 (betr. Jagdrecht). Auch und gerade bei rechtlich nicht geordneten Verhältnissen kann der ü. N. eingreifen. A. A. OGHSt 1 321; dagegen mit Recht Welzel und Eb. Schmidt (s. u. zu c). Vgl. dieselben auch zu der vom ü. N. zu unterscheidenden Konstellation, daß nicht die Verletzung verschiedener ungleichwertiger Rechtsgüter, sondern verschiedener Träger desselben Rechtsgutes droht (z. B. ein Mensch kann in gemeinsamer Berg- oder Seenot nur unter Opferung eines anderen gerettet werden). Diese Fälle liegen, wie Schmidt SJZ 49, 565 nachweist, sehr verschieden. Stets aber hängt die Rechtfertigung des Handelns von den sittlichen Maßstäben unserer Kultur, nicht von seinem Nutzeffekt ab. Deshalb kommt es hierfür (gegen Schmidt a.a.O.) auf die Beweggründe des Täters und die von ihm verfolgten Zwecke u. U. ebenso an, wie bei der Pflichtenabwägung im ü. N. (vgl. 61 242, 62 137). Die Rechtswidrigkeit oder Strafbarkeit ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch der unmittelbar Verletzte selber gegen das Sitten- oder Strafgesetz verstoßen hat. Vgl. hierzu E 44 230, 242, 65 3, 70 7, 73 157, HRR 40 320.

Zusammenfassend ist zu sagen: Ebenso wie die Erklärung zum Unrecht findet auch dessen Ausschluß grundsätzlich außerhalb des Strafrechts statt. Die Gründe hierfür fügen sich darum auch nicht zu einem inhaltlich geschlossenen System zusammen.

Wohl aber bilden sie ein **Wertgefüge**, und zwar unter folgenden Gesichtspunkten:

α) gegenüber der **formellen** tatbestandlichen Rechtswidrigkeit greifen sie auf **materielle** Wertgesichtspunkte zurück, auch da, wo sie gesetzlich ausgebildet sind (vgl. z. B. § 193, den bish. § 13 RÄrzteO, „geboten“ in § 53 Abs. 1);

β) ihr **Wirkungsgrad** ist verschieden: bald gebieten sie tatbestandsmäßiges Handeln (Amtspflichten), bald rechtfertigen sie es i. S. der Billigung (Notrechte), bald erlauben sie es (Glücksspiele, soweit zugelassen), bald machen sie es nur zu einem unverbottenen (gewisse Einwilligungsfälle, s. u. II 3 vor § 51);

γ) ihre **Funktion** ist verschieden: bald rechtfertigen sie ein Verhalten **positiv**, wie die Notrechte, bald schließt ihr Fehlen **negativ** die unter anderem Gesichtspunkt (etwa der Güterabwägung) nahegelegte Rechtfertigung aus. So insbes. die Einwilligung des § 226a, aber auch die Zweck-Mitteltheorie, deren wesentliche Bedeutung und übergreifendes Prinzip gerade darin liegen, daß nur ein nach unseren Kulturanschauungen „angemessenes“ Mittel gewählt werden darf, mag der Zweck

noch so berechtigt sein. Güterabwägung ist hierfür zwar ein sehr wesentliches, aber nicht das einzige und nicht das entscheidende Kriterium. Wo Recht gegen Unrecht sich behauptet, bedarf es ihrer überhaupt nicht (§ 53). Und wo von der Sache, auf die man einwirkt, Gefahr droht (§ 228 BGB), ist der Maßstab reziprok dem sonstiger Noteingriffe (§ 904). In dem richtigen Gefühl, daß es auf die Güterabwägung allein nicht entscheidend ankommen kann, hat die Praxis seit E 62 137 sie durch das zusätzliche Erfordernis der Pflichtenabwägung modifiziert, damit aber zwei Kriterien vermengt. Richtig ist, daß das Handeln „zur“ Rettung des höherwertigen Rechtsguts geschehen muß. Denn ebenso wie für die spezifische Unrechtsqualität der vorsätzlichen Delikte der zielgerichtete Wille Voraussetzung ist, weil er typischerweise der Handlung die gefährliche objektive Richtung auf den Erfolg verleiht, das Handeln für seine Herbeiführung adäquat macht, ebenso ist der auf Rettung des höherwertigen Rechtsguts gerichtete Wille regelmäßig Voraussetzung dafür, daß die Handlung auch objektiv dieses Ziel erreicht. Es ist reiner Zufall, wenn eine ohne Rettungswillen vorgenommene Abtreibungshandlung einmal das höhere Rechtsgut erhält, wie im Falle BGHSt. 2 242, in dem die Abtreiberin nicht wußte, daß die Schwangere das Kind nicht ohne akute Lebensgefahr hätte austragen können. Insoweit entspricht das subjektive Rechtfertigungserfordernis nur dem der Tatbestandshandlung eigenen objektiv-finalen, generalisierenden Moment der Adäquität für den Eintritt des Erfolges. Das gilt für alle Unrechtsausschlußgründe. Unrichtig aber ist es, „pflichtgemäßes“ Verhalten bei vorliegender Rettungsabsicht deshalb zu verneinen, weil z. B. der Arzt die Unterlagen für seine Diagnose nicht sorgfältig genug erarbeitet habe; so indessen BGHSt. 3 7, dazu eingehend JZ 53, 9ff. Von einem Versehen in dieser Hinsicht bleibt das subjektive Moment des Handelns zur Rettung des Lebens unberührt. Fahrlässige Schwangerschaftsunterbrechung in vorsätzliches Abtreibungsverbrechen umzudeuten, läßt sich durch keine — noch so naheliegende — Strafbedürfniserwägung rechtfertigen.

c) Wenn der Inhaber der Rechtsmacht materielles Unrecht formell gestattet oder gebietet (z. B. befohlene Massentötungen von Geisteskranken in Anstalten, dazu BGH NJW 53 513, vgl. BGHZ 3 106, BGHSt. 2 251) oder materiell rechtmäßige Handlungen, nämlich solche, die sich innerhalb des nach unseren Kulturanschauungen verbürgten Minimums der unveräußerlichen und unantastbaren persönlichen Freiheit halten, bei Strafe verbietet, entsteht ein Konflikt zwischen „gesetzlichem Unrecht“ und „übergesetzlichem Recht“ (Radbruch SJZ 46, 105). Gesetzlich anerkannt und im Sinne der materialen Gerechtigkeit entschieden ist dieser Konflikt in §§ 234a, 241a StGB sowie im Ges. über innerdeutsche Rechts- und Amtshilfe in Strafsachen v. 2. 5. 52. Vgl. ferner BGHSt. 1 399, 2 334 betr. Verbindlichkeit der allg. völkerrechtlichen Grundsätze (Art. 25 GG), dazu Jescheck JZ 53, 149, ZStW 66, 193, BVerfG E 1 14 (Südweststaat-Urteil) = JZ 51 728: „Das BVerfG erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts an.“ — Vor dem GG: KG in DRZ 47 199 (Anm. Lange), Frankfurt SJZ 47 627 (Anm. Radbruch) sowie OGHSt. 1 321 = SJZ 49 347 (Anm. Eb. Schmidt 559) = MDR 49 370 (Anm. Welzel), dazu unten Vorbem. III vor § 51 betr. Anstaltstötungen, bei denen jedoch be-

beits die positivrechtliche Grundlage brüchig war; Dresden JR 47 121 (bei Beurteilung der RW heutige Auffassung zugrunde zu legen); Stuttgart SJZ 46 237 (der Richter habe das Recht, Rechts- und Verwaltungs-VOn. wegen groben Verstoßes gegen die Gesetze der Moral für nichtig zu erklären (betr. Gewährung von Sonderzulagen), nicht unbedenklich; Pfalz DRZ 47 236; zu prüfen, ob das Rechtsbewußtsein mit den ewigen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie sie in den Rechten aller Kulturvölker ihren Niederschlag gefunden haben, vereinbar bzw. nicht in Widerspruch; Stuttgart SJZ 47 204 (Anm. Küster); weiteres Material aus der Rspr. s. DRZ 48, 155ff., 185ff., SJZ 48, 302ff. Zusammenfassender Überblick jetzt in BGH NJW 53 513 und bei Jescheck GA 1954, 326. Vgl. auch Vorbem. I B 2h vor § 47. — Darüber, daß der materielle Unrechtscharakter eines Strafurteils in der Unverhältnismäßigkeit von Tat und Strafhöhe oder Strafart liegen kann, BGHSt. 3 118 mit Nachw., BGH LM Nr. 2 zu § 3; vgl. ferner BGHSt. 2 234 betr. behördliche „Aktion“, 9 302, 305 betr. widerrechtliche Tötung durch Mißbrauch gerichtlichen Verfahrens zur Vernichtung politischer Gegner.

d) Die Rechtsqualität und damit die Gültigkeit und Verbindlichkeit kann geschriebenen Geboten oder Verboten und ihren Sanktionen aus diesen Gründen fehlen. Über die heutige Rechtslage und die anzulegenden Maßstäbe BGHSt. 2 238ff., wo von einem auch für den Staat unantastbaren Kernbereich des Rechts ausgegangen und die Grenze zwischen Recht und Willkür nicht zuletzt auch nach der Zielsetzung von Gesetzen gezogen wird. „Anordnungen, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstreben . . . schaffen kein Recht“. Zu diesem Moment vgl. schon DRZ 48, 187, SJZ 48, 656, JR 50, 615. — Nach der Bereinigung des StGB und der meisten Nebengesetze beschränkt sich die Gültigkeitsfrage heute im wesentlichen auf die Verfassungswidrigkeit. Vgl. betr. §§ 3ff. Vorbem. I vor § 3, betr. § 175 BVerfG NJW 57 865, ferner unten §§ 49a Anm. III, 170d Anm. II, 330c Anm. I (Bedenken aus Art. 103 Abs. 2 GG). Lehrreich BayVerfGH v. 6. 11. 54 (dazu Diller JZ 57, 18) über rechtsstaatswidrige Best. des bay. Forstges. von 1896, ferner BayVerfGH HE 3 II 109, 4 II 90 und besonders 194 (betr. Gesetzesbestimmtheit). — Grundsätzlich ungeklärt ist noch immer die Fortgeltung gewisser Polizeiverordnungen mit Strafdrohungen aus der Zeit von 1933 bis 1945. Neben die Bedenken aus Art. 2, 3, 103 Abs. 2 GG, die die inhaltliche Rechtsqualität betreffen, treten staats- und verwaltungsrechtliche sowie die sich aus dem OWG ergebenden, das grundsätzlich die Kriminalstrafe im Verwaltungsrecht abgeschafft hat. Zu diesen Fragen vgl. NJW 54, 98 betr. BGHSt. 5 12. Diese Entsch. bejahte die Geltung einzelner Teile der PolVO v. 29. 9. 41 betr. Heilmittelwerbung, nahm aber z. B. nicht zu einem Analogiegebot in § 11 S. 2 VO Stellung; sie ist inzwischen durch GBG vom 23. 7. 53 überholt, dessen §§ 21/27 verbotene Werbung als

bloße Ordnungswidrigkeiten bestimmen. BGHSt. 8 360 (gegen OLG Braunschweig) sah noch rechtsstaatliche Bedenken (377) und ließ die Hauptfragen offen. Rein positivistisch BGH NJW 57 1201 (gegen das KG). BGHSt. 11 85 (gegen OLG Karlsruhe) geht auf die Grundsatzfragen nicht mehr ein. Schon der fortdauernde Widerstand der Oberlandesgerichte zeigt aber, wie notwendig deren Klärung ist. BayObLG 55 212 beschränkt sich auf § 5 II e der VO.

Aus dem **Schrifttum**: Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64, 255. — Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68, 41. — Derselbe, Verantwortung und Gehorsam, 1958. — Zimmermann, Gefahrengemeinschaft, MDR 54, 147. — Lange, (Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen) JZ 56, 73, 519; JZ 57, 233. — Zum Problem des „gesetzlichen Unrechts“ insbes.: Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 46, 105ff. — Geiler, Legalität und Legitimität, Die Gegenwart 1947. — Roemer, Von den Grenzen und Antinomien des Rechts. SJZ 46, 9. — Wiederaufbau des Rechts. SJZ 47, 93. — Naturrecht vor 150 Jahren und heute, in Kiesselbach-Festschrift S. 157ff. — Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. 1947. — Zur strafr. Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze. SJZ 47, 61ff. — Karl Schmid, Unteilbarkeit der Rechtsordnung. DRZ 47, 205. — Eb. Schmidt, *Justitia fundamentum regnorum*. Fünf Vorträge. 1947. — Zur Problematik von Recht und Justiz in der Gegenwart, in Kiesselbach-Festschrift. S. 177ff. — v. Weber, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, ebenda S. 233ff. — Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl. MDR 48, S. 34ff. — Meister, Die Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung. MDR. 47, 47. — Arndt, Die Krise des Rechts (Die Wandlung III. Jg., H. 5). — Figge, Zur Verantwortlichkeit des Richters, SJZ 47, 179ff. — W. G. Becker, Der richterliche Widerstand. SJZ 47, 480ff. — Lange, KRG 10 in Theorie und Praxis. DRZ 48, 155ff. — KRG 10 und deutsches Recht, DRZ 48, 185ff. — Zum Denunziantenproblem, SJZ 48, 302ff. — Kern, Die Grenzen der naturrechtlichen Rechtserneuerung MDR 49, 137. — Würtenberger, Zur Rechtswidrigkeit der Kriegsverbrechen, Mezger-Festg. 1954, 193. — Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz, 1956. — Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956, S. 163ff., 167ff. — Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68, 181.

IV.

Schuldhaft ist eine Handlung dann, wenn sie nicht nur objektiv rechtswidrig ist (d. h. der Regel nach verboten und auch im Einzelfall nicht gerechtfertigt), sondern auch persönlich vorwerfbar ist, dem Täter

zur Schuld zugerechnet werden kann; das ist der Fall, wenn von der Person des Täters rechtmäßiges Handeln gefordert werden konnte; d. h. wenn für ihn die Möglichkeit bestand,

- a) das Unrecht seiner Tat einzusehen und
- b) nach dieser Einsicht zu handeln.

Diese Möglichkeit kann

1. bei dem betr. Täter überhaupt fehlen, sie kann auch
2. aus Gründen des Einzelfalls ausgeschlossen sein.

Hieraus ergeben sich die bei der Schuldfrage entstehenden Probleme, ihr Zusammenhang und ihre Systematik. Die Schuld kann ausgeschlossen sein:

1. weil der Täter wegen Geisteskrankheit usw. nicht durch Rechtsnormen bestimmbar ist, weil er **schuldunfähig**, „unzurechnungsfähig“ ist (§ 51); sei es daß ihm aus jenen Gründen
 - a) die Fähigkeit fehlt, sein Tun mit den Anforderungen der Umwelt zu vergleichen; oder daß ihm
 - b) die Fähigkeit fehlt, sein Triebleben diesen Anforderungen anzupassen. Oder
2. weil die Norm im Einzelfall nicht als Regulativ in Betracht kommen kann; weil also zwar der Täter schuldfähig, die Tat aber nicht schuldhaft begangen war; der Täter zurechnungsfähig, die Tat aber nicht zurechenbar war.

Zurechenbar ist die Tat unter einer doppelten Voraussetzung:

a) Wenn der Täter durch bestimmte **innere Beziehungen** mit ihr verbunden war oder man solche Beziehungen erwarten konnte. Diese Beziehungen sind vom Gesetz in den **Schuldtypen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit** festgelegt. Wußte und wollte der Täter, was er tat, so hat er vorsätzlich, wußte und wollte er dies nicht, so hat er fahrlässig gehandelt, wenn er es erkennen und den konkreten Erfolg hätte vermeiden können und müssen. Ist auch dies nicht der Fall, so fehlt die Basis für einen strafrechtlichen Schuldvorwurf, selbst wenn er sich anderweit pflichtwidrig verhalten hat. Näheres Anm. zu § 59. Darüber, daß auch der Vorsatz ein echtes Schuldmoment, ein zur Finalität hinzutretendes normatives Stigma enthält, vgl. oben II B S. 4 sowie für die Zuwiderhandlungen des Nebenstrafrechts JZ 56, 73 ff., 519 ff.; 57, 233 ff., Lang-Hinrichsen GA 1957, 225 ff.

b) Wenn der vorsätzlich oder fahrlässig handelnde Täter die **Möglichkeit hatte, das Unrecht seiner Tat zu erkennen**. Auch wenn er wußte und wollte, was er tat, kann er doch in einem unvermeidbaren und darum seine Schuld ausschließenden Irrtum angenommen haben, sein Tun sei erlaubt (Einzelgründe BGHSt. 2 197). Der Irrtum entschuldigt nicht,

wenn der Täter ihn bei gehöriger Gewissensanspannung (BGHSt. 2 201) und bei Einsatz aller seiner geistigen Erkenntniskräfte (BGH 4 5) hätte überwinden können.

3. Auch wenn die zu 1 und 2a und b umschriebenen Voraussetzungen des inneren Tatbestandes gegeben sind, also der Täter weiß und will, was er tut und sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens im klaren ist, kann doch der damit indizierte Schuldvorwurf ausnahmsweise durch einen **Entschuldigungsgrund** ausgeschlossen werden, ebenso wie das durch die äußere Tatbestandsmäßigkeit indizierte Unrechtsurteil ausnahmsweise durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden kann (oben III 2). Solche Entschuldigungsgründe erkennt das Gesetz ausschließlich in §§ 52, 53 Abs. 3, 54 an. Unter ihren Voraussetzungen mutet es — eine Konzession an die menschliche Schwäche — dem Täter nicht zu, normgemäß zu handeln. Nicht unbedenklich die Erwägungen in BGHSt. (GrSen.) 6 58 (zu E 66 397), die diese feste Grenze in Frage ziehen.

Die **gesetzliche Regelung** des Schuldbegriffs ist, von der Zurechnungsfähigkeit abgesehen, **lückenhaft**. Das StGB bestimmt Vorsatz und Fahrlässigkeit positiv überhaupt nicht, negativ nur insoweit, als § 59 den Irrtum über Tatumstände regelt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören und deren Unkenntnis daher den Vorsatz ausschließt. Am Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt es besonders häufig bei Verstößen gegen Bestimmungen des Nebenstrafrechts. Deswegen haben hier das Steuerrecht (§ 395 RAO) und neuerdings das Wirtschaftsstrafrecht (§ 6 WiStG 1954) sowie außerhalb des Kriminalstrafrechts § 12 OWG Sonderregelungen über den Rechtswidrigkeitsirrtum getroffen. Wichtiger, aber regelmäßig übersehen ist, daß vielen Einzeltatbeständen dieser Gesetze für ihren Bereich auch eine positive Bestimmung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu entnehmen ist. Darüber zu 4.

4. Streitfragen

a) Umstritten ist, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gehört (so Entw. 1925 § 13, Entw. 1936 § 17) oder ob die bloße Möglichkeit dieses Bewußtseins genügt. Im letzteren Fall muß ein selbständiges Schulselement gebildet werden, da dann keine aktuelle innere Beziehung zwischen Täter und Tat, sondern nur noch die richterliche Erwartung einer solchen Beziehung vorausgesetzt wird und der Vorsatz sich auf das Wissen und Wollen der Tat beschränkt (so § 17 Entw. 1927). Neuerdings werden die beiden Standpunkte mit wenig treffender Terminologie als Vorsatztheorie und Schuldtheorie bezeichnet (so auch BGHSt. 2 194). Die zweite Auffassung ist seit BGHSt. (GrS) 2 194 in der Praxis herrschend. In der Tat ist von ihr auszugehen (oben 2a, b). Sonst müßten die abgestumpftesten Gewohnheitsverbrecher, die sich keine Gedanken über Recht und Unrecht machen, und die fanatisiertesten

politischen Verbrecher, die ihr Verhalten als pflichtgemäß ansehen, für schuldlos erklärt werden. Weitere Gründe in BGHSt. 2 194ff. Zudem würde, wenn man aktuelles Bewußtsein der Rechtswidrigkeit forderte, der Maßstab des Gesetzes verlassen. Denn für die Zurechnungsfähigkeit verlangt § 51 lediglich die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Das muß auch für die Zurechenbarkeit der Tat gelten.

b) Nicht aber lassen sich die Grundsätze der sog. Schuldtheorie auch auf die **Zu widerhandlungen** des Nebenstrafrechts anwenden, das durch Blankettvorschriften und Überwiegen der Gebotsbestimmungen, überhaupt durch einen anderen Unrechtsbegriff gekennzeichnet ist. Während bei den Delikten des StGB das Unrecht typischerweise in der Handlung des Tötens, Vergewaltigens, Raubens usw. selbst liegt, ist das äußere Verhalten bei Zu widerhandlungen gegen Verwaltungsvorschriften, auch soweit sie Straftaten sind, regelmäßig nicht schon an sich unerlaubt, sondern wird es erst als Zu widerhandlung gegen ein positives Gebot oder Verbot. Dort wird das Handeln verboten, weil es von Hause aus Unrecht ist. Hier wird ein an sich erlaubtes Verhalten lediglich als Zu widerhandlung gegen ein Verbot zum Unrecht gestempelt. Deshalb kann das Bewußtsein und der Wille, eine Wohnung zu vermieten (BGHSt. 9 358), einen Weg zu befahren (BayObLG 55 207, BGHSt. 11 10), nicht schon den „Vorsatz“ ausmachen. Das wäre Begriffsjurisprudenz. Denn die Handlung ist hier gar kein Unrechtsindiz. Primäre Grundlage der Zurechnung zum Vorsatz ist hier das Bewußtsein, entgegen verwaltungsmäßiger Regelung zu vermieten oder zu fahren. BGHSt. 9 358 (dazu JZ 57, 233) erkennt dies nicht an, beschränkt sich aber ausdrücklich auf den konkreten Fall.

Der Gegensatz von kriminellem und Verwaltungsunrecht ist seit dem OWG grundlegend für die Unterscheidung von Kriminalstrafrecht und Recht der Ordnungswidrigkeiten, aber auch von strafbaren Handlungen des StGB einerseits, Zu widerhandlungen des Wirtschaftsstrafrechts und des sonstigen Nebenstrafrechts andererseits. Der Täter muß hier die Tatsache und den Bereich der verwaltungsmäßigen Regelung und damit das Gebot oder Verbot positiv kennen. Sonst weiß er nicht, was er tut. Das Unrecht existiert anderenfalls für ihn überhaupt nicht. Dementsprechend wird in den Einzeltatbeständen dieser Gesetze die verschuldete Verbotsunkenntnis als vorsatzausschließende Verbotsfahrlässigkeit behandelt. Ebenso schon § 395 Abs. 2 RAbgO (Text unten § 59 Anm. II 2), der durch das ÄndGes. 1956 unberührt geblieben ist. Hier ist insofern entgegen BGHSt. 2 194, 4 1 die sog. Vorsatztheorie vom Gesetz eindeutig zugrunde gelegt. Allerdings deuten §§ 6 WStG, 12 OWG auf den Standpunkt der Schuldtheorie hin. Sie können aber angesichts der entgegenstehenden klaren Regelung in den Einzeltatbeständen nur insoweit zur

Anwendung kommen, als der Täter trotz erkannter Verbotswidrigkeit seines Verhaltens dennoch glaubt, etwa aus übergesetzlichem Notstand oder weil er das Verbot für verfassungswidrig hält, so handeln zu dürfen. Näheres JZ 56, 73 ff., 519 ff., JZ 57, 233 ff. Zustimmend Schönke-Schröder § 59 VIII, Mezger LK § 59 I. S. a. unten § 2 Anm. III A 5, § 25 Anm. II zu Ziff. 2, § 59 Anm. V 3 d). — Bei den sog. Mischtatbeständen des § 3 Nr. 1 WiStG muß der Vorsatz die zusätzlichen Merkmale umfassen, die die Zuwiderhandlung zu einer Straftat machen: Lang-Hinrichsen GA 1957, 225. Anders aber BGHSt. II 263. Hier werden die normativen Tatbestandselemente der Nr. 1 für eine bloße „Richtlinie“ erklärt, mit der bedenklichen Wendung, der Richter solle den Unrechtscharakter gewisser Tatbestände bestimmen (S. 265). Dazu unten § 59 Anm. V 3 b.

