

WOLFGANG FRISCH

Notwendigkeit und
Legitimation staatlichen
Strafens

Herausgegeben von
GEORG FREUND,
UWE MURMANN und
MICHAEL PAWLIK

Mohr Siebeck

Wolfgang Frisch

Notwendigkeit und Legitimation
staatlichen Strafens



Wolfgang Frisch

Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens

Beiträge von 1977–2018

Herausgegeben von
Georg Freund, Uwe Murmann
und Michael Pawlik

Mohr Siebeck

Wolfgang Frisch ist Professor emeritus für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg.

Georg Freund ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Marburg.

Uwe Murmann ist Direktor der Abteilung für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Göttingen.

Michael Pawlik ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-159942-2/eISBN 978-3-16-160184-2

DOI 10.1628/978-3-16-160184-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort der Herausgeber

Kaum ein Rechtswissenschaftler in Deutschland hat mit seinem Werk die strafrechtliche Diskussion durch seine scharfsinnigen und tiefgründenden Überlegungen so nachhaltig befruchtet und beeinflusst wie Wolfgang Frisch. Dabei ist das Interesse an seinem Schaffen nicht etwa auf den nationalen Strafrechtsdiskurs beschränkt. Vielmehr haben seine in klarer Sprache verfassten Beiträge – nicht zuletzt wegen der systembildenden Kraft der Gedanken – auch im Ausland enormen Anklang gefunden.

Vor diesem Hintergrund legen die Herausgeber mit großer Freude einen Band vor, in dem besonders wichtige Schriften von Wolfgang Frisch nicht nur Zeugnis seines Schaffens ablegen, sondern vor allem, verbunden durch zusammenfassende Ausführungen des Autors selbst, auch das gesamte Bild seines Strafrechtskonzepts in ausdifferenzierter Form vor Augen treten lassen. Der Band zeigt sehr deutlich, wie sich aus einer neuzeitlichen Philosophie der Freiheit geschöpfte Einsichten mit den Vorgaben der Verfassung verbinden und in die Behandlung sowohl grundsätzlicher Fragen strafrechtlicher Systembildung als auch in die Lösung strafrechtsdogmatischer Detailfragen bis hinein in den Bereich konkreter Strafzumessung ausstrahlen.

Für das angemessene Verständnis des Strafrechtssystems kommt der Unterscheidung in Verhaltens- und Sanktionsnormen eine Schlüsselrolle zu. Wolfgang Frisch hat die je eigenen Legitimationsfragen, die sich auf beiden Normebenen in unterschiedlicher Weise stellen, eingehend behandelt und weiterführende Antworten gegeben. Vor allem hat er die eigenständige Bedeutung der Verhaltensnormen und deren Verletzung als Grundlage des tatbestandlichen Verhaltensunwerts klar herausgearbeitet und die Entwicklung eines ausdifferenzierten Systems der Verhaltensnormen wesentlich vorangetrieben.

Die selbständige Bedeutung der *legitimierbaren* Verhaltensnormen für ein rechtsstaatliches Strafrecht zeigt sich schlaglichtartig in der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15): Das BVerfG lehnt schon die Legitimierbarkeit einer entsprechenden Einschränkung der Freiheit der Bürger ab und gelangt auf diese Weise zur Annahme der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB. Unabhängig davon, ob man diese Einschätzung des Gerichts letztlich teilt, findet sich das strafrechtsdogmatische Rüstzeug zur angemessenen Erfassung des sachlichen Problems im ausdifferenzierten strafrechtlichen Gesamtsystem von Wolfgang Frisch. Es entlarvt auch die aktuellen Überlegungen des Gesetzgebers zur Sanktionierung juristischer Personen als fatalen Irrweg: Verhaltensnormen können nur von Personen übertreten werden, die als solche über-

haupt in der Lage sind, derartige Normen in kontext- und adressatenspezifisch konkretisierter Form zunächst zu bilden und sodann zu befolgen. Wer in diesem Sinne zur Normübertretung unfähige und daher unschuldige Personen sanktioniert, stiftet nur Verwirrung. Jedenfalls vermag der erhobene unzutreffende Vorwurf keine verfassungsrechtlich legitimierbare Funktion zu erfüllen.

Die Errungenschaft eines strikt zwischen den Normtypen der Verhaltensnorm und der Sanktionsnorm differenzierenden Konzepts passt exakt zum Plädoyer für ein das gesamte Strafrecht umgreifendes funktionales System, wie es Wolfgang Frisch in seiner programmatischen Mannheimer Antrittsvorlesung im Jahre 1977 vorgetragen und in diesem Band erstmalig publiziert hat. In dieser Keimzelle des heutigen Gesamtkonzepts war zumindest alles Wesentliche bereits angelegt. Orientiert an den verfassungsrechtlich vorgegebenen materiellen Erfordernissen der Legitimation von Verhaltensnormen einerseits und der Legitimation konkreter Sanktionsanordnungen in Form von Schuldspruch und Strafe andererseits kommt diesem System nicht nur beschreibende, sondern auch selbst legitimationsstiftende Kraft zu. Inhaltlich ausgerichtet bleibt das Konzept – und damit schließt sich gewissermaßen der Kreis – am Schutz der Freiheit der Bürger.

So lässt sich der Band lesen als die Dokumentation eines wissenschaftlichen Werks, das durch beständige Fortschreibung und Weiterentwicklung nie seine Dynamik verliert und dabei doch seine Einheit bewahrt. Die Teilhabe an diesem Denkprozess zu erleichtern und ihn in stetigem Austausch voranzutreiben ist das Anliegen, das Autor und Herausgeber teilen.

Bei der Umsetzung des Projekts haben uns Herr Frisch selbst und unsere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in vielfältiger Weise unterstützt; dafür sind wir sehr dankbar. Dem Verlag Mohr Siebeck danken wir für die Aufnahme dieses Bandes in sein Programm und die wieder einmal hervorragende Zusammenarbeit.

Marburg, Göttingen, Freiburg im Juli 2020

Die Herausgeber

Vorwort des Autors

Der vorliegende Band geht auf eine Anregung meines Lehrstuhlnachfolgers, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, zurück, der mich vor gut einem Jahr fragte, ob ich mir vorstellen könnte, die wichtigsten meiner Einzelbeiträge zur allgemeinen Verbrechenslehre in einem Sammelband zusammenzufassen. Die Beiträge stießen, wie er in Gesprächen mit ausländischen Wissenschaftlern selbst immer wieder feststellen konnte, auch im Ausland auf zunehmendes Interesse; ihre Rezeption und insbesondere die Rezeption des Gesamtwerkes würden jedoch dadurch erschwert, dass die Beiträge in den unterschiedlichsten, z.T. nur schwer zugänglichen Publikationsorganen veröffentlicht sind. Den Hinweis darauf, dass ich nach meiner Emeritierung über keine Mitarbeiter mehr verfügte, ließ mein Nachfolger nicht gelten; selbstverständlich sei er bereit, die notwendigen technischen Arbeiten zusammen mit seinen