Das Reichsgericht hatte ohne Anhalt am Gesetz und in der Lehre den sachlichen Gegensatz zwischen den klassischen Delikten, die ihr Unrecht in sich selbst tragen, und den Blankettgesetzen als typischem Ausdruck der nur positiv straffbaren Zuwiderhandlungen, deren Rechtswidrigkeit erst durch das gesetzliche Verbot oder Gebot begründet wird, bei der Behandlung des Rechtswidrigkeitsirrtums sinngemäß, wenn auch formalistisch zum Ausdruck gebracht. Bei jenen setzte es die Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins stets voraus, bei diesen verlangte es Verbotskenntnis. Seltsamerweise hat genau in dem gleichen Augenblick, in dem jener in der Natur der Sache begründete und in den meisten Rechtsordnungen anerkannte Gegensatz durch das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten zur verpflichtenden gesetzlichen Grundlage geworden ist, der Bundesgerichtshof die nunmehr zwingend geforderte Differenzierung in der entscheidenden Schuldfrage aufgeben. Einzelheiten § 59 Anm. IV 5, V 3 d, VI.

Schrifttum: Vgl. vor § 59.

V.

Besondere Erscheinungsformen des Verbrechens sind:

1. **Versuch.** Darüber Anm. vor und zu §§ 43 ff.
2. **Teilnahme.** Darüber Anm. vor und zu §§ 47 ff. sowie oben II D 1.
3. **Mehrheit der Handlungen oder ihrer Bewertung.** Darüber Anm. vor und zu §§ 73 ff. sowie oben II C.

VI.

Positive Strafbarkeit. Das Gesetz fordert in einigen Fällen, daß über die Tatbestandshandlung hinaus objektive Bedingungen der Strafbarkeit (A) vorliegen. In einigen anderen Fällen schließt es aus Gründen in der Person des Täters, deren Berücksichtigung meist jenseits der Strafrechts-

zwecke ihren Ursprung hat, trotz vollen Deliktcharakters der Handlung deren Strafbarkeit aus (B). Schließlich macht das Prozeßrecht in einer Reihe von Fällen die Verfolgung von bestimmten Voraussetzungen abhängig (VII).

A. Bedingungen der Strafbarkeit. Grundsätzlicher Unterschied von Tatbestandsmerkmalen: Die B. d. Str. brauchen nicht von Vorsatz und Fahrlässigkeit umfaßt zu sein, und sie haben nichts mit Ort und Zeit der Verbrechensvollendung zu tun. Fehlt eine Bed. der Strafb., so ist nicht einzustellen (wie unten VII), sondern freizusprechen. — „Bedingungen der Strafbarkeit“ sind im wesentlichen als Indizien für die Gefährlichkeit oder Strafbedürftigkeit der tatbestandsmäßigen Handlung zu erklären. Sie finden sich z. B. in §§ 143; 186 (Nichterweislichkeit, str.); KO §§ 239 ff. (Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung: E 45 88 gegen ältere Entscheidungen). — Eine eigenartige Bedingung der Strafbarkeit in § 330a: Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung. Vgl. dort. Unrichtig OLG Dresden, JW 39 1500: begangen sei das Vergehen des § 330a mit Begehung der Rauschtat.

Schrifttum: Bemann, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Gött. rechtsw. Studien Heft 20, 1957. — Schweikert, Riskantes Verhalten, ZStW 70, 394.

B. Persönliche Strafausschließungsgründe berühren weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuld der tatbestandsmäßigen Handlung. Notwehr gegen solche Taten also gestattet, Teilnahme an ihnen strafbar. Bei ihrem Vorhandensein ist freizusprechen. — Vgl. StGB § 46 (Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, genau genommen Strafaufhebungsgründe: E 56 149 und 210, str.); § 199 (Aufrechnung von Beleidigungen); § 247 II. — Gemeinsam ist diesen Gründen, daß sie außerhalb des Verbrechensbegriffs liegen. Mißverständlich daher OGHSt. 1 321, 337 (hierzu oben III 2c, aber auch Peters JR 49, 496, Reinicke MDR 50, 77).

VII.

Bedingungen der Verfolgbarkeit. Sie sind lediglich Prozeßvoraussetzungen und an sich im Strafprozeßrecht geregelt. Dazu §§ 61 ff. (Strafantrag); 67—69 (Nicht-Verjährung); 172 (Scheidung der Ehe: E 22 135, str.); 238 (Nichtigerklärung der Ehe); JGG § 1 (Alter über 14 Jahren: E 57 206; E 61 265 berührt diese Frage nicht). Auch Amnestie und Niederschlagung (Abolition) hindern nur die Verfolgung (E 55 231), Begnadigung sogar nur die Strafvollstreckung. — Fehlt eine BdV, so ist nicht freizusprechen, sondern das Verfahren einzustellen; in der Hauptverhandlung durch Urteil (StPO § 260), außerhalb durch Beschluß.

Erläuterungswerke:

Leipziger Kommentar, begr. von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 7. Aufl. 1953 von Nagler, Jagusch, Mezger gem. mit Rohde, A. Schäfer, Werner, Ziegler. 8. Aufl. 1957/58.

Schönke-Schröder, 8. Aufl. 1957.

(Daleke-)Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl. 1955.

Schwarz, Kurzkommentar, 21. Aufl. 1958. — Die beiden letztgenannten mit zahlreichen Nebengesetzen.

Dreher-Maaßen, 3. Aufl. 1959.

Frank, StGB, 18. Aufl. (1931). — Ergänzungsband hierzu von E. Schäfer und v. Dohnanyi (1936). Der Kommentar von Frank gibt noch heute wertvolle Anregungen.

Anm. auch in: Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH.

Systematische Darstellungen:

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, bearbeitet von Eb. Schmidt, 25. Aufl. (1927). — Allg. Teil in 26. Aufl. (1932).

Binding, Lehrbuch, Bes. Teil, 3 Bände, teilweise 2. Aufl. (1902 ff.). In vielen Teilen nach wie vor wertvoll.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 1. Band, Allg. Grundlagen und Geschichte (1925); 2. Band, Allgemeiner Teil (1930).

Graf zu Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Aufl. 1941.

v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1948.

Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl. (1949, nur Allg. Teil). — Strafrecht, Ein Studienbuch, Allg. T. 8. Aufl. 1958. Bes. T. 6. Aufl. 1958.

Hellmuth Mayer, Strafrecht. Allg. Teil 1953.

Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958.

Wegner, Strafrecht, Allg. Teil 1951.

Maurach, Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch. Allg. Teil 2. Aufl. 1958, Bes. Teil 2. Aufl. 1956.

Sauer, Allg. StrRLehre, 3. Aufl. 1955. — System des Strafrechts. Besonderer Teil. 1954.

Zeitschriften

Der Gerichtssaal, seit 1849 (angeführt: GS).

Archiv für Strafrecht, seit 1853 und neu seit 1953; häufig angeführt als „Goldtammers Archiv“; 1934 bis 1944 als Deutsches Strafrecht (angeführt: GA bzw. DStR).

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft seit 1881 und wieder seit 1951 (angeführt: ZStW).

Monatsschrift für Kriminalpsychologie (ab 1937: Kriminalbiologie, jetzt: Kriminologie) und Strafrechtsreform, seit 1904 und wieder seit 1953 (angeführt: MoKrim).

Einführungsgesetz

Vom 31. Mai 1870 (BGBl. 195)

§ 1. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) tritt im ganzen Umfange des Bundesgebietes mit dem 1. Januar 1871 in Kraft.

Zum Reichsgesetz wurde das StGB erklärt durch Ges. v. 15. 5. 1871.

§ 2. Mit diesem Tage tritt das Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- (Reichs-) und Landesstrafrechts, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, [Jagd-], Forst- und Feldpolizeigesetze und über den Holz- (Forst-) Diebstahl.

I. Die §§ 2ff. regelten das Verhältnis von Reichsrecht und Landesrecht nach den Reichsverfassungen von 1871 und 1919. Nach ihnen war das Reich „zuständig für die Gesetzgebung über Strafrecht“. Nur soweit es hiervon keinen Gebrauch gemacht hatte, waren auch die Einzelstaaten (seit 1919 „Länder“) zuständig, StrGesetze zu erlassen. Beispiel: Die „Materie“ der Sittlichkeitsverbrechen ist reichsrechtlich abschließend geregelt. Landesgesetze gegen den Konkubinat waren ungültig, wenn dieser seiner „Unsittlichkeit“ wegen unter Str. gestellt war; nicht aber, wenn „Störung der öffentlichen Ordnung“ entscheidend war, denn die „öffentliche Ordnung“ war keine reichsrechtlich geregelte „Materie“. So E 33 273. — Betr. § 270 PrStGB (Abhalten vom Bieten) E 27 106, 37 130. — Vgl. jetzt allgemein Art. 72, 74 Nr. 1 GG.

II. Die besonderen Vorschriften blieben also ausdrücklich in Kraft (und haben sich landesrechtlich weiter entwickelt), obwohl sie an sich „Materien“ betreffen, die reichsrechtlich geregelt sind; z. B. betrifft der Forstdiebstahl die Materie des Diebstahls, ist aber trotzdem landesrechtlich unter Strafe gestellt, in Preußen durch das Ges. betr. Forstdiebstahl v. 15. April 1878.

§ 5. In landesgesetzlichen Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sind, darf nur Gefängnis bis zu zwei Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Ämter angedroht werden.

§ 6. Vom 1. Januar 1871 (1872) ab darf nur auf die im Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund (das Deutsche Reich) enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in Landesgesetzen anstatt der Gefängnis- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeindearbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält es hierbei sein Bewenden.

Maßregeln, die nicht „Strafen“ sind, kann das Landesrecht dagegen anwenden; vgl. Vorbem. vor § 13.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich

Vom 15. Mai 1871

in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1953 (BGBl. I 1083)

Einleitende Bestimmungen

Dreiteilung der strafbaren Handlungen

§ 1

(1) Eine mit Zuchthaus oder mit Einschließung von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

(2) Eine mit Einschließung bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfünfzig Deutsche Mark oder mit Geldstrafe schlechthin bedrohte Handlung ist ein Vergehen.

(3) Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Deutsche Mark bedrohte Handlung ist eine Übertretung.

Schrifttum: Niethammer in DRZ 47, 100. — Engisch in SJZ 46, 232. — Derselbe: Die neuere Rechtspr. zur Trichotomie der Straftaten, SJZ 48, 660. — Lange, Probleme des § 1 StGB, in MDR 48, 310. Mat. z. StRRef. I 76 ff. — Nüse, Zur Frage der Dreiteilung der Straftaten nach § 1 StGB, JR 49, 5. — Maurach, JZ 53, 279. — Dreher, Zur Systematik allg. Strafschärfungsgründe, GA 1953, 129. — Gutzke, Die Behandlung bes. schw. Fälle, insbes. bei Übertretungen, NJW 56, 580. — Schröder, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Mezger-Festschr. 415 ff.

Neufassung durch das 3. StÄG.

I. Ein gemeinsames Wort für alle strafbaren Handlungen, mindestens für Verbrechen und Vergehen, hat sich noch nicht durchgesetzt. „Verbrechen“, obwohl viel so verwendet, paßt nicht für leichtere Fälle; ist auch, da gleichzeitig Artbegriff, ungeeignet zum Gattungsbegriff. — „Delikt“, früher gleichfalls viel gebraucht, weicht vor dem Wunsch, zu verdeutschen, allmählich zurück; ist auch mehrfach anderweit festgelegt (röm. delictum gegenüber maleficium, crimen; oder wissenschaftlich: Delikt gleich schuldhafte Normübertretung, Verbrechen gleich strafbares Delikt). — Neuerdings bürgerte sich das Wort „Straftat“ ein, auch beim RG. und in neueren Gesetzen, z. B. StGB §§ 3, 211 (Neufassungen!). — Das Gesetz gebraucht auch die zusammenfassenden Wendungen „strafbare Handlung“ (= tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung), z. B. §§ 51–54, 59, 190, 257; „eine mit Strafe bedrohte Handlung“ (= tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung) in §§ 42 b, 48, 49, 330 a. Die Abgrenzung ist nicht immer einfach, zumal in den Gesetzen keineswegs immer dem gleichen Wort der gleiche Sinn entspricht. Vgl. Vorbem. III A 3 vor III. Abschnitt und § 86 Anm. II.

II. Praktische Bedeutung hat die Dreiteilung heute als technisches Mittel zur Vereinfachung der Gesetzessprache durch Zusammenfassung von Gruppen. Hier reicht sie so weit und greift so tief, daß die Grenzen der drei Tatgruppen eindeutig klargestellt werden müssen. Vgl. StGB §§ 6, 20 a, 25, 27 a, insbes. § 27 b, 29, 40, 42 c, 42 I, 43, 49, 49 a, 49 b, 67, 74, 138, 143, 151, 241, 257; StPO §§ 112 II, 113, 153 ff., 200 II, 201, 233, 266 II, 374, 407, 413, 429 e, 433; StRegisterVO § 3 II.

III. Rückblick und Ausblick. Einen tieferen Sinn hatte die **Dreiteilung** in der Zeit, in der das neuere Strafrecht wurzelt (vor und nach 1800). Sie entstammt dem Naturrechtsdenken des 18. Jahrhunderts (a. A. Welzel JZ 51, 754) und hat verschiedene gedankliche Wurzeln, die mannigfach miteinander verflochten sind und von denen schwer auszumachen ist, welche die primäre, die die anderen bedingende ist. a) Ein Gedanke ging dahin, daß echtes kriminelles Unrecht eine Verletzung von „Rechten“ enthalten müsse, und daß hierbei zwischen „angeborenen“ (z. B. Leben) und „erworbenen“ Rechten (z. B. Eigentum) unterschieden werden müsse; daß diesen Rechtsverletzungen gegenüberzustellen sei die bloße Zuwiderhandlung gegen Ge- und Verbote. b) Teils in Verbindung hiermit (zum anderen Teil freilich aus selbständigen politischen Beweggründen) entstand der Gedanke, daß über Verletzung angeborener Rechte ungelehrte Richter urteilen könnten und sollten, daß dagegen Verletzungen erworbener Rechte nur der Kenner des Gesetzes zutreffend beurteilen könne; während bei bloßen Ungehorsamsfällen ein Polizei- oder Friedensrichter die Gesetzesfolge aussprechen möge. c) Die sich herausbildende Unterscheidung von entehrenden und nichtentehrenden Strafen deckte sich hiermit teilweise. Das Ergebnis des 18. Jahrhunderts war im wesentlichen folgendes:

1. Verletzung angeborener Rechte, z. B. Mord, aber auch schwere politische Untaten: crime, Verbrechen; entehrendes Zuchthaus; Volksrichter, cour d'assises, Geschworenengerichte. — 2. Verletzung erworbener Rechte, z. B. Diebstahl délit, Vergehen; Gefängnis, sühnend, aber nicht grundsätzlich entehrend; Juristengericht, tribunal correctionnel, Strafkammer. — 3. Bloßer Ungehorsam, z. B. unerlaubtes Schießen, zu schnell fahren, nicht begriffsnotwendig verbunden mit Verletzung von Rechten, u. U. mit der Gefährdung solcher: contravention, Übertretung; Haft, Denkkettel ohne Sühnecharakter und ohne Ehrminderung; Juge de paix, Friedensrichter, Polizeirichter, in Deutschland später Schöffengerichte. — So Frankreich 1791, 1810; Bayern 1813; dann vielfach im In- und Ausland.

Nach 1800 Entwertung der Dreiteilung. Zunächst durch die geistige und politische Umstellung vom Naturrecht auf Gesetzespositivismus: bestraft wurde nicht mehr die Verletzung von Rechten, sondern von Gesetzen; und ein Unterschied von angeborenen und erworbenen Rechten wurde nicht mehr anerkannt. Der Wert der Dreiteilung lag im wesentlichen nur noch darin, daß sie die Gerichtszuständigkeiten erkennen ließ, im übrigen waren aus Artunterschieden Gradunterschiede geworden. Bald verschwand auch dieser Formalwert, da aus Zweckmäßigkeitsgründen die Gerichtszuständigkeiten sich nach unten verschoben, d. h. immer mehr Verbrechen vor die Strafkammern, Vergehen vor den Einzelrichter kamen. Trotz Verflüchtigung des Grundgedankens und Entwertung der Dreiteilung und trotz zunehmender Kritik an ihr wurde sie (unter dem Einfluß der aus dem Gebiet des Code Pénal stammenden rheinpreußischen Juristen) in das Preuß. StGB. v. 1851 übernommen, von da in das RStGB. Seitdem aber hat sie sich eingebürgert. Auch im Volksbewußtsein ist der Unterschied von Verbrechen und Vergehen lebendig (so mit Recht KG in DRZ 47 162 = JR 47 98). Wie der französische Entw. 1934 und das Schweizer StGB von 1937 (1942) halten auch die deutschen Entwürfe bis 1933 an ihr fest. Ebenso die Große Strafrechtskommission 1955 (mit der Maßgabe, daß die Übertretungen teils Vergehen, grundsätzlich aber Ordnungswidrigkeiten werden sollen, vgl. Bericht Dreher ZStW 66, 577 ff. sowie § 13 Entw. 59).

Das ist um so bemerkenswerter, als die Entw. mit ihren zahlreichen und weitgespannten Straffänderungsgründen zugleich eine Entwicklung anbahnten, die sich nach 1933, aber auch noch nach 1945 (vgl. insbes. die Abschn. 2 und 3 des Bes. Teils) vielfach übersteigerte: die starke Verlagerung der Entscheidung über die Strafhöhe vom Gesetzgeber auf den Richter. Die neuen Strafgesetze seit 1933 umgrenzten zwar die Tatbestände. Aber die Schwere ihres Unrechtsgehalts zu bestimmen, überließen sie weitgehend dem Richter, dem sie Straffrahmen von äußersten Spannweiten zur Verfügung stellten, und zwar meist ohne konkrete Anweisungen für seine strafzumessende Tätigkeit. Eine gesetzliche Strafdrohung, die für die gleiche Tatbestandsverwirklichung leichte Gefängnis- oder gar Geldstrafe bis zu schwerster Zuchthausstrafe androht (vgl. Vorbem. II C vor § 1), bedeutet ohne solche Anweisung einen Verzicht des Gesetzgebers darauf, diesen Tat-Typ einzustufen. Dies soll im Einzelfall der Richter tun. Aber damit hat § 1 nichts zu tun, denn dieser geht von der generell angedrohten, nicht von der individuell verwirkten Strafe aus (vgl. Anm. IV). Er wollte Typen einstufen; der Richter sollte nur entscheiden, welchem Typ die Tat entsprach.

IV. Aus dieser Standpunktverschiebung, aus der weitgehenden Verlagerung der wertenden Tätigkeit vom Gesetzgeber auf den Richter einerseits, der Beibehaltung des gegenteilig orientierten § 1 mit seinen weittragenden Folgerungen (Anm. II) andererseits, waren im Bereich der neuen Strafgesetze **Schwierigkeiten** entstanden, deren annähernde Lösung in den Vorauslagen nach folgender Richtung gesucht wurde: Nicht sei möglich der Übergang von der abstrakten zu einer wirklich konkreten Betrachtung, d. h. von dem Grundsatz, die Einstufung der Straftaten nach der gesetzlich angedrohten Strafe vorzunehmen, zu dem Grundsatz, dies nach Maßgabe der im Einzelfall verwirkten Strafe zu tun. Es würde, wenn die Verwirrung nicht hoffnungslos werden soll, zur Voraussetzung haben müssen, daß der § 1 mit allen seinen Konsequenzen geändert würde. Möglich sei nur, innerhalb jener weitgespannten Tatbestände abgestufte Wertgruppen zu bilden, soweit das Gesetz dies irgend ermögliche. Beispiel aus den „besonders schweren Fällen“: Nicht zwar dürfe und könne für die Einstufung als Verbrechen oder als Vergehen maßgebend sein, ob der Einzelfall endgültig mit Zuchthaus oder mit Gefängnis gestraft werde; denn eine Einstufung müsse schon vor Beginn des Verfahrens erfolgen (z. B. wegen Zuständigkeit, Verjährung usw.). Wohl aber sei maßgebend, ob bei solcher Prognose der Fall in die Gruppe der „besonders schweren“, grundsätzlich mit Zuchthaus „bedrohten“ Fälle gehöre, oder aber in die Gruppe der einfachen, die grundsätzlich mit Gefängnis bedroht seien. Nicht also Übergang zu einer konkreten, sondern zu einer „konkreteren“ Betrachtung.

V. Allerdings müssen die „besonders schweren Fälle“ und ähnliche Gruppen, die den Herd der konstruktiven Schwierigkeiten bildeten, dem System der Dreiteilung eingeordnet werden, nicht umgekehrt. Dies ergibt ihre Struktur ebenso wie ihre Geschichte. Vgl. Vorb. A IV 2d vor § 13.

Zu unterscheiden sind

1. die „unbenannten“ besonders schweren Fälle, die auf die Entwürfe vor 1933 zurückgehen und dort bestimmt waren als Fälle, in denen „der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung oder wegen ihrer verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist“ (§ 77 II E 1927);

2. die „benannten“, die zwischen 1933 und 1945 in §§ 263 IV, 266 II, 292 II, 293 II StGB sowie in § 294 III Aktien-Ges., 95 II Börsen-Ges., 81 a II GmbH-Ges., 146 II Genossenschafts-Ges. und 34 II Depot-Ges. eingeführt wurden.

3. Die Streichung der Beispiele in §§ 263 IV, 266 II und die Einführung weiterer, meist „unbenannter“ Fälle durch die Änderungsgesetze von 1953 und 1951.

Im Gegensatz zu der ersten Gruppe begnügte sich die zweite mit objektiv oder subjektiv schweren Fällen und führte diese nicht abschließend, sondern nur beispielsweise auf. Sie band also den Richter weit weniger als bei richtiger Auslegung die „unbenannten“, die in Wahrheit den vor die Klammer gezogenen Inhalt des § 77 II E 27 bargen. An diesen und nicht an jenen hat sich daher die heutige, durch die Streichungen in §§ 263, 266 freier gewordene Auslegung wieder zu orientieren, und zwar folgerichtig auch insofern, als sie ohne Einfluß auf die Qualifikation sind; so ausdrücklich die Entwürfe, vgl. § 11 III E 27.

Im Ergebnis ist daher dem RG zuzustimmen, das hier eine Änderung der Deliktssklasse verneint. Vgl. insbes. E 69 168, ferner E 59 127, 60 145, 68 391, 69 49, 340, 71 104. Der BGH schließt sich an: BGHSt 2 181, 3 47 (auch für Übertretungen; ebenso BayObLG MDR 52 566, Braunschweig GA 1956 56). — De lege ferenda vgl. die Beschlüsse der Großen Strafrechtskommission ZStW 67, 82 ff. (Bericht Dreher) sowie Mat. I 80, 83, wo dargelegt ist, daß diese Wertgruppenbildung etwas Neues, Drittes zwischen Strafzumessungsgründen einerseits, Vertatbestandlichung andererseits darstellt.

VI. Übersicht. Folgende Ansichten werden in dieser Streitfrage vertreten:

1. **Abstrahierend:** Die schlechthin höchste Strafmöglichkeit entscheidet, gleichviel ob der Straferhöhungsgrund benannt oder unbenannt ist. So Gerland, 2. Aufl. S. 90 Note 4, der ORA zu E 60 115. Jeder Betrugsfall wäre hiernach durch § 263 IV zum Verbrechen geworden.

2. **Generalisierend:** Der ordentliche Strafrahmen ist maßgebend auch für die Qualifikation besonders schwerer Fälle usw. Diesen Standpunkt teilt der Text mit dem RG, dem BGH — dazu Gutzke NJW 56, 580 — und der herrschenden Lehre.

3. **Spezialisierend:** So Engisch, SJZ 46 S. 232, Wertgruppen bildend. Grundsätzlich ebenso schon Kohlrausch in den Vorauf. ; vgl. oben zu IV.: Soweit ein Fall in concreto der schwereren oder leichteren Gruppe unterfällt, wird er zum Verbrechen usw. Doch will Kohlrausch nur den „benannten“ Fällen der §§ 292 II usw., Engisch allen Strafänderungsgründen diese Wirkung beilegen. Vgl. dens. SJZ 48, 660, Idee der Konkretisierung (1953) 51. Ebenso jetzt Schönke-Schröder II 3 unter Hinweis auf § 94 (dazu vgl. Anm. dort).

4. **Differenzierend** innerhalb der „benannten“ Fälle: Mezger, Grundriß 2. Aufl. S. 63 (anders StBI § 103 III), Olsh.-Nieth. § 1, 8 d, die in §§ 292 II usw. die Beispiele als strafändernd behandeln wollten, den durch sie erläuterten Allgemeinbegriff dagegen nicht. BGHSt. 8 168 betr. § 129 Abs. 2, die ebenso unterschied, ist durch BGHSt. 11 233 aufgegeben.

5. **Konkretisierend:** Nicht die angedrohte, sondern die im Einzelfall verwirkte Strafe ist maßgebend. So früher Schönke, § 1 III 1 — aufgegeben seit der 4. Aufl. — und — für die VRStVO, die eine Sonderregel vorsah — Frankfurt SJZ 46 231, anders aber in SJZ 48 638 betr. § 218. Ferner KG DRZ 47 99 (Niethammer), 162.

Die Auffassung zu 1. wird durch das Gesetz selbst widerlegt, das in §§ 142, 153, 218 II, 240, 267, 281, 348, 353 b u. c usw. den Versuch auch bei Vorliegen besonders schwerer Fälle ausdrücklich mit Strafe bedroht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist allerdings versuchte Untreue auch in schweren Fällen nicht strafbar. Aber der Vorwurf, daß dies angesichts der Strafbarkeit der versuchten Veruntreuung (§ 246) unbefriedigend sei (so Kohlrausch hier in den früheren Aufl.), richtet sich in Wahrheit gegen den Grundtatbestand; seine Berechtigung ist im übrigen umstritten (Niethammer, DRZ 47, 100). — Zu 3. ist die Unterscheidung zwischen „tatbestandlichen“ und persönlichen Strafänderungsgründen innerhalb dieser Fallgruppe nicht durchführbar, wie Engisch nachgewiesen hat. Alle Versuche, etwa „mildernde Umstände“ von „minder schweren Fällen“ abzugrenzen, sind gescheitert (Nagler, LK 6. Aufl. S. 172). Gesteht man aber mit Engisch allen Strafänderungsgründen Bedeutung für die Zuordnung nach § 1 zu, so läuft dies auf die Auffassung zu 5. hinaus. Dies ist weder mit dem Wort und dem Sinn des § 1 — „bedroht“, nicht „verwirkt“ — noch mit der Struktur der Entwürfe vereinbar und führt praktisch zu größter Unsicherheit (Niethammer, DRZ 47, 100). — Die Auffassung zu 4. ist logischen Einwänden ausgesetzt, da sie das Beispiel anders behandeln will als den Grundbegriff, dem es angehört, und deshalb auch mit Recht von BGHSt. 11 233 aufgegeben.

Nur teilweise rechtsähnlich ist die Gegenüberstellung von sog. abstrakten und konkreten Maßstäben in § 2 Abs. 2, bei der wahldeutigen Tatsachenfeststellung und in § 73. Vergleiche können hier mehr irreführen als fördern. — 1. Daß es in den beiden ersten Fallgruppen darauf ankommt, welches der Gesetze im Einzelfall die mildeste Beurteilung zuläßt, ist nicht nur sachgemäß, sondern selbstverständlich. So deshalb immer die Rechtspr. zu § 2: E 33 190 bis 71 42, 75 210, ebenso BGH JR 53 109 (= LM Nr. 2 zu § 200). Entspr. für die Wahlfeststellung E 68 626, BGHSt. 1 276. Für § 1 folgt hieraus nichts. — 2. § 73 fordert, wie § 1, einen „abstrakten“ Maßstab: „androht“, i. Gegs. zu § 74: „verwirkt“. Daran konnte und wollte auch das RG nichts ändern. Es hatte aber für § 73 die Abstraktheit überspannt, indem es nach Einführung der „besonders schweren Fälle“ einen Einheitsstrafrahmen annahm, also z. B. annahm, bei „Betrug“ reiche nunmehr der StrRahmen von 3 RM Geldstrafe bis zu 10 Jahren Zuchthaus. Um die absurden Folgen abzubiegen, die sich für § 73 heraus ergaben, hatte der GSStr. aus § 73 den vernünftigen Satz herausgelesen, bei Tateinheit dürfe das Mindestmaß des milderen Gesetzes nicht unterschritten werden. Die Frage: „abstrakte oder konkrete Betrachtung?“ hatte er unentschieden gelassen (E 73 148). Weiter waren dann E 75 191 und DR 41 1659 gegangen, die sich freilich auf den GSStr. zu Unrecht beriefen. Für § 1 jedenfalls ist die Parallele zu § 73 unergiebig. Daß der StrRahmen für Betrug von 3 RM bis 10 Jahr. Zuchth. reiche, ist für § 1 auch vom RG nicht behauptet worden. Es würde bedeutet haben, daß seit Einführung der „bes. schw. Fälle“ jeder Betrug ein Verbrechen sei!

VII. Der ordentliche Strafrahmen, nicht die verwirkte Strafe, auch nicht die Ausnahmegruppe, ist hiernach für die Zuordnung nach § 1 maßgebend. So ausdrücklich auch § 11 III E 27.

In einzelnen Fällen stehen Verbrechen- und Vergehensstrafrahmen nebeneinander. So in §§ 94 (vgl. dort Anm. II), 142, 174 n. F., 224, 226, 8 Sprengstoff-Ges.

Hier ist jeder Strafrahmen in seinem Bereich maßgebend. Das folgt aus ihrer vom RG stets anerkannten Gleichwertigkeit. Vgl. E 75 240. Anders BGHSt. 2 394,

Braunschweig DRZ 48 106, und durchweg früher das RG: E 39 160, 52 344, 74 287 ohne Begr., E 42 397 unter Bezugnahme auf die Motive, die jedoch dieses Problem noch nicht kannten. Lediglich in den Fällen der §§ 185, 186, in denen das System des § 1 durch die Einfügung der Haftstrafe in den Reichstagsverhandlungen bewußt durchbrochen wurde (Schütze in GoltdA 20, 362), ist durchgängig ein Vergehen anzunehmen. Dagegen liegt in allen anderen hier genannten Fällen echte Zwitterbildung zwischen Verbrechen und Vergehen bzw. Vergehen und Übertretung vor.

Die Frage, ob in solchen Fällen bei Anwendung des Vergehensstrafrahmens der Versuch strafbar ist, entscheidet sich nach der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers im Einzelfall. A. A. insoweit BGHSt. 2 396, weil damit auf die im Einzelfall verwirkte Strafe abgestellt werde; es handelt sich aber darum, welcher unter zwei gleichwertigen Regelstrafrahmen generell auf Handlungen von solcher Schwere zutrifft, KG in DRZ 47 99 und 162. § 43 II StGB steht der hier vertretenen Meinung nicht entgegen. Denn diese Bestimmung meint nur den Fall, daß ein Vergehen selbständiger Deliktstyp ist; der Fall des doppelten Strafrahmens kam im Jahre 1871 noch nicht vor, soweit Versuchsfragen in Betracht standen.

VIII. Tatbestandsänderungen. Wo das Gesetz nicht nur Sondergruppen innerhalb einzelner Tatbestände bildet, denen wegen ihrer mangelnden Bestimmtheit oder wegen ihrer bloß exemplifikativen Methode keine tatbestandliche Qualität zukommt, sondern die Deliktstypizität ändert, sei es in objektiven oder subjektiven Merkmalen, sei es innerhalb einer Bestimmung oder durch Schaffung einer neuen, da ändert sich mit dem Strafrahmen auch die Zuordnung nach § 1. So in § 243 gegenüber § 242, in §§ 224 bis 226 gegenüber 223. So machen aber auch die schweren Folgen in §§ 221 IV, 321 II, 340 II oder eine besondere Absicht in §§ 94, 235 III, 313 II, 356 II aus Vergehen Verbrechen oder umgekehrt. Ebenso die Gewerbsmäßigkeit, z. B. § 260, aber auch der Rückfall (über seinen strukturellen Gegensatz zu dem Täterstrafrecht des § 20a vgl. Bockelmann, Studien I S. 11 ff., 27, aber auch Dreher GA 1953, 129).

Nulla poena sine lege, Rückwirkungsverbot

§ 2

(1) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

(2) Die Strafe bestimmt sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt. Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

(3) Ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit erlassen ist, ist auf die während seiner Geltung begangenen Straftaten auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist.

(4) Über Maßregeln der Sicherung und Besserung ist nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

Schrifttum über Analogie, Gewohnheitsrecht, Auslegung: Binding, Hdb. §§ 4, 46, 47; v. Weber, ZStW Bd. 56 S. 653 ff. (beide zur Geschichte). — H. Mayer,

Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 47, 12ff. — Schönke, Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im StrR, MDR 47, 85. — Schönke-Schröder, Komm. zu § 2 (rechtsvergl.). — Germann, Analogieverbot usw. SchwZStR 61, 119; Methodische Grundfragen, 1946. — Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953. — Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956, 63ff. 85ff., 134ff. — Bender, Zur Methode usw. JZ 57, 593.

Übersicht: Zu Abs. 1: Anm. I—III (Analogie, Gewohnheitsrecht, Auslegung); zu Abs. 2—4: Anm. IV—X (Rückwirkung).

I. Analogieverbot.

Abs. 1 stellt mit Verfassungskraft (Art. 103 Abs. 2 GG) drei Regeln auf: Nur ein Gesetz (jetzt im formellen Sinne, vgl. Bonner Komm. II 3c) zu Art. 103 GG, LK Art. 103 Anm. 1d (S. 50), H. Mayer S. 85; a. A. Schönke-Schröder III 3) kann eine Handlung zum Verbrechen machen (*nullum crimen sine lege*), und nur ein Gesetz kann eine Strafe hierfür bestimmen (*nulla poena sine lege*). Drittens muß die Strafbarkeit der Tat und nach heute einhelliger Auffassung auch die Strafe (vgl. NJW 53, 1162) bestimmt sein. Darin liegen drei Verbote: a) Ausschluß gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung im Strafrecht; b) Verbot entsprechender (sog. „analoger“) Anwendung eines Strafgesetzes auf rechtsähnliche Fälle. (Zu b: a. M. insbes. Binding, Hdb. §§ 46, 47, der aber hierbei unter Analogie wohl nur sinngemäße Auslegung verstanden hat, nicht entsprechende Anwendung auf Fälle, die durch den Wortlaut überhaupt nicht mehr gedeckt waren. Kritisch zum Analogieverbot ferner Germann sowie Sax a. a. O.). c) Verbot absolut unbestimmter Strafdrohungen. A. A. früher RG: E 56 318, dagegen Frank I und Lange, MatStRRef. I 70ff., Wegner S. 375ff. mit Nachweisen.

Analogie zugunsten des Täters bleibt möglich und ist u. U. geboten. So grundsätzlich E 56 168. So wurde die Verfolgung der Untreue von Angehörigen analog den §§ 247, 263 V von einem Antrag abhängig gemacht in E 70 205, 71 323, 75 242 (jetzt legalisiert in § 266 Abs. 3). Der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes (Syst. Vorbem. III) ist durch Rechtsanalogie aus einer Reihe von Einzelbestimmungen zu gewinnen. Aber auch die Ausdehnung des § 73 auf gleichartige IdKonk. (vgl. vor und zu § 73) durch E 2 257 ist unbedenklich, da sie keine neue Strafbarkeit begründet. BGHSt. 6 133 faßt zutr. das Analogieverbot negativ: Strafbarkeit oder Strafdrohung so nicht begründbar. Für Prozeßvoraussetzungen, wie Antragserfordernisse, gilt § 2 oder ein sonstiges Analogieverbot nicht.

II. Der Ausschluß des Gewohnheitsrechts betrifft ebenfalls nur die Strafbegründung.

Es gilt im Strafrecht unmittelbar, soweit es derogierende Wirkung ausübt, wie gelegentlich in Nebenstrafgesetzen, oder soweit es zur Strafmilderung oder -ausschließung führt. Vgl. Köln NJW 51 974. So, wenn man die Bildung der Begriffe des Fortsetzungszusammenhangs oder des übergesetzlichen Notstandes zum Gewohnheitsrecht rechnet (Schönke-Schröder, § 2 IV). Mittelbar, soweit das Strafrecht auf gewohnheitsrechtliche Bildungen in anderen Rechtsgebieten zurückgreift. E 46 111. Insoweit kann es auch zur Erweiterung der Strafbarkeit führen. So bei den Vorfällen über Rechtspflicht zum Reden oder Handeln beim Betrüge (unten zu § 263) oder die Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges bei den unechten Unterlassungsdelikten (Gerland, 129 N 3; L.-Schm., § 32 III N 17). Vgl. ferner BGHSt. 11

241 über gewohnheitsrechtliche Züchtigungsbefugnis des Volksschullehrers, die durch Verwaltungsanordnungen nicht aufgehoben werden kann.

III. Schärfer als in jedem anderen Rechtsgebiet ist daher die Rechtsanwendung auf die **Auslegung** des Gesetzes beschränkt. Auslegung ist dabei im weitesten Sinne zu verstehen. Sie umfaßt die — analytische — Interpretation der Einzelbegriffe (z. B. der „Wegnahme“ in § 242), die — synthetische — Konstruktion der Rechtssätze (z. B. den logischen und teleologischen Sinngehalt des § 243, vgl. dort Anm. I) und die den Rechtszusammenhang als Ganzes einbeziehende Systematik (z. B. Vorb. I vor § 242 und vor § 263 betr. Eigentums- und Vermögensdelikte; BGHSt. 2 194 über Tatbestands- und Verbotsirrtum). Vgl. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* 1947, 9 ff.

Für die Auslegung war immer und ist auch heute auf Sinn und Zweck des Gesetzes zurückzugehen. E 62 372, BGHSt. 6 396 und 10 196f. Denn der Wortlaut eines Gesetzes ist selten eindeutig. Beispiele: Was ein „Mensch“ i. S. der Strafgesetze ist (bis wann die Tötung eines Neugeborenen unter § 218, von wann ab sie unter § 211 fällt); was eine „Sache“ i. S. der §§ 242ff. ist (ob auch Gas, Luft, Energien, Forderungen „gestohlen“ oder „unterschlagen“ werden können); was eine „Urkunde“ i. S. der §§ 267ff. ist (ob nur Schriftstücke, ob nur beweisbestimmte) — diese und unzählige ähnliche Fragen von größter Tragweite lassen sich aus dem Wortlaut der Gesetze nicht beantworten. Darüber hinaus ergeben sich aus dem jeweiligen Sinn und Zweckzusammenhang oftmals unterschiedliche Bedeutungen. So BGHSt. 5 87 (betr. „Verletzter“), 6 107 (betr. „Gebäude“), 9 144 (betr. „Absicht“), 11 366 (betr. „Bier“).

Jede juristische Auslegung ist teleologisch, wobei Telos nicht als sozialer Nützlichkeitseffekt, sondern als Wert Gesichtspunkt zu verstehen ist. Auszugehen ist daher von den Zielen der Auslegung, sodann sind ihre Mittel und Arten festzustellen. Im einzelnen:

A. Die Ziele der Auslegung:

1. In erster Linie hat sie der Gerechtigkeitsidee zu entsprechen, wie sie in der Wertwelt unserer Kulturgemeinschaft gebildet und im Einklang damit in den Rechtsüberzeugungen unseres Volkes lebendig ist. Treffend Pfalz, DRZ 47 236 (betr. § 240, vgl. Syst. Vorbem. III 2c) und Engisch a. a. O. 77.

2. Daneben ist die Auslegung am Wert der Rechtssicherheit, insbes. am Ordnungszweck des Rechtes zu orientieren. Auch das Ziel zu 1. kann nur in diesem Rahmen angestrebt werden. Das folgt unmittelbar aus dem Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit. Vom Gesetz bewußt gezogene feste Grenzen, z. B. des Schutzes bei gewissen Sittlichkeitsdelikten, sind daher zu beachten, auch wenn die ratio legis specialis zu ihrer Über- oder Unterschreitung im Einzelfall drängt. Beim übergesetzlichen Notstand (System. Vorbem. III) darf die Zwecktheorie wegen ihrer Unbestimmtheit nicht ohne nähere Bestimmungsgründe verwendet werden. Aus den §§ 52, 53 III, 54 die allgemeine Schuld voraussetzung der Zumutbarkeit herzuleiten, würde zu völliger Subjektivierung des richterlichen Urteils führen und damit die Sicherheit der Rechtsanwendung vernichten. Vgl. aber BGHSt. 6 58 (dazu Syst. Vorbem. IV 3).

Wo das Gesetz selbst das hiernach erforderliche Minimum der Bestimmtheit unterschreitet, kann sogar die Anwendbarkeit in Zweifel gezogen werden. Vgl.

Welzel, § 62 III 4 zu § 170d „sittliches Wohl“, H. Mayer, MatStrRRef. I 267 ff. betr. §§ 170d, 240, 253, 330c und die oben Syst. Vorb. III (S. 19) zit. Entsch. des BayVerfGH.

3. Andererseits gibt das Strafrecht außerrechtlichen Gegeninteressen Raum. Der Rechtswert ist das Wertgefüge im Gefüge der Werte (Bauch). Er kann nicht losgelöst von den übrigen Kulturwerten verwirklicht werden. Dem trägt das StGB Rechnung, wenn es den Ehegatten- und Aszendendentendiebstahl für straflos erklärt, weil ihre Strafverfolgung mehr Schaden als Nutzen stiften würde. Aus ähnlichen Gründen ist auch für die Auslegung der Sittlichkeitsdelikte zu beachten, daß der Gesetzgeber eine begründete Scheu hat, allzu tief in die Intimitäten des Familienlebens einzudringen. Die Auslegung des allzu weitgefaßten § 266 hat zu berücksichtigen, daß der redliche Unternehmergeist nicht gelähmt werden darf, wie überhaupt die Freiheitsphäre der wirtschaftlichen Betätigung und der persönlichen Initiative zu respektieren ist: Art 1 und 2 GG.

4. Im Rahmen dieser allgemeinen Wertgesichtspunkte ist die *ratio legis* der auszulegenden Einzelbestimmung zu ermitteln, in erster Linie also deren spezieller Schutzzweck. Er erhellt vor allem aus dem zu schützenden Rechtsgut, vgl. E 37 2 und das Material bei Schwinge, Teleologische Begriffsbildung 1930, 34. Nur auf das Rechtsgut stellt Mezger StB II § 3 ab. Aber dessen Bestimmung ist auch bei den geläufigsten Delikten nicht immer einfach. Diebstahl: Eigentum, Besitz? Erpressung: Vermögen, Freiheit? Abtreibung: keimendes Leben, Volkskraft, Gesundheit der Frau? Daneben ist eine Fülle anderer Momente zu beachten, z. B. gesteigerte oder geminderte Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit der Handlung oder Schutzwürdigkeit des Objekts (Mord, Totschlag, Kindestötung, gemeiner, schwerer, leichter Diebstahl), die Erfassung bestimmter Gesinnungsmomente (böswillig, gewissenlos) oder kriminologischer Tätertypen (Zuhälter). Aus der Korrespondenz der Begriffe Verbrechen und Strafe folgt, daß auch die Strafhöhe bedeutsame Anhaltspunkte für die Auslegung der Norm liefert. Vgl. Hamm SJZ 48, 613, Hessen HEst. 1 154, auch BGH JZ 52 484 (dazu oben Syst. Vorbem. I, Schönte-Schröder VI 2b) und Germann, Meth. Grundfr. 78 ff.

5. Aber nicht nur die Einzelinterpretation und Konstruktion, auch die Systematik ist teleologisch zu orientieren. Verfehlt ist es z. B., die Regel des sogenannten Verbotsirrtums (BGHSt. 2 194) unterschiedslos auf vorsätzliches Töten oder Mißhandeln einerseits, „vorsätzliches“ Parken oder Kartoffelanbauen andererseits zu beziehen und damit den elementaren Wertgegensatz der beiden Gruppen zu ignorieren, der überdies durch das OWG ausdrücklich zur teleologischen Basis unseres gesamten Sanktionensystems erklärt worden ist. Näheres in Syst. Vorb. IV 4b und § 59 Anm. V 3 d.

6. Verfassungskonform zu sein, wird neuerdings der Auslegung als weiteres Ziel gesetzt. So namentlich die Verfassungsgerichte: BVerfGE 2 282, 7 205 (= JZ 58 120, Fall Lüth-Harlan), BayVerfGE 5 II 53, 54, Hess VGH Slg. 4 133. Ferner Wintrich, Festg. für Laforet (1952) 243, 249, Nipperdey, Grundrechte II 23, 24 und DVBl. 58, 445, Bachof JZ 56, 273.

In Mat. StrafrRreform I 69 ff. wurde bereits die verfassungsmäßige Bindung des Strafgesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz, den Rechtsstaatsgedanken und die Gewaltenteilung des GG dargelegt. Gleiches gilt erst recht für die Anwendung des Strafrechts. Dazu eingehend unten Vorb. AI vor § 13.

Ungeklärt war aber bisher das Verhältnis zum Gesetzeszweck. Das Lüth-Urteil stellt das Postulat der Verfassungskonformität ohne Einschränkung auf. Hingegen bemerkte BVerfGE 2 282: „Daß dabei (sc. bei der verfassungsmäßigen Auslegung des Gesetzes) nicht der Gesetzeszweck außer acht gelassen werden darf, versteht sich von selbst (vgl. BayVerfGH, DÖV 52 373)“; ähnlich Nipperdey a. a. O.: „verfassungskonforme Auslegung der Gesetze, natürlich unter Beachtung des Gesetzeszwecks“. Vgl. jetzt aber BVerfG in NJW 58 1227 (unten zu c).

In Wahrheit handelt es sich nicht, wie es hiernach scheinen könnte, um voneinander unabhängige Größen. Die Verfassungsgrundwerte, denen die Auslegung entsprechen muß, sind gegenüber den oben zu 1—3 entwickelten allgemeinen Zwecken nicht ein aliud, sondern prägen sie nur schärfer aus.

a) Für die zu 1 und 2 genannten Ziele ist dies ohne weiteres ersichtlich. Vgl. BVerfGE 7 92: „Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die Voraussehbarkeit, sondern auch die Rechtssicherheit und die materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit.“ Ähnlich BVerfGE 3 237 und 253, 7 205. Diese Materialisierung des Rechtsstaatsbegriffs forderte bereits „Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung“ (J. C. B. Mohr, 1952).

b) „In erster Linie sind die Grundrechte dazu bestimmt, die Freiheitsrechte des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.“ So BVerfGE 7 204 (= JZ 58 120). Ihr Akzent liegt demnach auf der Garantie der außerrechtlichen Gegeninteressen (oben zu 3). Vgl. für das Recht auf körperliche Unversehrtheit BGHSt. 11 113, für das Strafverfahren Eb. Schmidt, Lehrkomm. I 146 Nr. 279.

c) Darüber hinaus erklärt BVerfGE 7 205f.: „Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“. Diese auch das Strafrecht treffende Mediatisierung der großen Kodifikationen geht auf ihre Eigenfunktion als Aufbau und Ausgestaltung fest umrissener Ordnungsbereiche, die in zunehmendem Maße formal bestimmt werden müssen, auf das Eigengewicht ihrer Tradition und die Bedeutung ihrer konkreten Wertentscheidungen nicht ein. Die von Max Weber (Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, S. 16ff.) gezeigten vielfachen Bestimmungsgründe sozialen Verhaltens und damit auch rechtlicher Gestaltung können nicht auf einen einzigen, den der Wertrationalität, reduziert, die Fülle jener Gesichtspunkte darf nicht unter Bezugnahme auf sehr abstrakte und allgemeine Grundsätze beiseite geschoben werden. Sonst droht die Gefahr einer Rückbildung des Rechts zu Sitten- und Schurkenparagrafen und der Zerstörung seines Ordnungswertes durch Subjektivierung und Politisierung. Methodologisch müssen ferner die großen Wertdeklarationen des GG von der konstitutiven und — namentlich im Sanktionsrecht — sozialerzieherischen Funktion der Einzelgesetze unterschieden werden, in Zusammenhang damit die begrenzende, mehr negative Funktion einer höchsten kritischen Instanz von der Vorstellung, mit ihr zugleich im Besitz gebrauchsfertiger oder doch entwicklungsfähiger positiver Ordnungsnormen zu sein, die als Einzelregelung höheren Ranges ipso iure Bestehendes verdrängen. In der Naturrechtslehre ist dies längst bekannt. Die großen Kodifikationen sind aus allen diesen Gründen nicht einfach Ausführungsgesetze zum Grundgesetz. Ihre Einzelnormen können von ihm in Grenzen gewiesen oder erstreckt (BVerfGE 2 336 zu § 172 StPO a. F.), jedoch grundsätzlich nicht „inhaltlich ausgerichtet“ werden (so aber BVerfG a. a. O.). Erheblich zurückhaltender

jetzt BVerfG in NJW 58 1227 (S. 1435 Anm. Stern mit Nachweisungen): „Keinesfalls darf . . . eine . . . verfassungskonforme Auslegung das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkte verfehlen oder verfälschen.“ Damit wird die Eigenständigkeit der Gesetze beachtet, auf deren Bedeutung auch Dürig (Festschr. f. Nawiasky, 1956, S. 157 ff., 164, 176 f.; DÖV 58, 196) für das Zivilrecht hingewiesen hat.

B. Die Mittel der Auslegung.

1. Der Lebenssprachgebrauch gibt nur einen ungefähren Anhalt. Seine Bedeutung liegt vor allem im Negativen: die Auslegung darf nicht sprachwidrig sein. Positiv verbindlich aber ist er nicht ohne weiteres. So versteht man unter „Waffe“ im Leben die typische Kampfzweck. Das Gesetz aber beschränkt den Begriff hierauf nur in einigen Fällen, z. B. §§ 127, 201. In § 223 a versteht es ihn in einem weiteren Sinne, bei §§ 123, 243 u. a. ist die Frage bestritten. Und während für den Lebenssprachgebrauch „gefährliches Werkzeug“ der Oberbegriff zu „Waffe“ ist, spricht § 223 a gerade umgekehrt von „Waffe, insbesondere . . . gefährlichem Werkzeug“. Vgl. RG in DJ 38 518. Lehrreich für die Problematik GrSen. in BGHSt. 1 158 betr. „umschlossener Raum“ gegen RG (st. Rspr.), ferner BGHSt. 11 306 (308) betr. „Krankheit“.

2. Der Gesetzessprachgebrauch, wenn auch verbindlicher als der des Lebens, beseitigt ebenfalls nicht alle Zweifel. „Besitz“ hat im bürgerlichen Recht und im Strafrecht sehr verschiedene Bedeutung. Unter „Krankheit“ verstehen die einzelnen Gesetze je nach ihren speziellen Zwecken sehr Verschiedenes; Übersicht in BGHSt. 11 304. „Kind“ ist nach dem JGG und dem StGB im allgemeinen eine noch nicht vierzehnjährige Person. In § 239 a II wird dagegen auch der Minderjährige unter 18 Jahren als Kind bezeichnet. Zweifelhafte ist die Grenze in § 170 d. Vgl. Anm. dort und Braunschweig, HEst. 1 48. Betr. „Gegenstand“ vgl. § 90 BGB einerseits, § 40 StGB und Anm. II dort andererseits. Weitere Beispiele oben vor A.

3. Die Absicht des Gesetzgebers. Über dem Wort steht der Sinn; freilich fängt, nach dem Wort eines großen Künstlers unserer Zeit, auch die Sünde gegen den Geist immer mit der Sünde gegen den Buchstaben an. Die Feststellung der Motive des Gesetzgebers, insbes. aus der Entstehungsgeschichte, führt unmittelbar an das Telos des Gesetzes heran. Aber auch ihre Verbindlichkeit ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen. „Das Gesetz ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist“: BGHSt. 10 159, vgl. auch 1 1. Das Leben geht weiter, die tatsächlichen oder Wertgrundlagen können sich entscheidend verändert haben. Es gibt lebendige und abgestorbene Traditionen. Verfehlt war es z. B., daß sich das RG bei der Ablehnung des Elektrizitätsdiebstahls auf den Sachbegriff des römischen Rechts berief, dem die Elektrotechnik unbekannt war. Gerade in solchen Fällen, in denen die historischen Absichten des Gesetzes nicht mehr tragen, werden wir auf ein weiteres Auslegungsmittel verwiesen:

4. den Systemzusammenhang.

Zunächst ist hier die Legalordnung zugrunde zu legen. So erhält der Sinn des § 330 a als „gemeingefährlicher Rausch“ aus der Stellung im 27. Abschnitt. Sehr starkes Gewicht legt BGHSt. 3 241, 245 (betr. § 132) auf die Legalordnung. Aber auch sie kann täuschen, so beim Hausfriedensbruch des § 123, der kein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung ist und nur aus technischen Gründen an der

Spitze des 7. Abschnitts steht. Die Auslegung muß daher in die Tiefe des inneren Sinnzusammenhangs gehen, das Gesetz als objektives, im ganzen der Rechtsordnung funktionierendes Sinngebilde erschließen, die immanente Ordnung des Gesetzes u. U. gegen die äußere Legalordnung, das, was das Gesetz vernünftigerweise nur bezwecken kann, u. U. gegen den historischen Willen des Gesetzgebers durchsetzen. Dieser Gegensatz zwischen objektiver und subjektiver Auslegungsmethode entfällt weitgehend da, wo der Gesetzgeber selbst durch Reformbestrebungen und Entwürfe oder durch Verfassungsbestimmungen der Auslegung eine neue Richtung weist. BGHSt. 1 166 verwertet die Entwürfe 1927 und 1930. Aber auch abgesehen davon ist der Widerspruch insofern nur ein scheinbarer, als der Wille des Gesetzgebers, richtig verstanden, gar nicht anders aufgefaßt werden kann, als daß das Gesetz bei späterer Anwendung veränderten Lebensverhältnissen und -wertungen zu entsprechen habe. — Wertvolle Vertiefung des Problems bei Engisch, Einf., 85—105, mit zahlr. Nachweisungen. — Zwischen zivilrechtlicher, mehr subjektiv, und strafrechtlicher, mehr objektiv orientierter Auslegung unterscheidet Mezger ZStW 59, 572 Anm. 36. Vermittelnd DOG NJW 1950 651 (dazu Eb. Schmidt MDR 50, 625, Mattern DRZ 50, 247). Entschieden objektivistisch BVerfGE 1 299, NJW 52 737, BGHSt. 1 76, 316. Vermittelnd BGHSt. 6 133 (betr. fahrlässige Tat bei § 330), 11 366 (betr. „Bier“). Vgl. auch Hamburg GA 1958 248. Subjektiv OGHSt. 3 48, Koblenz NJW 50 278, Düsseldorf NJW 50 279, Bremen NJW 50 280 (dagegen Schmidt-Leichner NJW 50, 278, 624, Dünnebieb DRZ 50, 426). Zur BGH-Rspr. weiteres Material in kritischer Sichtung bei Jescheck GA 1954, 324.

C. Die Arten der Auslegung sind die gleichen wie in den übrigen Rechtsgebieten.

1. Die erklärende Auslegung stellt mehrdeutige Begriffe fest (z. B. „Nachtzeit“ in § 243 Nr. 7: die Zeit zwischen Abend- und Morgendämmerung oder die ortsübliche Zeit der Nachtruhe?) und bestimmt den näheren Inhalt normativer Begriffe (z. B. „wichtiges Glied“ in § 224: Daumen, Ringfinger?). Doch ist sie nicht auf die Klärung von Einzelbegriffen beschränkt (vgl. den Anfang dieser Anm.).

2. Die berichtigende Auslegung stellt den Sinn des Gesetzes gegenüber dessen zu engem oder zu weitem Ausdruck her (z. B. Rücktrittsmöglichkeit nach § 46 für Teilnehmer über den Wortlaut „Täter“ hinaus, E 59 412; E 13 257 legt Einkriechen zutr. als „Einsteigen“ i. S. d. § 243 aus). Sie geht also davon aus, daß das Gesetz etwas anderes als das Erklärte wolle, setzt einen error in faciendo voraus. Einen unrichtigen Willen des Gesetzes (error in iudicando) feststellen und korrigieren zu wollen, hieße dagegen im kritischen Fall der ausdehnenden Rechtsanwendung über den Gesetzesinhalt hinausgehen und Analogie treiben. Über deren Grenzen oben zu I. So konnte der Gedanke, die durch Mißbrauch von Automaten begangene Leistungserschleichung zu strafen, im Jahre 1870 gar nicht gefaßt werden; ihn durfte daher der Richter nicht in das Gesetz hineinbringen. Richtig E 68 65. Beispiel extensiver Auslegung in BGHSt. 6 394 (zust. Niese JZ 57, 660) zu § 42 m (dort Anm. V 1). Auf der Grenze BGHSt. 10 96 f. (GrSen): „Entziehung“ einer nicht bestehenden „Fahrrerlaubnis“ und BGHSt. 10 46 (51 f.): § 98 II i. V. m. § 86 III bei Organisationsdelikten in Kannvorschrift umgedeutet, weil viele Härtefälle. Dem hätte aber der Gnadenweg eher entsprochen. Daß SBZ-Angehörige nicht unter § 100 d Abs. 2 fallen, entnimmt zutr. BGHSt. 10 46 (47) entgegen dem Wortlaut u. a. dem System des Gesetzes. Mit Recht verneint BGHSt. 11 199 (abl. Anm. Hartung in JZ 58, 443) aus der ratio legis des § 315a I Nr. 2 (vgl. dort Anm. IV) die

„Gemeingefahr“, wenn ausschließlich die individualisierten Autoinsassen gefährdet waren; ebenso treffend BGHSt. 11 148, wenn nur der Wagen des Täters in Gefahr war. — Motivirrtümer des Gesetzgebers gegenüber seinem erklärten Willen unbeachtlich: BGHSt. 1 79, 11 53, DOG NJW 50 652; kaum vereinbar damit BGHSt. 10 51 (s. o.). — BGHSt. 9 310 (318) betr. entspr. Anw. des § 129 Abs. 4 auf § 129a und § 90a versagt sich zu Unrecht dem Antrag des GenBundAnw., der die heute fast unpraktische Vorschrift kriminalpolitisch aktiviert haben würde. Vgl. § 153c StPO, der sich mit „Beiträgen“ zur Abwendung der Gefahr begnügt, sowie BGHSt. 11 324 (= JZ 58 669, Anm. Lange), die bei § 46 das kriminalpolitische Bedürfnis und das Gebot der Gerechtigkeit über das Gesetzeswort stellt.

IV. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung der Strafgesetze beherrscht das strafrechtliche Denken seit dem Beginn des 19. Jahrh. Feuerbach hat ihm die klassische Formulierung gegeben. Zu seiner Strafrechtstheorie gehört der Satz als integrierender Bestandteil, da die positive Strafdrohung nur abschrecken kann, wenn sie dem Täter vor der Tat bekannt war. Über die doppelte geschichtliche Wurzel des Satzes in staatsrechtlichen und strafrechtlichen Erwägungen und über seine Bedingtheit vgl. Binding, Hdb. § 4.

V. Gesetz ist hier der gesamte materiellrechtliche Rechtszustand, soweit er die Normen des Strafrechts berührt. Nicht nur das formelle Gesetz, auch Rechtsverordnungen und — derogierendes — Gewohnheitsrecht. Aber nicht jede Rechtsänderung außerhalb des Strafrechts wirkt auf dessen Normen ein. Das Außerkurssetzen von Banknoten betrifft nicht das Verbot, Geld zu fälschen. Die Aufhebung einer verkehrsregelnden Anordnung läßt die hinter § 49 StVO stehende Blankettnorm unberührt, daß Verkehrsvorschriften bei Strafe zu befolgen sind. Beide Male bleibt der tatbestandsmäßige Unrechtsgehalt bestehen. Dort liegt er in der Verletzung eines materiellen Rechtsguts (Verb. I vor § 146). Hier im Ungehorsam gegen den Gesetzesbefehl, während die Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung Motiv, aber nicht Inhalt der Norm ist. Zutr. Hamm NJW 54 1735: „Der gesetzliche Straftatbestand (§ 3 I StVO) — daß die durch amtliche Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen zu befolgen sind — wird von der Aufhebung oder Änderung der betr. Anordnung nicht berührt.“ Wegen dieses spezifischen Unrechtscharakters der Blankettvorschriften ist im Ergebnis der Rspr. des RG (E 31 225; 46 307; 49 410; 59 125) zuzustimmen. BGHSt. 6 30 (40) widerspricht ihr trotz abweichenden Ergebnisses nicht, BGHSt. 7 295 macht sie sich, strenger als E 77 175, zu eigen und erstreckt sie auf Verbote mit Erlaubnisvorbehalt (im Devisenrecht). Mit Recht; denn auch hier macht bereits der Verstoß gegen das Verbot als solcher den Unrechtscharakter aus, nicht erst die materielle Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung. — Die **Motive** der Gesetzesänderung (Wandel der Rechtsauffassung oder Änderung der tatsächlichen Verhältnisse), auf die das RG abstellte, sind freilich für sich allein nicht entscheidend. Die Undurchführbarkeit und Problematik dieser Unterscheidung zeigt aus heutiger Sicht drastisch BGHSt. 6 30, wonach die Abschaffung der Geschwindigkeitsbegrenzung Ausdruck einer geläuterten Rechtsauffassung sein soll. Erst wenn sich Wandlungen der einen oder der anderen Art in einer Änderung der Gebots- oder Verbotsnorm oder ihrer Sanktion selbst niederschlagen (z. B. Beschränkung auf vorsätzliche Zuwiderhandlungen oder Umwandlung in Ordnungswidrigkeiten), ist das Gesetz i. S. des § 2 Abs. 2 und nicht nur sein tatsächlicher Anwendungsbereich geändert. Die Gegenmeinung (BGHSt. 6 32), wonach

schlechterdings jede außerstrafrechtliche Gesetzesänderung, von Zeitgesetzen abgesehen, zu berücksichtigen ist, müßte folgerichtig den Falschmünzer freisprechen, wenn die Banknote der gefälschten Art zwischen Tat und Urteil außer Kurs gesetzt wird. Vgl. unten Anm. VII.

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung gilt als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens auch für die Umwandlung von Straftaten in Ordnungswidrigkeiten und für das Verhältnis von Ordnungswidrigkeiten untereinander (soweit hier nicht Sondervorschriften wie § 104 WiStG 1949/52, vgl. dazu BGH NJW 52 72, und § 15 WiStG 1954, vgl. Daleke-Schäfer Anm. 2, vorliegen). BayObLG GA 1953 180, SchlHA 58 233. Dagegen gilt er nicht für Verfahrensrecht (beim Übergang vom Straf- zum Bußgeldverfahren ist daher Einstellung geboten): Köln NJW 53 1156. (Materiellrechtlich gesehen ist die Bewertung als OWi. Milderung gegenüber der als strafb. Hdlg., Celle GA 1953 184, a. A. Köln NJW 53 1156. Darüber Anm. VII).

VI. Tatzeit: „Eine Straftat ist zu der Zeit begangen, zu der der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln sollen. Wann der Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend, sofern im Gesetz nichts anderes bestimmt ist“ (so Entw. 36). Vgl. auch E 44 277, 57 193. Für Teilnahme gilt der Zeitpunkt ihrer eigenen Tätigkeit. — Wird während einer „fortgesetzten Straftat“ (Vorbem. II 1 vor § 73) das Gesetz geändert, so dürfen die vorher begangenen Einzelhandlungen in den Fortsetzungszusammenhang nicht einbezogen werden, soweit sie, für sich betrachtet, zur Begehungszeit unverboden waren (E 62 1). Anders, wenn das neue Recht keinen neuen Tatbestand schafft, sondern nur die Strafdrohung erweitert (E 68 338 betr. § 20a). Vgl. hierzu auch E 71 64, 92 und Recht 40 1806.

VII. Ausnahme: Rückwirkung des milderen Gesetzes. Es würde der materiellen Gerechtigkeit widersprechen, eine Tat nach dem Gesetz der Tatzeit abzuurteilen, wenn die Auffassungen über Recht und Unrecht oder über die Schwere einer Tat sich inzwischen gewandelt haben. Indem die Ausnahme des Abs. 2 aus diesem Grunde das Prinzip der Nichtrückwirkung durchbricht, beweist sie, daß dieses seinerseits in Erwägungen der Rechtssicherheit, nicht unbedingt der Gerechtigkeit wurzelt. Das ist von Bedeutung, weil die Rechtssicherheit Ausnahmen zuläßt, die Gerechtigkeit nicht. Näheres in DRZ 48, 155ff. Zu vergleichen ist der gesamte Rechtszustand zur Zeit der Aburteilung mit dem der Tatzeit; also auch Berücksichtigung von straffausschließenden und strafmildernden Umständen. Streitig, ob auch außerstrafrechtliche Rechtsänderungen (z. B. Einführung von Pfändungsbeschränkungen gegenüber § 137, Einschränkung des Vermieterpfandrechts gegenüber § 289) zu berücksichtigen sind. Das RG hat dies i. allg. nur dann angenommen, wenn hierin eine grundsätzliche Änderung der Auffassung lag, daß solches Handeln verboten und strafwürdig sei, nicht aber, wenn nur tatsächliche Umstände oder Bedürfnisse sich geändert haben (E 33 184, 55 12; DR 42 1781; ebenso noch BGH VRS 5 355 [zu § 2a Abs. 2 a. F.]: Aufhebung der Geschwindigkeitsbegrenzung für Autos wirkt nicht zurück, da keine Änderung der Rechtsanschauung). Dagegen BGHSt. 6 32 (zur n. F.): auf die Beweggründe komme es nicht an. Aber die entscheidende Frage heißt: Ist eine Normenänderung eingetreten? Falschmünzerei bleibt strafbar, auch wenn die gefälschte Banknotenart inzwischen außer Geltung gesetzt wurde. Mit dem Angriffsobjekt ist nicht das Rechtsgut und sein Schutzbedürfnis entfallen. Zutr. Hamm NJW 54 1735 (bei nachträgl. Entfernung eines Verkehrszeichens nicht § 2 Abs. 2). Auch kann der

Gesetzgeber denselben Zweck mit anderen Mitteln verfolgen wollen, vgl. den obigen Fall BGH VRS 5 355. Anders aber BGHSt. 6 34 für die gleiche Fallgestaltung: die Rechtsauffassung habe sich geändert. Vgl. oben Anm. V.

Entsprechend dem Doppelcharakter der Strafe als gerechter Vergeltung und als Verbrechensbekämpfung ist aber der mildere Rechtszustand auch dann zugrunde zu legen, wenn sich zwar die Auffassungen über die Strafbarkeit eines Verhaltens nicht grundsätzlich gewandelt haben, das geschützte Interesse indessen völlig weggefallen ist. Auch wenn Fahnenflucht in abstracto nach wie vor als strafwürdig gilt, war jedenfalls ihre nachträgliche Bestrafung nach Wegfall der Wehrpflicht und der Armee überhaupt angesichts der praktischen Zwecke des Strafrechts nicht zu rechtfertigen. Ähnlich Frank V. 1 schon für die Zeit nach dem ersten Weltkriege; a. A. damals E 47 414; 55 125.

Unzulässig ist es, auf dieselbe Tat teilweise das alte und teilweise das neue Recht anzuwenden (E 74 132). — Wegen Strafantrag vgl. Anm. II zu § 61.

Mildestes Gesetz: Hier ist der gesamte Rechtszustand einschließlich der Verfahrensvoraussetzungen zu vergleichen (Änderung von Verjährungsfristen, vgl. E 77 221, BGH GA 1954 22, Antragserfordernis). — Ordnungsbuße ist milder als Strafe, Celle GA 1953 182, Geldstrafe milder als Freiheitsstrafe, E 57 198. Denn das Wesen der Strafe liegt in der Mißbilligung und ihren Graden, nicht in der Übelszufügung, die bei der milderen Sanktion oft empfindlicher ist. Deshalb ist bei gleicher Höhe die ausgesetzte Strafe milder als die zu vollziehende, Hamm NJW 55 1000, selbst bei noch so empfindlichen Auflagen und langer Bewährungszeit. Und deshalb verstößt auch die Ersetzung einer kürzeren Freiheitsstrafe ohne SzB durch eine längere mit SzB gegen das Verbot der Schlechterstellung (so mit Recht Oldenburg MDR 55 436). Vgl. Vorbem. II 9 vor § 23. — Entscheidend der Vergleich der Einzeltatbestände, nicht der Gesetze im ganzen: RG JW 36 49, Bremen GA 1954 157 (betr. § 49 StVO n. u. a. F.).

Zeit der Aburteilung (früher: Entscheidung) umfaßt, trotz des irreführenden Ausdruckswechsels, auch die Revisionsinstanz. Das wird in § 354a StPO vorausgesetzt. BGH NJW 53 1800, 54 40 (bedenklich: „kann“ S. 39) und ständig (Nachweise bei Maaßen MDR 54, 3). A. A. Celle GA 1953 185 (mit an sich zutr. Hinweis auf den neuen Wortlaut).

Maßgebend ist das *in concreto* mildere Gesetz: E 33 190 (betr. Bankrott), 61 135, 64 363, 71 42, 75 210 (dazu Bockelmann DR 41, 2182), BGH JR 53 109.

VIII. Zwischengesetze, nach denen die Tat milder angesehen oder straflos gelassen war, bleiben außer Betracht. Früher streitig.

IX. Zeitgesetze. Zum Begriff E 74 300; BGH NJW 52 72 (mit Übersicht über den Streitstand in Rspr. und Lehre): „nicht nur bei kalendermäßiger Begrenzung, sondern auch wenn ein Ges. nach seinem Inhalt eine nur als vorübergehend gedachte Regelung für wechselnde Zeitverhältnisse nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit treffen will“. BGHSt. 6 37 betont, daß dies erkennbar sein muß (verneint für die frühere Geschwindigkeitsgrenze im Straßenverkehr). Ferner erforderlich, daß ein Gesetz ohne formelle Befristung von vornherein nur für die Dauer der außergewöhnlichen Verhältnisse gelten soll, derentwegen es erlassen wurde. Vgl. von früheren Äußerungen Drost MDR 49, 454 betr. Wirtschaftsstrafrecht, aber auch Hessen (Kassel) MDR 49 58 (Anm. v. Weber). Zeitgesetze **wirken nach** (auch hier von Nichtrückwirkung des milderen RZustandes zu sprechen, ist üblich, aber un-

richtig). Im einzelnen: BGHSt. 6 37 (s. o.): § 9 Abs. 1 StVO a. F. kein Zeitgesetz; ebenso Oldenburg NdsRpfl. 54 134 für landwirtsch. Preisregelungen seit 1933; dagegen Preisvorschr. für Gebraucht- und Textilwaren Zeitgesetze: BGH NJW 52 72. Die DekartellisierungsMRVO Nr. 78 ist kein Zeitgesetz: SchlHA 58 233. — Der ursprüngliche Charakter als Zeitgesetz kann durch Perpetuierung entfallen: BGHSt. 6 39 im Anschluß an H. Mayer.

X. Maßregeln sind keine Strafen. So §§ 42a bis 42m, sowie alle, die nicht eine begangene Straftat sühnen, sondern der Begehung weiterer vorbeugen sollen. Vgl. Vorbem. B vor § 13. Für die ohne Rücksicht auf das Eigentum des Täters zulässige „Einziehung“ (§ 40 Anm. I) schon ebenso E 67 215. Rückwirkung für die Voraussetzungen der unbestimmten Strafe in § 2 StGB Thür. Fassung, weil insoweit das Präventionsmoment überwiegt.

Wahlfeststellung

[2b. Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.]

Aus dem Schrifttum vor 1935: Oetker, 3. Band des Handbuchs des Strafprozesses von Glaser, 1907, S. 275—311. — Zeiler, ZStW 40, 168; 42, 665; 43, 596. — Mannheim, ZStW 44, 440. — Grünhut, MoKrim. Psych. 1934, 327. — Nüse, Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen (Strafr. Abh. Nr. 324, 1933; dort weitere Literatur, bes. beachtlich Rumpf und Zeiler). — Seit 1935: E. Schäfer, „Nachtrag zu Frank StGB“, S. 191 ff. — Niehammer, Nachtrag zu Olshausen, StGB, 1936. — Oetker, Gerichtssaal, Bd. 106, S. 401 ff. — Ders., ZAK. 36, 217. — Graf Dohna, ZStW, Bd. 55, S. 576. — Zeiler, JW 38, 149 und DStrR 1942, 65. — Niederreuther, DJ 38, 634. — Seit 1945: Schaffstein, Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung, NJW 52, 725. — Heinitz, Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung, JZ 52, 102.

I. Das Problem. — Es gibt Fälle, in denen der Richter einen Sachverhalt nicht restlos, aber doch so weit klären kann, daß er zu der Überzeugung kommt: strafbar hat sich der Täter gemacht; es fragt sich nur, unter welchem Gesichtspunkt. Die Wahlfeststellung will verhindern, daß der Richter hier entweder freisprechen muß oder nur mit einer unehrlichen „tatsächlichen Feststellung“ wegen einer der möglichen Taten schuldig sprechen kann. Im wichtigsten und unbedenklichsten Fall — Diebstahl oder Hehlerei? — ließ die PlenEntsch. E 68 257 eine Wahlfeststellung zu.

Der durch Ges. v. 28. 6. 35 eingefügte § 2b (s. o.), der die WF allgemein zuließ, ist durch KRG 11 aufgehoben worden. Auf die Gefahr der Verdachtsstrafe, die sich aus der abstrakten Fassung des § 2b ergab, hatte Kohlrausch in den Voraufll. hingewiesen und folgende einschränkende, jetzt durch BGHSt. 1 328 im Wortlaut übernommene Voraussetzungen verlangt:

1. **Unmöglichkeit eindeutiger Feststellung.** Das Gericht hat von Amts wegen alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit notwendig ist, so der Grundsatz des § 244 StPO. Weiterer Aufklärung darf nicht durch Berufung auf die Möglichkeit der WF ausgewichen werden. JW 39 221 (für § 2b).

2. **Unmöglichkeit, straffloses Verhalten anzunehmen.** Oldenburg NdsRpfl. 50 44, München DJ 1936 1499. Feststehen muß also zunächst ein bestimmtes Verhalten. Gegenstand richterlicher Feststellung sind nicht mehrere mögliche Verhaltensweisen (denn auch zusammengekommen ergeben mehrere Verdachtsfeststellungen noch keine Schuldfeststellung), sondern ein wirkliches Verhalten. Einzel-

heiten dürfen (wie immer) dahingestellt bleiben. Während dies aber früher nur bei solchen Einzelheiten geschah, die für die Identifizierung der Tat und für ihre strafrechtliche Beurteilung belanglos waren, gestattete die WF dies nun auch für solche Einzelheiten, die zwar nicht für die Strafbarkeit überhaupt, wohl aber für die Strafbarkeit unter einem bestimmten strafrechtlichen Gesichtspunkt maßgebend sind. **Gegenstand der Verurteilung ist hier ein Gesamtverhalten.** Die verschiedenen unterstellten Möglichkeiten müssen ein Bestandteil dieses einheitlichen Verhaltens sein. Welche von ihnen der Wirklichkeit entspricht, bleibt dahingestellt, wenn und soweit dies für die kriminelle Beurteilung dieses Gesamtverhaltens unwesentlich ist. Die strafrechtliche Beurteilung erfolgt dann unter Unterstellung der am wenigsten belastenden Möglichkeit.

So ist die Zulassung einer Wahlfeststellung, wenn diese eine wirkliche Schuld feststellung sein soll, Zulassung einer Persönlichkeitsfeststellung; nicht ein Tattyp, sondern ein **Tätertyp** wird festgestellt und hierauf die Strafe gegründet. Nur so sind Wahlfeststellungen zu rechtfertigen. — Schaffstein NJW 52, 726 meint, daß es hier auf kriminologische Tätertypen nicht ankommen könne. Das ist richtig, vgl. schon unten zu 3 betr. §§ 249/253 ff. Gemeint ist aber ein **personaler Tätertyp**: das Persönlichkeitsbild, wie es sich als Folge des einen oder anderen Spruchs darstellt, der damit gegebene personale Status. (Nicht zu verwechseln mit dem „normativen“ Tätertyp Dahms und Mezgers, der die Unrechtsbegründung betraf. Hier handelt es sich um die Unrechtsfolgen.) Gutes Beispiel bei Niethammer: Keine WF zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung, obwohl gleiches Rechtsgut verletzt. Hier gibt auch Schaffstein die Notwendigkeit zu, den personalen Rechtsfolgen Rechnung zu tragen. Abstrahiert man hiervon, so ist der Einwand, daß WF zu Verdachtstrafen führen — trotz Zeiler — nicht zu widerlegen.

Für die Zulässigkeit der WF folgt daraus eine sinnngemäße Einschränkung, nämlich:

3. Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der möglichen Verhaltensweisen. Es geht nicht an, ohne solche Vergleichbarkeit das wirkliche Verhalten dahingestellt zu lassen und trotzdem aus einem bestimmten Gesichtspunkt zu strafen. — Beispiele: Eine Frau hat an einer anderen gegen Bezahlung einen Eingriff vorgenommen, den sie ihr gegenüber als Abtreibungshandlung ausgab, der aber erfolglos blieb. Ob sie einen ernstesten Eingriff beabsichtigt hatte, läßt sich nicht feststellen. Vollendeter Betrug oder versuchte Abtreibung? — Ein Mädchen erzählt, mit ihrem Vater geschlechtlich verkehrt zu haben. Dieser bestreitet es, feststellen läßt es sich nicht. Blutschande oder Verleumdung? — In beiden Fällen darf die Alternative, obwohl logisch zwingend, nicht ausreichen, auf Grund einer wahldeutigen Feststellung eindeutig zu verurteilen. Daß jene Frau eine „Betrügerin“ sei, dieses Mädchen eine „Verleumderin“ oder gar — falls sie es „öffentlich“ erzählt hätte und damit aus § 173 als der dann milderen Vorschrift zu bestrafen wäre — eine „Blutschänderin“, wären ungerechte Verdächtigungen ihrer Persönlichkeit. Leider haben E 69 369 (Anm. Schaffstein in JW 36, 195) und E 71 44 Wahlfeststellung von vollendetem Betrug und versuchter Abtreibung zugelassen. Anders jetzt GrSen BGHSt. 9 390, 393. — Auch vorsätzliche und fahrlässige Schuld sind rechtsethisch nicht vergleichbar, nicht ein Plus und Minus. Vgl. schon Zeile ZStW 53, 252, ferner Heinitz JZ 52, 102; ebenso GrSen BGHSt. 9 390, 393 (gegen BGHSt. 4 340), A. A. Peters GA 1958, 104.

4. Ein **Stufenverhältnis** (BGHSt. 11 100 betr. §§ 176, 177) zwischen der tatsächlichen oder rechtlichen Würdigung mehrerer möglicher Geschehensweisen schließt WF aus; hier ist nur aus dem Grundtatbestand oder dem sonst weniger weitgehenden Tatbestand zu verurteilen (in dubio pro reo).

Unter den genannten Voraussetzungen ist auch heute WF zulässig und u. U. geboten. Die Rspr. wendet sie durchweg im Rahmen der und unter Berufung auf die Plenar-Entsch. E 68 257 an: BGH seit 1 127, 276, 304, 327, NJW 52 114, ständig, aber schon Celle HEST. 1 3 (= DRZ 47 67) mit eingehendem Rückblick, Freiburg HEST. 1 10 (= DRZ 47 65), gestützt auf Niethammer DRZ 46, 11, Kassel NJW 48 696. Vgl. auch Schönke-Schröder II 3.

Zulässige Fälle von Wahlfeststellungen sind z. B.: Diebstahl oder Hehlerei, BGHSt. 1 304, NJW 52 114, Hamm SJZ 50 54 (dagegen Heinitz JZ 52, 103); Diebstahl oder gewerbsmäßige Hehlerei (grundsätzlich): BGH NJW 57 1933; Möglichkeiten des § 243; Unterschlagung oder Untreue; Unterschlagung oder Diebstahl, Braunschweig JZ 51 235; Raub oder Erpressung (BGHSt. 5 280); Steuerhinterziehung und -hehlerei (BGHSt. 4 129). Nach BayObLG NJW 58 560 (vgl. auch BGH NJW 57 933) zwischen Diebstahl und schwerer Amtsunterschlagung; angesichts der Entwicklung der uneigentl. Amtsdel. zu Qualifikationsfällen des Grunddelikts vertretbar.

Im Allg. Teil läßt die Rspr. WF zwischen Mittäterschaft und mittelb. Täterschaft (BGH MDR 51 179) sowie zwischen Täterschaft und Anstiftung zu (BGHSt. 1 127), ferner zwischen einheitlicher und fortges. Tat (Hamburg NJW 55 920). Wegen Vors. u. Fahrl. vgl. oben zu 3.

Abgelehnt wird WF zwischen Vollrausch und Rauschatat von BGHSt. (GrSen) 9 390, auch schon BGHSt. 1 275 und 327. Vgl. hiergegen unten § 330a Anm. VIII 2.

5. Eine **Erweiterung** war schon gegenüber dem Wortlaut des § 2b insofern sinngemäß und unbedenklich, als Gleichheit der übertretenen Gesetze einer WF nicht entgegensetzen braucht, z. B. bei zwei entgegengesetzten Eiden über die gleiche Tatsache, Vorsatz beiderseits vorausgesetzt, oder wenn nur eine der beiden Aussagen eidlich: BGH JR 57 302. „Mehrheit“ der Strafgesetze bedeutetet nicht Verschiedenheit. So jetzt BGHSt. 2 351, Braunschweig NJW 52 38, wie schon E 72 342. Bedenken bei Heinitz a. a. O. Zuzugeben ist, daß hier reine Tatsachenalternativität vorliegt; vgl. Schönke JZ 51, 236, Dreher-Maaßen zu [§ 2b]. Aber das ist für alle Fälle der WF Voraussetzung (bis auf die Schuldalternative Vorsatz oder Fahrlässigkeit). Entscheidend ist die Einheit des Bewertungsmaßstabes. § 264 StPO steht nicht entgegen (dazu JW 34 1916, 36 519, E 58 116, 66 138, 70 213).

II. Mildestes Strafgesetz ist das, welches die mildeste Gesamtbeurteilung zuläßt. Nach E 70 281 ist hierbei „nicht, wie in § 73, von den Strafdrohungen auszugehen, sondern festzustellen, welche Strafe im gegebenen Fall angemessen wäre, wenn zweifelsfrei eindeutig die eine Handlung, und welche Strafe, wenn zweifelsfrei eindeutig die andere Handlung nachgewiesen wäre“. Vgl. auch E 69 369 sowie Schaffstein in JW 36, 195; Bruns in DStrR 36, 278.

III. Prozessuale Behandlung: Alternative Anklage und alternativer Eröffnungsbeschluß sind zulässig; Zuständigkeit nach der schwereren Straftat; Urteil: „Der Angekl. wird wegen Hehlerei zu Strafe verurteilt.“ Begründung, warum eindeu-

tige Feststellung (Hehlerei oder aber Diebstahl) unmöglich: der frühere § 267 b Abs. 2 StPO ist dem Grundgedanken nach auch heute noch anwendbar. BGHSt. 1 302 stellt die Fassung der Formel in das Ermessen des Gerichts; vgl. aber auch Neustadt NJW 53 1443, Hamburg MDR 50 57.

IV. Rückfallbegründung streitig. Eine andere Lösung, als die eindeutige Urteilsformel maßgebend sein zu lassen, ist schwer möglich. Sie kann aber zur Ungerechtigkeit führen. Gleiche Bedenken betr. Strafregister, Kriminalstatistik, Amnestiefragen. Auch Zeiler, der Vorkämpfer für die Zulassung der WF, sah eine Lösung nur in einer Änderung des damaligen § 2 b.

Geltungsbereich des deutschen Strafrechts

Vorbemerkungen zu §§ 3–7

Aus dem neueren Schrifttum: 1. **Internationales Strafrecht.** A. Wegner, Über den Geltungsbereich usw., Frank-Festg. I 98. — Drost, Prinzipienwandel im internat. StrR, ZAK. 1937, 392. — Maurach, Treupflicht und Schutzgedanke im internat. StrR, DStR 38, 1. — v. Weber, Die Strafbarkeit der zur Umgehung des Gesetzes im Ausland begangenen Tat, GS 114, 267. — Derselbe, Internationales Luftstrafrecht, Rittler-Festschr. 1957, 111. — Hartung, RVerwBl. 40, 631. — Schröder, Die Teilnahme im internationalen Strafrecht, ZStW 61, 57. — Lange, Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts, DStR 41, 6. — Mezger, ebenso, DStR 41, 18. — H. Mayer, Völkerrecht und internationales Strafrecht, JZ 52, 609. — Oehler, Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips usw., Mezger-Festg. 83. — Schönke, Gegenwartsfragen des int. StrR, ebenda 105.

2. **Interlokales Strafrecht.** v. Weber, Das interlokale Strafrecht, DStR 40, 182 und Festschr. f. Kohlrausch 1944. — Kümmerlein, Fragen des Interterritorialen Strafrechts und Strafverfahrensrechts nach der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich, DStR 38, 280. — Middel, Interlokaler Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, DR 40, 1498. — Jung, Fragen des strafrechtlichen Geltungsbereichs, DJ 41, 597. — Satter, Zur Frage des interlokalen Strafrechts, DRWiss. 41, 247. — Schröder, Der Geltungsbereich der Teilstrafrechte im Deutschen Reich, DR 42, 1115. — Rittler, Die Abgrenzung der Geltungsgebiete usw., ZStW 62, 65 ff. — Wengler, Deutschland als Rechtsbegriff, Festschr. f. Nawiasky 1956, 49 ff. — Mattil, Zur Problematik des interlokalen Strafrechts, GA 1958, 142.

I. Das Geltungsgebiet des deutschen Strafrechts muß gegenüber dem des Auslandsrechts abgegrenzt werden. Die Regeln, nach denen dies geschieht, nennt man vielfach (ungenau) **internationales Strafrecht**. Über ihre streitige Rechtsnatur vgl. DStR 41, 6 ff. Neuerdings München JR 51 506: Voraussetzung für die Strafverfolgung, daneben sachlich-rechtlicher Charakter. Sie haben Antwort zu geben auf folgende Fragen: wo — von wem — gegen wen muß eine Tat begangen sein, damit deutsches StrR auf sie anwendbar ist? Grundsätzlich sind vier Antworten denkbar:

- a) Der Territorialgrundsatz antwortet: im Inland;
- b) der Personalgrundsatz: von einem Inländer;
- c) der Schutzgrundsatz: gegen einen Inländer.

d) Der Universalgrundsatz (Grundsatz der Weltrechtspflege) sieht von jeder Beziehung der Tat, des Täters und des Angegriffenen zu einer bestimmten Rechtsordnung ab. Er geht davon aus, daß Verbrechensbekämpfung eine internationale, jeden Staat gleichermaßen angehende Aufgabe ist. Jeder Staat könne nach eigenem Recht jeden Verbrecher aburteilen, dessen er habhaft werde. Diesem Ausgangspunkt entspringt ferner

e) der Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege in Fällen, in denen eine zunächst erwartete Bestrafung durch das Ausland nicht stattfindet.

Keiner dieser Grundsätze ist rein durchführbar. Jeder würde allseitige Anerkennung und namentlich eine Übereinstimmung über die Schutzwürdigkeit der angegriffenen Interessen wie über die Strafwürdigkeit der Taten voraussetzen, die nicht vorhanden ist und nicht vorhanden sein kann. Damit nicht Doppelverfolgungen und andererseits Lücken in der Strafverfolgung entstehen, müssen die Grundsätze kombiniert werden.

Die Neufassung der §§ 3 bis 7 durch Gesetz v. 6. 5. 40 ist nicht typisch nationalsozialistisch, vgl. BGH NJW 51 769, BGHSt. 2 160. Völkerrechtliche Bedenken äußert H. Mayer § 14 III, JZ 52, 609; hiergegen Dreher JZ 53, 423. Zwar kamen der Personalgrundsatz und der Schutzgrundsatz nationalsozialistischem Denken entgegen, aber sie entstammen ihm nicht. Sie wurden seit Jahrzehnten ernsthaft erwogen und sind in viele Gesetze des Inlands und des Auslands aufgenommen worden. Unmittelbares Vorbild war das österr. StGB von 1803.

Der Personalgrundsatz, der auf das früheste deutsche Mittelalter zurückgeht, war neuerdings anerkannt u. a. in Österreich, Griechenland, Rumänien, Italien (schon 1889), Schweden, den Niederlanden, Ungarn, Bulgarien, in Rußland (sowohl 1903 wie 1926); in der Schweiz galt er schon früher in vielen Kantonen, er gilt jetzt in dem Schweizer Strafgesetzbuch von 1937, Art. 6. In Frankreich gilt er seit dem Ges. v. 27. 6. 1866 für Verbrechen und Vergehen. Die inländische Strafbarkeit ist in den meisten dieser Fälle unabhängig davon, daß die Auslandstat am Tatort strafbar war. — In Deutschland galt der Personalgrundsatz in Hessen 1841, Sachsen 1855, Bayern 1861. Der VE 1909 hatte ihn in reiner Form übernehmen wollen, also sogar ohne die Voraussetzung der Strafbarkeit am Tatort. Spätere Entwürfe hatten ihn wieder abgeschwächt.

Auch der Schutzgedanke ist alt. Er begegnet in verschiedenen Abstufungen, teils indem alle Rechtsgüter von Inländern gegen Auslandstaten geschützt werden, teils auch nur Rechtsgüter des Staates (also bei Hoch- und Landesverrat). Vielfach ist die Strafdrohung auf Inländer beschränkt, häufig aber auch auf jeden Täter ausgedehnt. Der Schutzgedanke (auch Realprinzip genannt oder passiver Personalgrundsatz) war anerkannt in Bayern 1861, Württemberg 1839, Thüringen 1852, teilweise auch in Sachsen, Braunschweig und Hamburg. Im Ausland u. a. in Dänemark, Italien (1889), Argentinien, weitgehend auch in Frankreich nach dem Ges. v. 27. 6. 1866: Code d'instr. crim. Art. 7 I. In der Schweiz hatten schon mehrere Kantonalstrafgesetze ihn anerkannt, in weitester Fassung ist er dann in das Schweizer Strafgesetzbuch von 1937 aufgenommen worden. Die Neufassung des Strafgesetzbuchs von 1940 geht zurück auf den Vorentwurf von 1909.

Personalgrundsatz und Schutzgrundsatz hängen zusammen. Wenn ein Inländer verpflichtet ist, im Ausland nach Inlandsrecht zu leben, dann kann er auch im Ausland von dem Staat, dem er angehört, Strafschutz erwarten. Und wer im Aus-

land durch den eigenen Staat geschützt wird, muß auch im Ausland die rechtlichen Pflichten, die dieser Staat seinen Angehörigen auferlegt, anerkennen.

Völkerrecht steht weder dem Personal- noch dem Schutzgrundsatz entgegen; a. A. H. Mayer a. a. O. Daß die Auslandstat des Deutschen auch vom Ausland bestraft werden darf, folgt schon aus dem überall anerkannten Territorialgrundsatz.

Dagegen sind weitere Grundsätze des internationalen Strafrechts in unserem Recht nicht allgemein anerkannt. Dies gilt, wie hier schon in den Vorauslagen betont wurde, namentlich von dem sog. Umgehungsgrundsatz, d. i. der Gleichstellung einer zu Umgehungszwecken im Ausland begangenen Tat mit der Inlandstat. Das ist ein Satz von unübersehbaren Konsequenzen, der dem deutschen Recht als Grundsatz fremd ist. Für seine Anerkennung im interlokalen StR neuerdings Schwarz Vorbem. 5 B vor § 3.

II. Die Neufassung durch VO v. 6. 5. 40 fügt die oben zu I a)–e) aufgeführten Grundsätze wie folgt ineinander:

1. Der Personalgrundsatz steht an der Spitze. Der Deutsche lebt für deutsche Beurteilung nach deutschem Strafrecht, auch im Ausland: § 3 I. *Lex ossibus inhaeret!* — Die „Strafbarkeit“ nach Auslandsrecht ist ersetzt durch „Strafwürdigkeit“ der Auslandstat: § 3 II.

2. Der Territorialgrundsatz ist daneben nicht aufgegeben. Er ist für einen souveränen Staat selbstverständlich: § 4 I.

3. Personal- und Territorialgrundsatz werden ergänzt durch den gegen früher erheblich erweiterten Schutzgrundsatz: § 4 II Z. 2 und III Z. 1, 2, 5 u. 6.

4. Sie werden ferner ergänzt durch den gleichfalls erweiterten Universalgrundsatz: § 4 III Z. 3, 4, 7, 8 u. 9.

5. Der Gedanke der stellvertretenden Strafjustiz (bisher § 4 Z. 3) bleibt unerläßlich in den Fällen des § 4 II.

III. Interlokales Strafrecht nennt man neuerdings die Grundsätze, nach denen bei Rechtsverschiedenheit innerhalb Deutschlands die Geltungsgebiete der verschiedenen Strafrechte abzugrenzen sind. Das Gesetz regelt diese Materie nicht. Lediglich in der Thür. Fassung wurde (§ 10 n. F.) bestimmt: „Die innerhalb Deutschlands begangenen Straftaten sind nach dem Recht des Tatorts oder, wenn die Tat nach dem am Wohnsitz des Täters geltenden Recht schwerer strafbar ist, nach diesem zu strafen. Übertretungen werden nur nach dem Recht des Tatorts verfolgt.“

A. Der Begriff des Interlokalen Strafrechts ist sehr umstritten.

1. Innerhalb des Geltungsbereichs des Bundesstrafrechts kann unterschiedliches Landesstrafrecht bestehen (Bayern, Hessen, vgl. BGHSt. 11 366 betr. den Bierstreit), oder Bundesstrafrecht gem. Art. 125 GG nur partiell gelten.

2. Unterschiedliches inländisches Strafrecht besteht außerhalb des Geltungsbereichs des Bundesstrafrechts.

Zu 1. wurden die Abgrenzungsfragen des Landesstrafrechts von der Rspr. früher (unter dem Territ. Pr.) nach Analogie der §§ 3–6 a. F. behandelt; bestr. schon von Frank (keine Analogie zuungunsten!) und noch grundsätzlicher jetzt von H. Mayer S. 90f., Maurach, S. 95. Beide wollen Territorialprinzip anwenden, nur unter dieser

Voraussetzung Aburteilung in einem anderen Lande, falls Gerichtsstand gegeben, zulassen und diese durch die mildere *lex fori* begrenzen, da der fremde landesrechtliche Zustand nicht positiv angewendet werden dürfe. Interlokales Strafrecht im eigentlichen Sinne gibt es nach beiden nur noch, wenn verschiedenes älteres Recht als Bundesrecht nach Art. 125 GG weitergilt.

Nur also, wenn innerhalb eines einheitlichen Rechtsgebiets lokal verschiedenes Strafrecht herrscht, wollen Maurach und H. Mayer von interlokalem Strafrecht sprechen. Im Ergebnis übereinstimmend erklären Dreher-Maaßen § 3 Anm. 6: Soweit die Teilgebiete nicht einer gemeinsamen übergeordneten Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt unterstehen, werden statt Tatortsrecht die Regeln der §§ 3 ff. entsprechend anzuwenden sein. Läßt man aber für den Begriff und die Regeln des Interlokalen Strafrechts nur den Bereich des partiellen Bundesstrafrechts nach Art. 125 übrig, so hebt man ihn praktisch auf, wie der Fall des Bay. Ges. über die Selbstbefreiung von Gefangenen vom 26. 10. 46, BGHSt. 4 396 (I. Ziv.-Sen.) zeigt. Das Ges. ist für grundgesetzwidrig erklärt worden mit der Begründung, daß der einheitliche Bundesgesetzgeber in dem einheitlichen Rechtskreis der BR innerhalb der von ihm abschließend geregelten Materie der Strafdrohungen gegen Gefangenenerleichterung die schlichte Selbstbefreiung eines Gefangenen in dem einen Teil der BR grundlegend anders als in dem übrigen Teil dieses räumlich und sachlich einheitlichen Rechtsgebiets behandle. Damit verstoße er gegen den Gleichheitsgrundsatz. Diese Begründung wird alle ähnlichen Fälle in gleicher Weise treffen, soweit es sich nicht um Materien außerhalb des StGB handelt. Für solche ist aber heute das OWG da.

2. Demgegenüber ist mit BGHSt. 7 54 gerade im Hinblick auf das Verhältnis zur SBZ von „interlokalem (innerdeutschem) Strafrecht“ in dem weiteren Sinne zu sprechen, daß die Tathandlungen mehrere deutsche Rechtsgebiete betreffen. Erst damit wird das Kernproblem des Interlokalen Strafrechts erfaßt, worauf die Gegenmeinung bewußt verzichtet. Vgl. Mayer: „Auf einem besonderen Blatt steht das Verhältnis der SBZ zur BR.“ Maurach: „Es steht auf halbem Wege zwischen internat. und interlokalem StrR.“ Worauf es ankommt ist, Rechtsverschiedenheiten innerhalb Deutschlands zu regeln. Inland — Ausland ist der beherrschende Gegensatz zum internat. Strafrecht.

B. Als Grundsätze des Interlokalen Strafrechts kommen in Betracht: 1. das Recht des Gerichtsortes, 2. der Heimat des Täters, 3. des Tatorts.

1. Das Recht des Gerichtsortes hat den großen praktischen Vorzug, dem anwendenden Richter geläufig zu sein. Aber es wäre widersinnig, wenn der Angeklagte wegen derselben Tat in X. nach dem einen, in Y. nach einem anderen Rechtszustand abgeurteilt werden müßte. Für die *lex fori* daher nur Satter, DRWiss. 41, 427, und Rittler, ZStW. Bd. 62, 65; letzterer mit dem beachtlichen Hinweis, daß durch Anweisung an die Staatsanwaltschaft, etwa stets beim Gericht des Tatorts Anklage zu erheben, die Willkür ausgeschaltet werden könnte. Indessen bedürfte eine solche Entscheidung doch wohl einer Stütze am Gesetz. In der Rspr. nur vereinzelt: OGHSt. 2 339 (mit grundsätzlich abzulehnender Analogie zum Internat. StrR).

2. Die Anwendung des Heimatrechtes (nach der herrschenden Meinung ist hierfür der Wohnsitz des Täters, nach anderen seine frühere Staatsangehörigkeit

maßgebend; vgl. z. B. Beitzke und Wengler in ZAk. 40, 353) wird durch die Einführung des Personalgrundsatzes im Internationalen Strafrecht scheinbar nahegelegt. So insbesondere Middel, DR 40, 1498. Aber die Grundsätze des Int. StrR haben es mit ganz anderen Fragen zu tun. Und auch nach Klärung der Frage, was unter dem Heimatrecht zu verstehen ist, bliebe hier eine Quelle praktischer Zweifel und Schwierigkeiten. Deshalb mit Recht ablehnend E 74 219.

3. Schon früher wurde deshalb hier der Standpunkt vertreten und begründet, daß vom materiellen Recht des *Tatortes* auszugehen ist, einerlei, welches Gericht den Fall aburteilt. Am Tatort liegt der Schwerpunkt des Verbrechens. So wie die Rechtsordnung — in ihrem Anspruch auf unverbrüchliche Geltung wie in dem einzelnen Rechtsgut — getroffen worden ist, muß sie wiederhergestellt werden. Ebenso die ständige Rspr. des RG: E 74 219, 75 104, 76 97, 201, und des BGH: NJW 52 384, 1146, BGHSt. 7 55, 11 366 (Bier-Urteil), aber auch das BVerfG: NJW 52 1129, ebenso Stuttgart JZ 54 577; stets vorbehaltlich der Einschränkung durch den *ordre public*, s. u.

Aber die Grundsätze des interlokalen Strafrechts bedürfen ebenso der Kombination wie die des internationalen. Es gibt Fälle, in denen das Strafbedürfnis unabweisbar über das Tatortsrecht hinausgeht: so, wenn die Tat nicht am Tatort, wohl aber nach Heimatrecht strafbar ist. Dann verlagert sich der Schwerpunkt des Verbrechens beim Inländer auf das Recht, das er von Hause aus mit sich trägt. Das galt z. B. zwischen 1938 und 1945 für den reichsdeutschen Gewohnheitsverbrecher, der in Österreich straffällig wurde, wo das GewVerbGes. nicht eingeführt war. Die Zufälligkeit oder gar die bewußte Verlegung des Tatorts darf nicht dazu führen, daß der Unrechtsgehalt, der in dem Verstoß gegen dieses Recht liegt, unter den Tisch fällt. Hier ist deshalb das Heimatrecht ergänzend heranzuziehen. Ebenso Thüringen § 10 (s. o.). Auch heute darf nicht durch grundsätzliche Ausschaltung des Heimatrechtes ein Anreiz für die Zuwanderung von Verbrechern geschaffen werden.

Diese Mitberücksichtigung des Heimatrechtes ist jedoch im Verhältnis zur sowjetisch besetzten Zone durch den Grundsatz beschränkt, daß das Gesetz oder seine Anwendung rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht widersprechen darf (BGH a. a. O.); vgl. auch oben Syst. Vorbem. III 2c, d), sog. *ordre public*. Dazu noch BGH GA 1955 178 (Meineid vor sowjetzonalem Gericht), LM Nr. 3 (Abtreibung in Thüringen).

Auch für Auslandsstaten von Inländern ist aus dem gleichen Grunde das Heimatrecht heranzuziehen.

Bei Auslandsstaten von Ausländern ist mangels anderweiter Anknüpfungsmöglichkeit auf die *lex fori* zurückzugreifen.

Bei Distanzdelikten (X. schreibt einen beleidigenden Brief an Y.) wollte der VI. Senat in E 75 104 allein das Strafrecht anwenden, das am Handlungsort, dem „Tatort im engsten Sinne“ gilt. Nur wenn das Recht des Handlungsortes die Tat nicht mit Strafe bedroht, wohl aber das Recht des Erfolgsortes, soll dieses maßgebend sein. Ebenso HRR 41 1069. Nach dem dem § 3 Abs. 3 zugrunde liegenden Gedanken (darüber vgl. dort) ist aber das strengste Recht anzuwenden, da sonst der Unrechtsgehalt der Tat nicht voll erfaßt wird; von großer praktischer Bedeutung ist dabei, daß zur Schuld die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gehört, namentlich dann, wenn am Handlungsort die Tat straflos ist. Der V. Senat wollte jedenfalls dann, wenn sich die Tätigkeit in verschiedenen deutschen Rechts-

gebieten abspielt, das strengste Gesetz anwenden: E 75 385 = ZAk. 42 91 mit Anm. Bruns. Für das strengere Recht Mezger DR 40, 1527, Schäfer DJ 40, 1182 und ZAk. 41, 213 (zu E 75 104), v. Weber DStrR 40, 182, Schönke-Schröder Einf. V 2; für das mildere Kümmerlein in DStrR 40, 292.

Aus denselben Gründen ist auch bei fortgesetzter oder mehraktiger Tätigkeit in verschiedenen inländischen Rechtsgebieten jeweils das strengste Recht anzuwenden. Ebenso bei Tatmehrheit.

Für die Teilnahme folgt das gleiche aus den bei dem Internat. Strafr. behandelten Gründen; vgl. zu § 3 Abs. 3 und E 75 385, Recht 43 2031, DR 43 890 (Bruns).

IV. Inland. Der Begriff ist streitig.

§ 8 a. F. gab eine Legaldefinition des Auslandes: jedes nicht zum Reich gehörige Gebiet, aus dem sich durch Umkehrschluß das Inland ergab. Gegen diese scheinbar selbstverständliche und deshalb 1940 gestrichene Territoriauffassung aber z. B. Liszt § 22: Inland im strafrechtlichen Sinne ist das einheitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze, Liszt-Schmidt: das Gebiet, in dem kraft deutschen Hoheitsrechts deutsche Strafrechtssätze gelten. In dieser Frage lag schon damals die noch grundsätzlichere: ob der Inlandsbegriff spezifisch strafrechtlich oder, wie Frank es wollte, nach Staats- und Völkerrecht zu bestimmen sei. Zunächst war sie nur praktisch für die Konsulargerichtsbezirke, die nach Liszt Inland, nach Frank Ausland waren; nach 1919 für das Saargebiet. Nach dem Ges. über vorübergehende Rechtspflegemaßnahmen im Hinblick auf das Saargebiet vom 10. 3. 22 (RGBl. I 241) fanden die §§ 4—7 StGB (nur) entsprechende Anwendung, eine Bestätigung des territorialen Inlandsbegriffs.

Ebenso ist auch heute im Bereich des internationalen wie des interlokalen Strafrechts Inland im territorialen Sinne und nicht nach dem Gebiet im Sinne des Gebietens, der Gerichtsherrschaft abzugrenzen.

Inland ist danach im staatsrechtlichen Sinne zu verstehen. Maßgebend der Raum vom 31. 12. 37. Vgl. BGHSt. 8 170. Kritisch Wengler a. a. O. 53 ff., 64 ff., 73 ff., 87 ff.

Gleichgültig ist demgegenüber grundsätzlich, auch für die Abgrenzung des Interlokalen zum Internat. StR, ob innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs der Bundesgesetzgebung und im letzteren Falle, ob unter deutscher oder ausländischer Gerichtsbarkeit z. Z. stehend. Auch im Landesverratsrecht fassen wir diese beiden Bereiche als „fremde“ Regierungen zusammen. Danach fallen unter das Interlokale Strafrecht nicht nur die SBZ, sondern auch das Saarland (vgl. jetzt dessen Ges. Nr. 518 v. 9. 7. 56 § 2 Nr. 2, abgedr. unten Anh. Nr. 19), sowie die Gebiete hinter der Oder-Neiße-Linie, solange hier nicht völkerrechtlich gültige Gebietsveränderungen vorgenommen worden sind. So mit Recht BGHSt. 8 170. Das Rechtshilfeges. v. 2. 5. 53 gilt nach Creifelds JR 53, 205 zwar für die Saar, nicht aber für die Ostgebiete, „weil dort z. Z. keine deutschen Gerichte und Behörden bestehen“. Darauf kann es für die Rechtshilfe ankommen (wozu hier nicht Stellung zu nehmen ist), nicht aber für die Abgrenzung des innerdeutschen Strafrechtsbereichs, der eben nicht mit der deutschen Gerichtsbarkeit zu identifizieren ist. Kohlrausch hat 1940, als umgekehrt wie heute das Geltungsgebiet über das Territorium hinausging, mit Schärfe auf den Primat des Territoriums hingewiesen und das Ausgehen vom Geltungsgebiet als *petitio principii* bezeichnet.

Daß die SBZ Inland ist, stellt BGHSt. 5 364 klar. Es gibt nur eine einheitliche deutsche Staatsangehörigkeit, also nur einen Begriff des „Deutschen“; BGHSt. 5 317, aber unter Ablehnung der zonalen formlosen mündlichen Einbürgerung (Zweck des § 16 I RuStAGes. und ordre public verletzt). Vgl. ferner LM Nr. 3 (betr. Abtreibungen in Thüringen) sowie BGH GA 1955 178 (betr. Meineid vor dem zonalen Obersten Gericht).

Geltung für Deutsche

§ 3

(1) Das deutsche Strafrecht gilt für die Tat eines deutschen Staatsangehörigen, einerlei, ob er sie im Inland oder im Ausland begeht.

(2) Für eine im Ausland begangene Tat, die nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist, gilt das deutsche Strafrecht nicht, wenn die Tat wegen der besonderen Verhältnisse am Tatort kein strafwürdiges Unrecht ist.

(3) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln sollen, oder an dem der Erfolg eingetreten ist oder eintreten sollte.

Neueste Fassung durch 3. StÄG.

Zu Abs. I. 1. Personalgrundsatz. Grundsätzliches in Vorbem. I; zur Judikatur s. noch Hamburg JZ 51 305.

2. Tat. Zweifelhaft ist, ob auch politische Delikte „Taten“ im Sinne des § 3 sind. Daß Hoch- und Landesverrat gegen ausländische Staaten in den §§ 80 ff. nicht mitgemeint sind, ergibt sich aus dem Wortlaut der Tatbestände und aus §§ 102 ff. Aber auch für Widerstand, Meuterei und andere Vergehen gegen die Staatsverwaltung muß das gleiche gelten. Anders jedoch die alte preußische Praxis sowie E 8 53; wie hier E 14 124 (bestr., vgl. LK S. 649 Vorbem. vor § 110). Delikte gegen die Rechtspflege eines fremden Kulturstaates (z. B. Meineid vor einem italienischen Gericht) sind hingegen als „Taten“ eines Deutschen im Ausland anzusehen; falsche Anschuldigung auch wegen ihres Doppelcharakters, s. u. § 164 Anm. IV. Grundsätzlich ebenso LM Nr. 2 zu § 3 mit Übersicht. Entscheidend ist, ob uns die Handlung ihrer Natur nach als Verbrechen erscheint, ob ein Rechtswert gemeinsames Kulturgut ist oder nur Bestandteil einer positiven fremden Ordnung. Näheres DStR 41, 7 ff.; Mezger DStR S. 22 ff.

Zu Abs. II. Ausnahmen. Die strenge Durchführung des Personalgrundsatzes würde zu Härten führen; denn der Deutsche muß sich im Ausland gewissen dort herrschenden Verhältnissen anpassen. Abs. 2 schafft daher die Möglichkeit, diese Besonderheiten zu berücksichtigen; allerdings nur dann, wenn die Tat am ausländischen Tatort nicht mit Strafe bedroht ist, eine (anscheinend aus § 4 Ziff. 3 a. F. übernommene) Einschränkung, die der Personalgrundsatz keineswegs fordert.

Auf Grund der besonderen ausländischen Verhältnisse kann schon der Sinn des Tatbestandes als typischen Unrechts entfallen. Da hier die tatsächlichen Voraussetzungen unserer Strafdrohung nicht gegeben sind, würde es ihrem Sinn nicht entsprechen, sie anzuwenden.

Wenn dagegen am Tatort die gleichen Tatsachen nur strafrechtlich anders gewertet werden, so steht dies im allgemeinen einer Bestrafung der Auslandstat nicht

entgegen. Denn ob ein Handeln als Unrecht zu werten ist, darüber müssen deutsche Maßstäbe entscheiden (ebenso jetzt BGHSt. 8 349, 357). Wenn etwa mann männliche Unzucht oder Abteibung (HRR 40 1141) am Tatort straflos sind, so hindert das die Bestrafung des Deutschen nicht. Anders (gegen früh. Aufl.), wenn z. B. ein Deutscher im Ausland gewerbsmäßig spielt. Denn § 285 ist im wesentlichen Polizeidelikt zum Schutz der inländischen Ordnung, kein *delictum per se*; vgl. Anm. zu §§ 284ff.

Zu beachten ist aber, daß das Gesetz strafwürdiges Unrecht fordert. Wenn sich ein deutscher Kaufmann im Auslande, um wettbewerbsfähig zu bleiben, den am Ort herrschenden Anschauungen über Versprechungen, Kreditunterlagen u. dgl. anpaßt, kann er nicht wegen Betruges verantwortlich gemacht werden, auch wenn dieser nach den deutschen Maßstäben vorläge. Sein Handeln ist entschuldigt, zum mindesten überschreitet es nicht die Schwelle der Strafwürdigkeit; vgl. im einzelnen Mezger, DStrR 41, 21.

Zu Abs. III. Die Legaldefinition vom Ort der Handlung oder Unterlassung entspricht der schon bisher herrschenden Ansicht. Vgl. E 23 156, 48 60, 50 423.

Aus der hier für die Täterschaft gegebenen Regel folgt die gleiche für die Teilnahme (a. A. Hartung RVerwBl. 40, 631ff., nach dem die Fragen für die Teilnehmer offengeblieben sind, u. E 74 59, die die Entscheidung aus Akzessoritätsfragen ableiten will; vgl. aber dazu jetzt § 49a n. F.). Die Regel des Abs. 3 führt unmittelbar auf die für alle Erscheinungsformen geltende Wesensbestimmung des Verbrechens zurück. Wenn ein Ausländer im Ausland Beihilfe für eine Inlandstat leistet, verursacht er eine im Inland eintretende Rechtsgutsverletzung und ist deshalb strafbar. Aber das Verbrechen ist neben der Verletzung des einzelnen Rechtsguts auch unerträgliches Beispiel einer Auflehnung gegen die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, vgl. Syst. Vorbem. I. Als solches berührt es die inländische Rechtsordnung auch dann, wenn die schädlichen Folgen ausschließlich das Ausland treffen. Auch ein Ausländer, der im Inland Beihilfe zur Auslandstat eines Ausländers leistet, ist daher strafbar.

Nach der Regel des § 3 Abs. 3 ist Anstiftung überall da begangen, wo die Verleitung unternommen, wo sie wirksam geworden und wo der Tatentschluß verwirklicht worden ist; Beihilfe da, wo die fördernde Handlung erfolgt und wo der Erfolg eintritt.

Im Ergebnis ebenso die Rspr.: E 57 145, 75 386 betr. Mittäterschaft; E 67 138 betr. mittelbare Täterschaft; E 25 426 betr. Anstiftung; E 11 20, 20 169, JW 36 2655, E 74 59 betr. Beihilfe. Betr. Teilnahme an Zolldelikten vgl. BGHSt. 4 333 Zutr. Schröder ZStW 61, 129. Betr. Fortsetzungszusammenhang vgl. HRR 39 480.

Geltung für Ausländer

§ 4

(1) Das deutsche Strafrecht gilt auch für Taten, die ein Ausländer im Inland begeht.

(2) Für eine von einem Ausländer im Ausland begangene Straftat gilt das deutsche Strafrecht, wenn sie durch das Recht des Tatorts mit Strafe bedroht oder der Tatort keiner Strafgewalt unterworfen ist und wenn

1. der Täter die deutsche Staatsangehörigkeit nach der Tat erworben hat
oder

2. die Straftat gegen das deutsche Volk oder gegen einen deutschen Staatsangehörigen gerichtet ist oder
 3. der Täter im Inland betroffen und nicht ausgeliefert wird, obwohl die Auslieferung nach der Art der Straftat zulässig wäre.
- (3) Unabhängig von dem Recht des Tatorts gilt das deutsche Strafrecht für folgende Straftaten, die ein Ausländer im Ausland begeht:
1. Straftaten, die er als Träger eines deutschen staatlichen Amtes oder als Soldat der Bundeswehr oder die er gegen Träger eines solchen Amtes oder gegen einen Soldaten der Bundeswehr während der Ausübung ihres Dienstes oder in Beziehung auf ihren Dienst begeht;
 2. hoch- oder landesverräterische Handlungen gegen die Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder und Verbrechen des Verfassungsverrats;
 3. Sprengstoffverbrechen;
 4. Kinderhandel und Frauenhandel;
 5. Verrat eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses eines deutschen Betriebes;
 6. Meineid in einem Verfahren, das bei einem deutschen Gericht oder einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen deutschen Stelle anhängig ist;
 7. Münzverbrechen und Münzvergehen;
 8. unbefugter Vertrieb von Betäubungsmitteln;
 9. Handel mit unzüchtigen Veröffentlichungen.

Abs. 3 Nr. 1 ist durch 3. StÄG neu gefaßt.

Zu Abs. I. Territorialgrundsatz. Bei Inlandstaten von Deutschen gleiches zu sagen, ist, da jetzt der Personalgrundsatz im Vordergrund steht, nicht mehr notwendig.

Zu Abs. II. Stellvertretende Strafrechtspflege. Bedingte Strafbarkeit: 1. Neubürger werden nicht ausgeliefert (Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG). An Stelle der verwirkten Auslandsbestrafung tritt daher die Bestrafung im Inland, und zwar nach deutschem Recht (anders früher, soweit das Auslandsrecht milder war, vgl. § 4 II Ziff. 3 Abs. 2 a. F.). — Flüchtlinge stehen nach Art. 116 GG und den Flüchtlingsgesetzen Inländern gleich: München NJW 51 285, Karlsruhe MDR 51 118 (Herlan), BGHSt. 11 63. — 2. Schutz des deutschen Volkes oder des einzelnen Deutschen, falls die zunächst erwartete Auslandsbestrafung versagt. — 3. Die Auslieferung kann daran scheitern, daß mit dem betr. Staat kein Auslieferungsvertrag geschlossen ist; oder daß dieser ein Auslieferungsersuchen nicht gestellt hat; oder daß die Auslieferung tatsächlich unmöglich ist, z. B. wegen Krieges. In solchen Fällen muß die Möglichkeit geschaffen werden, zu strafen.

Vorausgesetzt ist in allen Fällen die **Strafbarkeit im Ausland**, gleichgültig unter welchem Gesichtspunkt: RG HRR 39 1550, DJ 40 515, auch ob Strafantrag gestellt: BGH NJW 54 1086.

Auch in den Fällen, in denen der Tatort keiner Strafgewalt unterworfen ist (Schiffbrüchige auf hoher See, Polarexpedition), liegt stellvertretende Strafjustiz vor. Nur setzt sich das deutsche Strafrecht hier nicht an die Stelle eines bestimmten Auslandsstrafrechts, sondern es tritt für den Gedanken des Rechtes schlechthin ein; in den Fällen der Ziff. 2 auch hier in Verbindung mit dem Schutzgrundsatz.

Zu Abs. III. Schutzgrundsatz und Weltrechtsgrundsatz. Im Gegensatz zum Abs. II ist hier die Bestrafung der Auslandstat des Ausländers nicht bedingt durch die Strafbarkeit am Tatort. Früher war es nur so bei Hoch- und Landesverrat, bei Amts- und bei Gelddelikten. Ihnen entsprechen die jetzigen Nr. 1, 2 und 7. Hinzukommen seit 1940 in Erweiterung des Schutzgrundsatzes: Nr. 5 (entsprechend § 20a UnlWettbGesetz in der Fassung v. 9. 3. 32, abgedruckt Anhang Nr. 5); Nr. 6: hier kommt es nicht darauf an, ob die den Eid abnehmende, sondern ob diejenige Behörde eine deutsche ist, bei der das Verfahren anhängig ist; z. B. Meineid vor einem ausländischen Gericht, das von einem deutschen Gericht um Rechtshilfe ersucht ist. — Der Universalgrundsatz (bisher nur bei Gelddelikten, jetzt Nr. 7) ist erweitert um die Nr. 3, zwecks internationaler Bekämpfung von Terrorakten; um die Nr. 4 (vgl. Anhang Nr. 3); um die Nr. 8, die dem internationalen Opiumabkommen v. 23. 1. 12 u. 19. 2. 25, und um die Nr. 9, die internationalen Abkommen v. 4. 5. 10 u. v. 12. 9. 23 entspricht.

Schiffe, Luftfahrzeuge

§ 5

Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig von dem Recht des Tatorts, für Taten, die auf einem deutschen Schiff oder Luftfahrzeug begangen werden.

Für deutsche Schiffe (nicht nur Kriegs- und Staatsschiffe) entspricht die Bestimmung dem anerkannten Recht. Vgl. Mettgenberg ZStW 52, 802, DJ 40, 641. Nicht nur auf hoher See, sondern auch in fremden Küstengewässern sind sie, was den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts betrifft, Inland. Für Privatluftfahrzeuge über fremdem Staatsgebiet war die Frage völkerrechtlich streitig. Vgl. Ztschr. f. Luftf. 1952, 84.

Übertretungen

§ 6

Im Ausland begangene Übertretungen sind nur dann zu bestrafen, wenn dies durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.

Ob eine Übertretung vorliegt, ist nach deutschem Recht zu beurteilen. E 18 299. — Vereinbarungen der Justizverwaltungen genügen nicht: LG Coburg NJW 55 1408 (betr. Österreich).

Anrechnung

§ 7

Eine im Ausland vollzogene Strafe ist, wenn wegen derselben Handlung im Inland abermals eine Verurteilung erfolgt, auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen.

I. Über die Grundsätze der Anrechnung vgl. E 35 41.

II. Über die Wirkungen einer Bestrafung durch **Besatzungsgerichte** Hamburg MDR 49 54. Entspr. Anwendung geboten, BGH LM Nr. 2 (Werner), Bamberg HEST. 1 185; nur strafmildernd berücksichtigen will BayObLG NJW 53 682 (vgl. auch 50 358). Kern JW 1920, 652 wendet § 73 an; hiergegen Bremen NJW 50 918. — Verbrauch der Strafklage jedoch, soweit nur Besatzungsinteressen verletzt: Frankfurt HEST. 3 49.

III. Die Verurteilung muß wegen derselben **Tat** i. S. d. § 264 StPO erfolgen, gleichviel unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt (vgl. schon oben zu § 4 Abs. 2). BGH NJW 53 1522, LM Nr. 1, BayObLG NJW 51 370 (vgl. hier auch darüber, daß das Strafübel den Täter wirklich getroffen haben muß, also nicht bei einer von Dritten bezahlten Geldstrafe, bei Erlaß oder Vollstreckungsverjährung).

§ 8 aufgehoben. Vgl. Vorb. IV vor § 3.

§ 9 hatte gelaute: „Ein Deutscher darf einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung nicht überliefert werden.“ Aufgehoben durch KRG Nr 11.

Jetzt folgt die Nichtauslieferung Deutscher aus Art. 16 Abs. 2 GG.

§ 10 betraf **Anwendbarkeit der allgemeinen Strafgesetze auf Militärpersonen**; aufgehoben durch KRG Nr. 11.

Indemnität der Parlamentsmitglieder der Länder

§ 11

Mitglieder eines Gesetzgebungsorgans eines zur Bundesrepublik Deutschland gehörigen Landes dürfen zu keiner Zeit wegen ihrer Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die sie in der Körperschaft oder einem ihrer Ausschüsse getan haben, außerhalb der Körperschaft zur Verantwortung gezogen werden. Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen.

Schrifttum: Bockelmann, Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten usw., 1950. — Herlan, Die Immunität der Abg., JR 51, 325. — Ders., Neues zum Immunitätsrecht, MDR 51, 82.

I. Neu gefaßt durch 3. StrRÄndGes.

II. Die vorl. Stelle betrifft die **materiellrechtliche Indemnität** im Gegensatz zur prozessualen Immunität (vgl. für Bundestagsabgeordnete entspr. Art. 46 GG mit Art. 47). Sie schafft einen persönlichen Strafausschließungsgrund, bei dem strafbare Teilnahme Dritter möglich bleibt, z. B. böswilliger Informanten. Anders und zu weitgehend will § 100 III einen Rechtfertigungsgrund in einem Sondergebiet konstruieren, mit unerträglichen Folgen der Straflosigkeit außenstehender Teilnehmer. Vgl. dort Anm. III.

III. Ob außer den Landtagen (in den Hansestädten: Bürgerschaften) noch andere **Gesetzgebungsorgane** in Betracht kommen, ist nach dem jeweiligen Landesverfassungsrecht zu entscheiden.

IV. Zur Praxis der **Immunität** vgl. Schleswig MDR 51 56 (Anm. Herlan) sowie für den Bundestag Koch, Bundesanz. Nr. 214 v. 3. 11. 51 S. 9.

*Indemnität der Parlamentsberichte***§ 12**

Wahrheitsgetreue Berichte über die öffentlichen Sitzungen der in § 11 bezeichneten Gesetzgebungsorgane oder ihrer Ausschüsse bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.

I. Neu gefaßt durch 3. StrRÄndGes.

II. Wahrheitsgetreu ist nicht wortgetreu, sondern sinnetreu, und zwar nicht nur für Einzelheiten, sondern — bei nur teilweiser Wiedergabe — auch für den Gesamtvorgang.

III. Rechtfertigungsgrund, vgl. Braunschweig NJW 53 516 (auch betr. Irrtumsfragen). Keine strafbare Teilnahme denkbar; anders bei § 11, s. dort Anm. II.

IV. Für Berichte über öffentliche Bundestagssitzungen entspr. Art. 42 Abs. 3 GG. — Auf Gesetzgebungsorgane außerhalb der BR nicht: BGH NJW 54 1252

Erster Teil

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im allgemeinen

Erster Abschnitt

Strafen

Aus dem neueren **Schrifttum**: Nagler, Die Strafe, 1. Hälfte, 1918; Mezger, Strafzumessung im Entwurf, ZStW 51, 855; v. Hentig, Die Strafe, 1932 und 1954 (kriminalpsychologisch); Gallas, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik (Abh. des Krim. Inst. Berlin), 1931; Exner, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931. — Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch, 1944, S. 24 ff.; Lange, Strafe und Erziehung im Jugendstrafrecht, ebendort S. 44 ff. — Täter-schuld und Todesstrafe, ZStW 62, 175 ff.; Klug, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe, 1938; Klee, Die Krise der Sühnetheorie, DStR 1942 S. 68 ff.; Dreher, Über die gerechte Strafe, 1947. — SJZ. 47, 562. Buchwald, Zur Frage der richterlichen Strafzumessung, JR 48, 143; Eb. Schmidt, Probleme staatlichen Strafens in der Gegenwart, SJZ 46, 204; Arndt, Das Strafmaß, SJZ 46, 30; Wimmer, Schutzbedürfnis, Schutzwürdigkeit, Strafwürdigkeit, DRZ 48, 116; Heinrich, Zuchthaus und Gefängnis oder Einheitsstrafe? NJ 47, 29; Pfander, Der zentrale Begriff „Strafe“, SchwZStR 61, 173 ff.; Bockelmann, Strafe und Erziehung (in Festschr. f. Gierke 1950 S. 27 ff.). — Zur Reform des Strafsystems, JZ 51, 494; v. Weber, Die Sonderstrafe, DRiZ 51, 153; Blau, Nochmals: Die Sonderstrafe, JR 53, 323; Frey, Heinitz, Zum Ausbau des Strafsystems, ZStW 65, 3 ff., 26 ff.; Heinitz, Der Strafprozeß bei der richterlichen Strafzumessung, ArchRWiPhilos. 27, 259; Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63, 57 ff.; Hall, Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, ZStW 66, 77 ff.; Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70, 41; Schröder, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Festschrift f. Mezger 1954, 415 ff.; Gutachten zur Strafrechtsreform von Mezger und Eb. Schmidt (Strafzweck und Strafzumessungsregeln), Würtenerberger und Sieverts (Unbestimmte Verurteilung), Lange (Systematik der Strafdrohungen); Dreher, Bericht über die 1. Arbeitstagung der Gr. Strafr. Komm., ZStW 66, 568 ff.; Lange, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchweizZfStrR 1955, 373 ff.; Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß 1954; Koffka, Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich aus dem geltenden StGB? JR 55, 322; Bruns, Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre, NJW 56, 241 ff.; Jagusch, Die Praxis der Strafzumessung (aus LK) 1956; Dreher, Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ 57, 155 ff.; Lang-Hinrichsen, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung, GA 1957, 1 ff.; v. Weber, Die richterliche Strafzumessung, 1957 (C. F. Müller); Sauer, Probleme der richterlichen Strafzumessung, GA 1957, 129; Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschr. 1957, 55; Mergen ebendort S. 21; Kielwein S. 95 über moderne (internat.) Kriminalpolitik.

Zum Entwurf: Vom kriminalpolitischen Standpunkt aus: Eb. Schmidt ZStW 69, 359; Heinitz ZStW 70, 1; vom kriminologischen Standpunkt: Leferenz ZStW 70, 41; vom dogmatischen: Sax ZStW 69, 412.

Zur Strafbarkeit von **juristischen Personen** vgl. die Lit. unten zu D.

Vorbemerkungen

Übersicht: A. Die Strafe: I. Bindungen durch das GG. — II. Strafzwecke im StGB. — III. Sühneidee und Schutzgedanke. — IV. Richterliche Strafzumessung. — V. Strafsystem. — B. Die Maßregeln des StGB. — C. Das Jugendstrafrecht. — D. Juristische Personen. — E. Ordnungswidrigkeiten.

Über Wesen und Zweck der Strafe Klarheit zu gewinnen, ist den Menschen ein Bedürfnis, seitdem sie über sich selber nachdenken, also „philosophieren“. Außerhalb der Aufgabe dieses Buchs liegt ein Überblick über die Strafrechtstheorien, deren Wechsel den Wandlungen der Rechts-, Staats- und allgemeinen Weltanschauung parallel geht. Unerlässlich ist aber, den Standpunkt des geltenden Rechts zu erkennen.

A. Die **Strafe** ist das klassische und zentrale, aber nicht mehr das einzige Mittel des Strafrechts. Sie ist entsprechend ihrem besonderen Sinn und Zweck von den Maßregeln und den sonstigen Hilfsmitteln des modernen Strafrechts abzugrenzen. Die speziellen Strafzwecke können daher nur im Rahmen der Strafrechtzwecke überhaupt und diese wiederum wegen der Einheit der Rechtsordnung nur im Einklang mit deren allgemeinen Zwecken bestimmt werden.

I. In erster Linie sind daher die **Richtlinien und Bindungen des Grundgesetzes** zu beachten. Es setzt in Art. 1 die Würde des Menschen als Grundwert der Rechtsordnung und als unüberschreitbare Grenze der Staatsmacht. Das ist für das Strafrecht und seine Durchsetzung als schärfsten Ausdruck dieser Macht besonders bedeutsam und hat in Bestimmungen wie § 136a StPO bereits seinen Niederschlag gefunden. Menschenwürde ist ohne Freiheit und damit — was immer übersehen wird — ohne Verantwortlichkeit nicht denkbar. Ihr entspricht allein die Bewertung des Handelns nach verbindlichen, absoluten Ideen als dem tragenden Grunde des Menschseins (im Gegensatz zur bloßen Beurteilung unter sozialen Zweckgesichtspunkten). Solche Ideen positiviert das GG in Gestalt der materiellen Gerechtigkeit als Kern des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 in der Auslegung des BVerfG, JZ 54 32) und des Rechtsstaats (Art. 20, 28 usw.) Näheres hierzu in „Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der modernen Strafrechtsentwicklung“, Tübingen 1952. Aber auch die strenge Gewaltentrennung des GG wirkt sich bestimmend auf das Strafrecht aus. Sind absolut unbestimmte oder unbegrenzte Strafen zulässig? Dazu oben § 2 Anm. I. Darf dem Richter in besonders schweren Fällen die Strafbestimmung völlig vom Gesetzgeber überlassen werden? Zu diesen Fragen vgl. die „Systematik der Strafdrohungen“ in Gutachten der Strafrechtslehrer zur Strafrechtsform. — Über Grenzen des Gleichheitssatzes bei der Strafzumessung vgl. BGHSt. 1 184.

Auch die Einzelbestimmungen des GG in Art. 102 (Todesstrafe), Art. 103 (nulla poena sine lege; ne bis in idem), Art. 104 (habeas corpus) geben die gleiche allgemeine Richtung an.

Alle diese Grundsätze sind nicht, wie in der Weimarer Verf., nur formal und programmatisch, also nur theoretisch verpflichtend, sondern material von den angegebenen Werten her bestimmt; und sie sind aktuelles Recht. Ein Verstoß gegen

sie macht das Strafgesetz und seine Zweckbestimmung ungültig; ihre Einhaltung wird durch Normenkontrolle gesichert, Art. 100 GG. Vgl. oben § 2 Anm. III A 6.

II. Das Strafgesetzbuch enthält sich bewußt einer ausdrücklichen Feststellung bestimmter Strafzwecke (so die Motive, vgl. E 58 106). Anders voraussichtlich das künftige Recht: ZStW 66, 571.

1. Wohl aber appellieren einzelne weittragende Gesetze an den Strafzweck oder setzen ihn voraus. So unter anderem:

a) § 23 Abs. 3 Ziff. 1 nötigt den Richter zu der Frage, „wann das öffentliche Interesse die Vollstreckung der Strafe erfordert“ (s. u. § 23 Anm. III, Vorbem. II; — b) § 27 b zu der Frage, ob „der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann“. — c) §§ 5, 17 JGG „wann Jugendstrafe erforderlich ist“ — nach BGH JR 54 149 muß gem. § 17 II Generalprävention außer Betracht bleiben —, mit der wichtigen Maßgabe der „schädlichen Neigungen“ und der „Schwere der Schuld“; vgl. auch § 19 JGG (unbestimmte Strafe). — d) Nach § 23 „kann“ das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen die Strafvollstreckung aussetzen, nach § 26 den Verurteilten bedingt entlassen, nach § 51 Abs. 2 bei verminderter Zurechnungsfähigkeit die Strafe, nach § 106 JGG bei Heranwachsenden das allgemeine Strafrecht mildern.

In allen diesen Fällen muß der Richter nach dem Willen des Gesetzes von einer bestimmten Vorstellung über Sinn und Zweck der Strafe ausgehen und ist an sie gebunden. Niemals handelt es sich um sein Belieben (so früher Dalcke zu § 106 JGG) oder um freies Ermessen. So mit Recht auch BGHSt. 7 28 (gegen E 71 179, 74 217) für § 51 II. Näheres an den angegebenen Stellen.

2. Auch das System des Strafrechts nötigt zur Klärung der Strafzwecke.

a) Das Jugendstrafrecht hat man seit 1923 und mehr noch seit 1953 unter dem Gesichtspunkt des hier überwiegenden speziellen Erziehungszwecks aus dem allgemeinen Strafrecht herausgenommen. Die Nahtstelle beider Gebiete sind heute die §§ 105, 106 JGG. Vgl. unten zu C.

b) Dem Strafsystem ist ein System von Maßregeln mit dem ausgesprochenen und ausschließlichen Zweck der Sicherung oder Besserung angeschlossen worden. Auch in ihrem Bereich aber wird vor und neben ihnen Strafe verhängt und vollzogen. Diese muß also zum mindesten auch andere Zwecke verfolgen und einen anderen Sinn haben. Und außerhalb des Bereichs der Zweispurigkeit muß offenbar die Strafe alle durch die Tatsache jenes Systems anerkannten Strafrechtszwecke „einspurig“ mitübernehmen, soweit das überhaupt mit ihrem Wesen vereinbar ist. So für den spezifischen Erziehungszweck des Jugendstrafrechts ausdrücklich § 19 JGG.

c) Das Strafsystem des StGB selbst ist sowohl nach der Schwere und Dauer des Strafübels wie nach dem Grade der Mißbilligung gestaffelt. Das letztere Kriterium ist unerläßlich; die Übelsvollziehung dagegen jetzt nicht mehr: §§ 23—26. Auch hieraus ist auf das Wesen der Strafe zu schließen. Es muß in der spezifischen sozialetischen Mißbilligung liegen, nicht im Übelscharakter, den der Vollzug der Strafe ohnehin mit anderen Tatfolgen teilt. Vgl. Vorbem. u. Anm. zu §§ 23 ff. sowie § 18 Anm. III.

d) Ansätze zum Täterstrafrecht. Straferhöhung und Strafbegründung knüpfen neuerdings nicht mehr ausschließlich an Umstände der Einzeltat, sondern

in gewissen Fällen an das Sein, die Existenzform des Täters unmittelbar an: beim gefährlichen Gewohnheitsverbrecher des § 20a, beim ausbeuterischen Zuhälter des § 181a. Sind damit entscheidende Wertgesichtspunkte der Strafe verändert? Darüber unten zu § 20a und § 181a.

Der Zusammenhalt aller dieser positiven Bestimmungen zeigt, daß das Gesetz nicht nur dem Namen, sondern auch der Sache nach an der Idee der Strafe festhält, wie sie im Rechtsbewußtsein von je her lebt. Dazu gehören: Gerechte Vergeltung des schuldhaften Rechtsbruchs und Befriedigung des Sühnebedürfnisses, durch deren Wirkung auf die Allgemeinheit oder durch Abschreckung Kriminellbereiter zugleich Verhütung weiterer Verbrechen (Generalprävention) und schließlich zweckmäßige, sei es erzieherische, bessernde, abschreckende oder sichernde Einwirkung auf den straffällig Gewordenen (Spezialprävention). Der zuletzt genannte Zweck, ursprünglich hinter dem Vergeltungsgedanken weit zurücktretend, ist durch alle großen Novellen seit dem Ende des ersten Weltkrieges immer stärker betont worden. Das in einem jeden echten Strafrecht unauflösliche Wert- und Zweckgefüge der Strafe ist damit aber nicht aufgehoben, kann es auch nicht sein. Denn:

III. Sühneidee und Schutzgedanke sind die beiden Komponenten einer jeden „Strafe“. Jedes echte Strafurteil muß auf beiden beruhen. So auch schon der Art. 104 der Carolina von 1532 (Art. 105 ihrer Vorläuferin, der Bambergensis). Mit gesundem Rechtsinstinkt sagt Johann v. Schwarzenberg: Der Richter habe die Strafen zu verordnen und zu verhängen „aus Lieb der Gerechtigkeit und um gemeines Nutz willen“ (vgl. dazu Radbruch in Schweizer ZfStrR 55, 1941, S. 113 ff. sowie in Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie 35, 1942, S. 143 ff.).

Es ist das Verhältnis von Gerechtigkeit auf der einen, Zweckmäßigkeit auf der anderen Seite; von Schuld und Sühne auf der einen, Gefährlichkeit und Anpassung bzw. Gesellschaftsschutz auf der anderen Seite. Im Strafbegriff liegt wie im Schuld-begriff das logisch nicht lösbare, aber dem Menschen ewig aufgegebenes Problem von Sollen und Können, von Freiheit und Notwendigkeit. Das sind „antinomische Spannungen“, deren kriminalpolitische Entscheidung heute nur im Rahmen der verbindlichen Grundordnung gesucht werden kann (oben zu I). „Gerecht“ muß die Strafe immer sein. Ihre Zweckmäßigkeit kann hiermit vereinbar, sie kann aber nicht ein Ersatz für Gerechtigkeit sein. Das ist auch *de lege ferenda* die Meinung der Strafrechtskommission, vgl. den Bericht von Dreher ZStW 66, 572.

1. Nur innerhalb des in der Wertwelt unserer Kultur unaufhebbaren Spannungsverhältnisses von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit — das letzten Endes Ausdruck der Spannung zwischen Individualität und sozialer Funktion im Bilde des Menschen selbst ist — sind unter den Sinngebungen und Zwecksetzungen der Strafe als Sühne, Vergeltung, Allgemeinabschreckung, Abschreckung des Täters, Besserung, Erziehung und Sicherung Akzentverschiebungen zulässig. Was der eine Strafzweck gebietet, muß mit dem anderen wenigstens vereinbar sein. Inwieweit eine Synthese in Gestalt etwa der Generalprävention durch Vergeltung oder der spezialpräventiv gefaßten Sühneidee, also ein Ineinander der Strafzwecke das Nebeneinander zu ersetzen hat, ist hier nicht näher auszuführen. Akzentverlagerungen werden bald durch neue geistige Strömungen, bald durch praktische Bedürfnisse ausgelöst, ergreifen bald das gesamte Gebiet des Strafrechts, bald nur einzelne Teile davon.

So war die nach Kriegsende erfolgte rückwirkende Einführung der Todesstrafe für bestimmte politische Delikte in Ländern, die diese Strafe sonst abgeschafft hatten, aus einem elementaren Vergeltungs- und Sühnebedürfnis zu erklären, ebenso das KRG Nr. 10. Vgl. ferner z. B. § 4 der Württ. VO vom 16. 5. 47, wonach Verbrechen oder Vergehen, die in der nationalsozialistischen Zeit aus politischen Gründen nicht bestraft wurden, zu verfolgen sind, „wenn die Grundsätze der Gerechtigkeit, insbesondere die Gleichheit aller vor dem Gesetz, die nachträgliche Sühne verlangen“; entspr. Art. 1 des Ahndungsges. (US-Zone), dazu Frankfurt, SJZ 48 272. Im Wirtschaftsstrafrecht andererseits machten sich in der Notzeit starke generalpräventive Strömungen geltend. Vgl. etwa die Wirtschaftsstraf-VO der Sowjet. BesZone v. 23. 9. 48 (ZentrVOBl. S. 439) oder die in JR 47 62 wieder-gegebene Weisung der Berliner Alliierten Kommandantur sowie aus der Rechtspr. Gera NJW 48 317. Im Jugendstrafrecht wiederum geht die Tendenz dahin, die Strafe möglichst weitgehend durch — spezialpräventive — Erziehungsmaßregeln zu verdrängen.

In der Hitlerzeit war zunächst der Sühneganke betont, später aber in der Praxis durch einen immer rücksichtsloser gehandhabten „Schutz“-Zweck verdrängt worden. Für diese Entwicklung besonders charakteristisch die zweimalige Umgestaltung des § 48 der Strafvollzugsordnung in den Jahren 1934 und 1940 (vom Besserungs- zum Sühnezweck und von diesem zum Sicherungszweck) sowie das Ges. v. 4. 9. 41, in dem „Schutz des Volkes oder gerechte Sühne“ als bloß alternative Voraussetzungen der Strafe verlangt wurden, unter bewußter Voranstellung des ersteren, derart, daß selbst die Todesstrafe, auch wenn sie „nicht verdient“ war, als „sichernde Maßnahme“ verhängt wurde. So E 77 27 und 105. Dazu Niethammer, DRZ 46 13, aber auch Dahm und Exner in Festschr. f. Kohl-rausch S. 1 und 24.

2. Die Strafzwecke können sich im Einzelfall wohl decken. Oft aber kollidieren sie miteinander. So wenn ein vermindert Zurechnungsfähiger zugleich besonders gefährlich ist (§ 51 Abs. 2 i. V. m. § 20a), vgl. BGH LM § 20a Nr. 3. Oder wenn die Häufung von Fällen bestimmter Taten, etwa von Verkehrsdelikten, auch in einem leichten Fall exemplarische Strafe nahelegt. Diese antinomischen Spannungen erkennt das Gesetz neuerdings selbst ausdrücklich an, wenn es auch da, wo Strafaussetzung zur Bewährung oder bedingte Straffentlassung spezialpräventiv geboten sind, sie dennoch nicht zwingend, sondern nur als möglich vorsieht und das „öffentliche Interesse“ u. U. die Aussetzung verhindern läßt.

Eine gewisse Annäherung der Strafzwecke aneinander ergibt sich aus den Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung und den Wandlungen der Strafrechtsw Zwecke. Im einzelnen:

a) Maßstab gerechter Vergeltung und Sühne ist im Rahmen der Rechtsgüterordnung nicht mehr in erster Linie die Größe des Erfolges, sondern die Schwere der Schuld: arg. § 56. Ausdrücklich so § 2 Entn. 1959.

b) Die zweckmäßige Einwirkung auf den einzelnen Täter muß so weit das Ziel sein, wie mit der Geltung der Rechtsordnung einerseits und dem Gedanken einer vom Täter selbst anzuerkennenden Sühne für Schuld andererseits vereinbar ist, arg. §§ 23 ff., 27 b.

c) Die allgemeine Verbrechensvorbeugung ist nicht in erster Linie durch abschreckende Härte, sondern durch Befriedigung des Rechtsgefühls der Allgemeinheit, soweit es anerkannt werden kann, zu erstreben.

Soweit die Gegensätze unaufhebbar bleiben, ist von dem oben entwickelten Ausgangspunkt hier folgendes zu erwägen:

3. Für eine **grundsätzliche Gleichrangigkeit** von Vergeltung, General- und Spezialprävention spricht seit dem 3. StrRÄndGes. die gegensinnige Bedeutung des „kann“ in §§ 23, 26 einerseits, § 51 Abs. 2 andererseits. Dort bedeutet es, daß Erfordernisse der Vergeltung oder der Generalprävention die an sich gegebene spezialpräventive Indikation für eine Strafaussetzung ausschalten können, hier umgekehrt, daß spezialpräventive Notwendigkeiten die unter dem Gesichtspunkt gerechter Vergeltung nahegelegte Strafmilderung hindern. Zu § 51 Abs. 2 betont BGHSt. 7 28 den Grundsatz der Schuldangemessenheit der Strafe. Vgl. unten IV 7 und § 51 Anm. XI.

4. Doch läßt sich die Frage nach dem Strafzweck abstrakt überhaupt nicht beantworten. Vielmehr ist zu **unterscheiden**:

a) Wo die Strafe **alle Zwecke des Strafrechts** zu wahren hat, weil sie einzige Reaktion ist, muß sie Besserungs- und Sicherungszweck stärker betonen als da, wo ihr diese Aufgaben durch Maßregeln oder andere Straftatfolgen abgenommen werden.

b) Die **Strafrechtszwecke entwickeln und wandeln sich**. In dem völlig übersehenen Hinweis darauf (an Hand des § 27b) liegt die bleibende Bedeutung der RGSt. 58 106 (109), unten zu IV 7, nicht in der vermeintlichen endgültigen Festlegung einer Rangordnung. Diese wollte der Gesetzgeber gerade verhüten, indem er die Strafzwecke der immer erneuten Bemühung von Wissenschaft und Praxis überantwortete. Der allzu oft zitierte Satz von Kohlrausch etwa: um Generalprävention brauche man sich nicht zu sorgen, gilt nur für ruhige Zeiten mit ausgeglichenen Wertungen. In krisenhaften Zeiten liegt hier die Hauptsorge, aber auch bei radikalem Wandel der Lebensverhältnisse: Verkehrsdelikte infolge Motorisierung.

c) Für **Gesetzgeber, Richter, Vollzugsbeamte** stellt sich die konkrete Aufgabe, den Strafrechtszwecken gerecht zu werden, ganz verschieden dar. Das Gesetz muß in der Typenbildung den generalisierenden Zwecken der Vergeltung und Generalprävention in erster Linie Rechnung tragen; in einem Rechtsstaat ist zudem grundsätzlich die verwirklichte oder angestrebte bestimmte Tat alleinige Richtschnur (vgl. die Zurückdrängung der Persönlichkeitswürdigung in BGHSt. 3 330). Der Richter muß Tat und Täter würdigen, wird aber in steigendem Maße auf den Täter hingewiesen: §§ 20 a, 23 ff., 27 b, 51 II StGB, 105 ff. JGG. Für den modernen Vollzug ist die Persönlichkeit des Täters Richtschnur, die Tat Grenze. Daher sind die Grundsätze über den Vollzugszweck (s. o. und in §§ 90, 91 JGG) keineswegs identisch mit den Gesamtzwecken des Strafrechts. So auch E 59 51. Und die Strafbemessungsregeln sind nicht einfach eine Anwendung der generalisierenden Maßstäbe des Gesetzes auf den Einzelfall. Näheres s. u. zu IV.

d) Die Grundbegriffe „**Tat und Schuld**“, in denen RG 58 109 und ihm folgend BGHSt. 3 179 gegensätzliche Gesichtspunkte für die Strafzumessung sehen, sind zu abstrakt gefaßt. Tat: nicht schlechthin die Folgen, wie der BGH annimmt, sondern nur die verschuldeten dürfen hier ins Gewicht fallen (jetzt auch arg. § 56). So die Entwürfe nach dem VE 1909, z. B. § 62 Entw. 1959, die heute schon als Ausdruck des Schuldstrafrechts verbindlich sind. Vgl. auch Art. 43 SchwStGB. — Schuld: hier ist zwischen tatbestandsgebundener, dem Unrecht entsprechender und freier („böswillig“, „gewissenlos“) zu unterscheiden, ferner zwischen akuter Tat- und chronischer Täterschuld. Die Beschränkung der Tatfolgen auf die ver-

schuldeten einerseits und die regelmäßige Unrechtsbezogenheit der Schuld andererseits ebnen den nach BGH grundlegenden Gegensatz weitgehend ein.

e) Auch bei den **einzelnen Deliktgruppen** sind die Strafrechtsw Zwecke ganz verschieden betont. Bei Hoch- und Landesverrat überwiegt die Generalprävention. Bei Mord und Totschlag der Gedanke der Sühne und Vergeltung. Bei Diebstahl kommt es weit mehr auf Spezialprävention an. Diese Differenzierungen überschneiden sich mit den vorangehenden. Vgl. im einzelnen Sauer, Kriminalsoziologie, wenn auch seinen Typenbildungen nicht immer gefolgt werden kann.

IV. Für richterliche Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens enthält das StGB — anders das JGG in § 18 Abs. 2 und der Entw. 1959 in §§ 62 ff. — keine allgemeinen Vorschriften. Der Richter wird hier meist auf die allgemeinen Strafzwecke verwiesen; so auch die früheren Aufl.

1. Näheres Zusehen zeigt jedoch, und die neueste Entwicklung des Strafrechts zwingt in verstärktem Maße dazu, auch hier zu **differenzieren**. Vgl. schon oben III 4 c. Die Problematik wird im Wandel der Entwürfe sichtbar. Nach Radbruch sind die gesetzlichen Strafdrohungen nach der Schwere der Taten abgestuft, die Strafzumessung dagegen ist nach der Art der Verbrecherpersönlichkeit differenziert. Bem. zum Entw. 22, dessen § 67 dieser Forderung entspricht: maßgebend ist, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensrichtung des Täters oder aber auf Ursachen beruht, die ihm nicht zum Vorwurf gereichen; hauptsächlich: Beweggründe, Einsichtsfähigkeit, Vorleben, persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse und Verhalten nach der Tat. Dem folgt der AE 25. Die Fassung der Reichsratsausschüsse, der Entw. 27 und 30 sowie jetzt § 62 Entw. 1959 folgen, greift dagegen auch auf die Folgen der Tat zurück (so VorE 1909), freilich nur auf die verschuldeten. Von dieser nach den Entw. noch offenen Entscheidung hängt es ab, ob die richterliche Strafzumessung rein täter- oder auch tatbezogen ist, ob ihre Zwecke mit denen der gesetzlichen Strafdrohungen identisch (so die herrschende Meinung) oder ihnen komplementär sind (letztere, indem sie der vorwiegend generalpräventiven Aufgabe der gesetzlichen Strafdrohungen die spezialpräventive Resozialisierungsaufgabe hinzufügen; in letzterem Sinne Dreher NJW 51, 245 sowie — im Anschluß an ältere Äußerungen von Kohlrausch — Eb. Schmidt MatStrR Ref. 17 ff.). — Der Schlüssel zu dieser Frage ist de lege lata allein im Gedanken des Schuldstrafrechts zu finden. Dieser schließt zunächst (arg. § 56) alle unverschuldeten Folgen der Tat aus. Freilich sollen dem Täter nach BGHSt. (GrSen) 10 259 (= JZ 58 173 mit abl. Anm. Heinitz, vgl. auch Lang-Hinrichsen GA 1957, 1) eine schuldhaft herbeigeführte Gefahrenlage und die aus ihr erwachsenen Schadensfolgen strafschärfend zugerechnet werden dürfen, diese auch dann, wenn sie im besonderen nicht vorauszusehen waren. Das läuft aber auf eine Haftung für das *versari in re illicita* hinaus. Und diese ist mit der Tatbestandsmäßigkeit der Schuldzurechnung, die jetzt BGHSt. 10 35 (entgegen BGHSt. 3 342) anerkennt, nicht vereinbar. Vgl. Anm. IV a zu § 59.

Für die verschuldeten Folgen einzustehen aber ist in dem Sinne geboten, daß besonders schwere Folgen dann auch besonders schwer ins Gewicht der Strafzumessung fallen müssen. Hierzu gehört die konkrete Gefahr einer infizierenden Wirkung der Tat, wenn sich der Täter ihrer bewußt sein konnte und daher mußte; vgl. unten zu 5. Unter dieser Voraussetzung sind also auch generalpräventive Erwägungen heranzuziehen, wie etwa die Häufung bestimmter Straftaten. Zutr.

Schultz MDR 51, 660. Und den verschuldeten Folgen muß, wie ebenfalls die neueste Strafrechtsentwicklung zeigt (§§ 43 n. F., 49a, 56, 315a, 330a), die verschuldete Gefährdung gleichstehen. Das ist besonders für Verkehrsdelikte wichtig. Bei der Entscheidung über die SzB sind diese Gesichtspunkte schon hervorgetreten (s. u. § 23 Anm. III).

2. **Zweifelsfälle.** Was zur richterlichen Strafzumessung gehört, muß entschieden werden, weil die Strafzwecke für Gesetzgeber und Richter verschieden betont sind (s. o. III 4c) und weil prozessual für die Zumessung besondere Regeln gelten. Vgl. ferner unten zu 3.

a) Die **Anrechnung der Untersuchungshaft** gehört „der Sache nach“ zur StZum. So E 59 232, Bremen NJW 51 286, OGHSt 2 219, BGHSt 1 105, 106 (gegen E 66 353, Braunschweig Nds.Rpfl. 51 110); auch Hamm SJZ 49 138, dazu Sachs 104ff. Ebenso Würtenerberger JZ 52, 545 mit Hinweis auf den Übelcharakter auch der UHaft, was allerdings nicht entscheiden dürfte. Im Ergebnis ist dem — gegen Binding, M. E. Mayer u. a. — zuzustimmen, da die Strafe heute nicht mehr ausschließlich nach der Tatschuld, sondern auch nach dem Verhalten vor und nach der Tat, also auch im Verfahren, zu bemessen ist.

b) Dagegen wird die Besonderheit der **Strafaussetzung zur Bewährung** nicht erfaßt, wenn man in ihr nur eine Strafzumessungsregel sieht. Denn in der Strafvollstreckung ist der Verurteilte trotz aller erzieherischen Bemühungen doch duldendes Objekt, an dem der Ausgleich der verletzten Rechtsordnung vollzogen wird. Die SzB dagegen sucht ihn zu einem Subjekt des Strafrechtsverhältnisses zu machen, zu einem aktiv Mitwirkenden, der jenen Ausgleich durch Erfüllung gesteigerter sozialetischer Pflichten und Leistungen selbst vollzieht. Sie will damit jenen autonomen Ansatz der Sühne ermöglichen, auf den namentlich Eb. Schmidt als wesentliche Strafkomponeute hingewiesen hat (s. u. § 24 Anm. III). Hierfür aber fehlt regelmäßig die Voraussetzung, wenn sich der schuldige Täter etwa durch hartnäckiges Leugnen dem Recht verschließt. Derartiges Verhalten muß daher bei der SzB anders, in der Regel schwerer, ins Gewicht fallen als bei der sozialetisch anspruchloseren Strafzumessung. Vgl. § 23 Anm. V 1.

c) Das gilt entsprechend von der gleiche Ziele wie die SzB verfolgenden **bedingten Entlassung**. Darüber § 23 Vorbem. III und § 26 Anm. II, bes. BGHSt. 6 215 betr. b. E. und Strafzwecke.

d) Die **bes. schweren Fälle** gehen, wie sich aus ihrer Entstehungsgeschichte ergibt, auf § 77 Entw. 1927 zurück, der auch auf die besonderen Tatumstände und -Folgen abstellt (s. o. § 1 Anm. V 1). Und ihr Gegenstück, die minder schweren Fälle, grenzen BGHSt. 4 8, 230 selbst dadurch von den mildernden Umständen ab, daß sie die Persönlichkeit des Täters ausscheiden, soweit sie nicht für die Feststellung der Einzeltatschuld heranzuziehen ist. Darin liegt ein innerer Widerspruch. Denn bei der Strafzumessung kommt es auf die uneingeschränkte Persönlichkeitswürdigung entscheidend an. Allerdings ist auch der Gegenmeinung nicht zuzustimmen, nach der hier Tatbestandsbildungen vorliegen (Maurach JZ 53, 278). Es handelt sich um Prägungen eigener Art, die noch den Verbrechensbegriff differenzierend weiterbilden (etwa durch Typisierung bestimmter Angriffsmittel wie in § 292), dabei jedoch im Gegensatz zu den notwendig abschließenden Tatbestandsmerkmalen exemplikativ vorgehen, oder die — in den nicht benannten

Fällen — den Richter nur allgemein auf seine Grundmerkmale Tat und Schuld und ihre kumulative Steigerung festlegen.

Die praktische Folge ist, daß rein in der Person des Täters liegende Gründe — etwa ein starkes Sicherungsbedürfnis ihm gegenüber, ohne daß aber die Voraussetzungen der §§ 20a, 42e vorlägen — für sich allein nicht zur Annahme eines besonders schweren Falles führen dürfen, wie auch umgekehrt dieser nicht aus solchen Gründen verneint werden kann, selbst wenn sie zur Strafmilderung drängen. Ebenso für den letzteren Fall, allerdings mit formaler Begründung, BGH St. 5 211 (gegen Koblenz JZ 53 278 mit zust. Anm. Maurach; vgl. dazu auch oben § 1 Anm. V3, MatStRRef. S. 82). Als Strafzumessungsgründe kämen derartige Momente dagegen sogar primär in Betracht. BGHSt. 2 181, 183 spricht denn auch richtiger von Strafbestimmungsgründen (ohne sie allerdings von jenen abzuheben).

e) Die **minder schweren Fälle** — sie, nicht die milderen Umstände sind das Gegenstück zu den bes. schweren Fällen, wenn sie sich überhaupt von jenen unterscheiden lassen — werden von BGHSt. 4 8 und 230 unter Berufung auf die Motive dahin charakterisiert, daß hier die Persönlichkeit des Täters hinter der Würdigung der Folgen und der Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens zurücktreten müsse. Dann aber sind auch sie keine echten, nämlich individualisierenden Strafzumessungsgründe, sondern noch typisierende gesetzliche Strafbestimmungsgründe. Der Richter hat dann wie der Gesetzgeber, der ihm hier eine echte legislatorische Aufgabe überbürdet hat, die generalisierenden Strafzwecke zu betonen. Der BGH hat a. a. O. S. 9–11 und S. 232 die Quadratur des Kreises versucht, indem er den unbezweifelbaren historischen Willen des Gesetzgebers, zwei verschiedene Fallgruppen zu schaffen, nach wie vor für verbindlich hält und doch die Persönlichkeit des Täters auch für die Bestimmung des minder schweren Falles in vollem Umfange heranziehen will. Damit ist der Sache nach die Unterscheidung gefallen. Denn:

f) Die **milderen Umstände** sind echte Strafbemessungsgründe. Hierfür sind nach st. Rspr. alle Umstände, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, heranzuziehen und zu würdigen, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen und sie begleiten oder ihr vorausgehen oder nachfolgen: BGHSt. 4 9 im Anschluß an RGSt. 48 308, 310; 59 237. Noch darüber hinaus führt es freilich, daß der BGH „auch Umstände, die mit der Tat und der Schuld keinen Zusammenhang haben“, also nicht unter jene Wertung fallen, berücksichtigt wissen will, wenn hieraus gefolgert wird, der Strafzweck könne auch durch eine mildere Strafe erreicht werden. Hierzu unten zu IV 4. Kaum vereinbar auch mit BGH JR 54 389, s. u. zu IV 8. — Neuordnung des ganzen Systems in §§ 84 ff. Entw. 1959.

g) Der **vermeidbare Verbotsirrtum** ist auf der Grundlage von BGHSt. 2 194 (GrSen.) ebenfalls Strafzumessungsgrund. Hier fehlt nicht nur die ges. Bestimmung der Strafe, sondern auch die ihrer Voraussetzung: der Schuld. Vgl. aber § 59 V 3e sowie Jagusch LK IV 7a vor § 13.

h) Auch die Eigenschaft als **gefährlicher Gewohnheitsverbrecher** ist ein Strafzumessungsgrund, BGHSt. 4 226. Darüber unten IV 5 und § 20a Anm. III.

3. Zwischen generalisierender **Bestimmung der Strafraumen** und ihrer typischen Voraussetzungen durch den Gesetzgeber einerseits, individualisierender **Zumessung der Strafe** im Einzelfall durch den Richter andererseits besteht nach alledem ein **methodischer Gegensatz**. Er entspricht der sachlich durchaus verschiedenen Be-

deutung der einzelnen Strafzwecke für den tatorientierten Gesetzgeber und den Richter, der den Täter vor Augen hat; darüber oben III 4c). Die schon rechtsstaatlich so bedenkliche Technik der unbenannten bes. schweren Fälle zeigt hier ihre weitere Problematik als Verletzung der Gewaltenteilung. Und zwar nicht nur instanzmäßig, sondern auch methodisch. Der Richter muß hier nicht nur an Stelle des Gesetzgebers, sondern als Gesetzgeber werten. Gleich zwei fremde Aufgaben sind ihm überbürdet: um die Strafänderung generalisierend bestimmen zu können, muß er ihre Voraussetzungen, die Modifikation der jeweiligen Deliktsart, typisieren. Dazu jetzt grundsätzlich das Gutachten des BGH in NJW 54 347, Leitsatz b) betr. „Richterrecht“.

4. Selbst im hiernach verbleibenden Bereich der **echten Strafzumessung** aber kann der Richter nicht einfach die summarischen Strafzwecke in Kleingeld umwechseln. Er muß die Strafe u. U. praeter oder sogar contra verbum legis bemessen, nämlich **ausgleichend** berücksichtigungswerten Gesichtspunkten gerecht werden, die in der gesetzlichen Typik nicht in Erscheinung treten, durch einen Fehler des Gesetzes oder seiner Anwendung unter den Tisch gefallen sind oder sich erst durch den Wandel der Wert- oder Wirklichkeitswelt ergeben oder verstärkt haben. Dies alles freilich stets nur im Rahmen eines immanenten sachlichen Ausgleichs: um individualisierend den generellen Gesamtwertungen des Gesetzes bei lokalen Unstimmigkeiten am besten gerecht werden zu können, oder auch im Sinne eines methodischen Ausgleichs. So BGHSt. 1 131, 308: Die Weite eines Strafrahmens findet ihr Gegengewicht in verpflichtenden Grundsätzen der Strafbemessung. — Nicht etwa darf der Richter generell seine eigenen Wertungen an die Stelle der gesetzlichen setzen, etwa z. B. durch prinzipielle Verhängung der Mindeststrafe bei Fällen des § 175. BGHSt. 1 136 kommt allerdings einer generellen Gesetzeskorrektur gleich und überschreitet damit die richterlichen Möglichkeiten (betr. obere Straf Grenze bei § 49a). Vgl. dort Anm. II.

So mußten bis zum 3. StrRÄndGes. die offensichtlichen Unstimmigkeiten in den Strafrahmen der **Tötungsdelikte** möglichst im Wege der Strafzumessung ausgeglichen werden, BGHSt. 1 239. Ferner BGHSt. 3 178: „Solange sich der Gesetzgeber nicht zu einschneidenden Maßnahmen gegen angetrunkene und andere leichtfertige **Kraftfahrer** entschließt, . . . werden die Gerichte sie nachdrücklich anwenden müssen“ (sc. Grundsätze über Straferschwerungsgründe). Unzuträglichkeiten ergeben sich namentlich dann, wenn ein Novellengesetzgeber ganz andere, später wieder verlassene Anschauungen von den Strafgründen, -zwecken und -höhen verfolgte als der ursprüngliche. So etwa in den jetzt noch nicht bereinigten Fällen der §§ 153 einerseits, 156 andererseits, und § 218 Abs. 3. Dazu NJW 53, 1161, aber auch Maaßen MDR 54, 4f. Soweit sich die durch § 56 entstandenen Unstimmigkeiten zwischen den Strafrahmen der §§ 222/226, 221 III/217, 222/224/226/229 II/251 nicht konstruktiv beseitigen lassen, wird es ebenfalls richterlichen Ausgleichs im Einzelfalle bedürfen. — Mit dem **Grundsatz des § 50 Abs. 1** und seiner Ausprägung bei den uneigentlichen Amtsdelikten ist die volle Akzessorietät bei den eigentlichen Amtsdelikten unvereinbar. Auch dieser Fehler des Gesetzes ist de lege lata nur bei der Strafzumessung zu berichtigen (vgl. jedoch auch den Konstruktionsversuch von Mezger Lb. S. 452). Auch daß der **Anstifter** u. U. schlechter wegkommt, wenn der Angestiftete untätig bleibt (§ 49a), sollte durch Strafzumessung ausgeglichen werden: so die (aufgegebene) BGHSt. 1 131. Dazu Niese JZ 53, 175. Allgemein läßt sich auf dem Boden der limitierten Akzessorietät

der Gedanke dogmatisch nicht zum Ausdruck bringen, daß der Anstifter den Angestifteten in Schuld und Strafe geführt hat (vgl. schon RGSt. 15 314). Das muß die Strafzumessung, etwa wenn der Haupttäter unbescholten war, ergänzen. — Vgl. auch BGHSt. 1 137 (Angestiftetsein als Strafmilderungsgrund); grundsätzlich hierzu meine Notw.Teiln. S. 29ff., 46ff. — Verstöße gegen das **Besatzungsrecht** können bei der Täterwürdigung Strafzumessungsgrund sein: BGH MDR 54 528. — **Häufung von Strafmilderungsgründen** (§§ 51 II, 55 II): vgl. unten zu 9. — Beim **Fortsetzungszusammenhang** verlangt die Praxis Gesamtvorsatz. Dazu BGH JR 53 430: Wenn der zunächst widerstrebende Beteiligte, der von Fall zu Fall verführt werden muß und deshalb sittlich in der Regel höher steht, höher bestraft werden muß als der mit Gesamtvorsatz und damit „fortgesetzt“ handelnde Teilnehmer, so muß es dem Tatrichter überlassen bleiben, bei der Festsetzung der Strafe einen gerechten Ausgleich zu schaffen.

5. Die Strafzumessung ändert also gegenüber den gesetzlichen Strafdrohungen nicht nur die Akzente der Strafzwecke, sondern u. U. auch die des **Verbrechensbegriffs**. Sie ist auf die Gesamtheit der Strafrechtszwecke zu beziehen. Daraus folgt, daß der Richter in diesem weiteren Rahmen auch Umstände außerhalb der eigentlichen Strafzwecke und jenseits von Tat und Schuld zu berücksichtigen hat. Z. B. der Täter ist nach der Tat durch einen schweren Unfall aktionsunfähig geworden. Dies gilt namentlich auch da, wo die verschuldete Gefährlichkeit des gefährlichen Gewohnheitsverbrechens als solche einen gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Strafschärfungsgrund bildet (hier wie andererseits bei den mildernden Umständen kommt es auf den tatsächlichen Charakter als individualisierenden Strafzumessungsgrund an, nicht auf die formelle Frage, ob der Gesetzgeber die individualisierenden Momente schon angibt oder, wie bisher bei der allgemeinen Strafzumessung, dem Richter keine Richtlinien gibt). Mit Recht hat BGHSt. 4 226 in der — individualisierenden — Täterwertung das für § 20a Maßgebliche gesehen und ihn deshalb wie die mildernden Fälle zu den Sonderstrafrahmen gerechnet (im Gegensatz zu den Sondertatbeständen). Über die innerhalb dieser Gruppe zu machenden weiteren Unterschiede s. o. 2d—f.

6. Als **Ergebnis** läßt sich feststellen: Bei der Strafzumessung steht der Resozialisierungszweck im Vordergrund, soweit er im Einzelfall überhaupt in Betracht kommt. Aber der Richter hat nicht nur „am Täter eine Aufgabe zu lösen“, sondern auch an der Allgemeinheit. Er hat die sittenbildende und -erhaltende Kraft des Strafrechts zu bewahren. Hierzu gehört im Strafrecht wie in jedem anderen Rechtsgebiet, daß er den Anschauungen der rechtschaffenen Denker entspricht. Strafrecht wird nicht in der Retorte gemacht. Wenn er diese Aufgabe ignoriert, zerstört er die Rechtsordnung, statt sie zu verwirklichen. Dann kann er auch nicht einmal die erste lösen. Denn die bloße Behandlung eines Menschen als Individuum verfehlt das Wesen einer wirklichen Resozialisierung. Diese muß im Raum des Rechtes stattfinden. Sie bedeutet ein Zurückführen des Täters zu den von ihm verfehlten Gemeinschaftswerten, wie sie im Volk lebendig sind. Eine brauchbare Richtlinie geben heute schon die §§ 62ff. des Entw. 1959. Die Rücksichtnahme auf die „verschuldeten Folgen“, denen die verschuldete Gefährdung gleichstehen muß, ist unerläßlich. Sie fordert nicht nur die Bewährung der Rechtsidee, sondern auch die Generalprävention. Konnte freilich der Täter die verheerenden Auswirkungen gerade seiner Tat auf die Allgemeinheit

nicht erkennen — seine Tat war die erste dieser Art, machte erst später Schule — so darf an ihm kein „Exempel statuiert“ werden. Vgl. oben zu IV 1.

7. Die **Praxis** neigt offenbar gegenüber der Lehre mehr zur Berücksichtigung der Generalprävention (so Schultz MDR 51, 660). Sie hat sich vor Einseitigkeiten gehütet, aber z. T. mit einem unklaren Nebeneinander der Strafzwecke begnügt und insbes. die Aufgaben des Richters und des Gesetzgebers nicht differenziert (s. o. zu III 4c, IV 1). Vgl. etwa RGSt. 61 417, JW 31 1613 und ihm folgend Hamburg HEst. 2 229, aber auch BayObLG NJW 51 245, Hamm SJZ 50 844 und NJW 52 799. Ebenso BGH NJW 51 770. Neuerdings unter ausdrücklicher Berufung auf die grundlegende E 58 106, 109 sodann BGHSt. 3 179: Entscheidend Bedeutung der Tat für die Rechtsordnung und der Grad der Schuld. Aber das ist fast synonym, da es ohnehin nur auf die verschuldeten Folgen ankommen kann und andererseits die Schuld im Kern nach wie vor tatgebunden ist. Die Formel kann zudem leicht zu einem einseitigen Vergeltungsdenken verleiten. Das eigentliche Problem: die Spannung zwischen Vergeltung und Präventionszwecken, nimmt der BGH trotz seines Vorbildes nicht wieder auf. Das RG hatte es a. a. O. in die bekannte Formel gefaßt, daß maßgebend meist der Zweck der Sühne und Vergeltung, daneben meist auch noch der Abschreckungszweck sei, während Besserung und Sicherung dahinter zurücktraten. Entscheidend und bisher immer übersehen ist jedoch, daß es damit keine endgültige Rangordnung der Strafzwecke aufstellen, sondern nur den Ausgangspunkt einer Weiterentwicklung kennzeichnen wollte, auf deren ersten Anstoß, den § 27b, es selbst bereits nachdrücklich hinweist und die inzwischen namentlich in den §§ 23ff. wesentliche weitere Etappen erreicht hat. S. o. III 4b und IV 2b. BGHSt. 6 215 stellt Erziehung und Besserung der Sühne und Abschreckung abwägend gegenüber (betr. § 26). Mehr negativ ist die Umschreibung in BGHSt. 2 90: einseitige Überbetonung des Sicherungszwecks auf Kosten des Schuldgedankens und der Gerechtigkeit macht § 20 Abs. 2 RJGG — also eine gesetzliche Strafbestimmung — ungültig. Den Vergeltungsgedanken („gewollte Übelszufügung“) betonen BGHSt. 3 268, 4 332, 5 130 368, den Sühnezweck BGHSt. 5 334, das Sühnebedürfnis BGHSt. 6 87, Schuldangemessenheit mit Ermessensspielraum für andere Strafzwecke, insbes. Generalprävention BGHSt. 7 28 (betr. § 51 Abs. 2) und 89 (mit Beispiel). Im übrigen betont die Nachkriegspraxis meist nur allgemein, daß grundsätzlich alle Strafzwecke bei der Zumessung zu berücksichtigen sind, wenn auch nicht im Sinne notwendiger Gleichberechtigung (Oldenburg JBIld. 47 Sp. 79; Kassel SJZ 47 560). Einschränkung der Generalprävention bei Braunschweig NJW 58 1738: die Verhältnisse und Umstände, aus denen die Tat erwuchs, müssen ähnlich bei anderen möglichen Taten gegeben sein. In dieser Formel bleibt aber der wertvolle Gedanken der „Generalprävention durch Vergeltung“ (Hellmuth Mayer § 5) unberücksichtigt.

8. **Einzelfragen.** Das Leugnen des Angekl. darf — ebenso wie andererseits das Geständnis — nicht etwa als Strafe bzw. Belohnung für Prozeßverhalten, sondern nur dann für die Zumessung ins Gewicht fallen, wenn sich daraus Schlüsse ziehen lassen, wie der Täter zu seiner Tat steht, als Anhalt für das Maß der Schuld und den Grad der Gefährlichkeit. BGHSt. 1 103 und 105. Vgl. auch BGHSt. 1 342; weitere Angaben bei Württenberger JZ 52, 546. 38, 207. Aus demselben Grunde darf Berufung auf Rechtf.- oder Entschuld.Gründe in der Regel nicht als einsichtsloser Starrsinn gewertet werden: BGHSt. 3 199. — Bei Fahrlässigkeitstaten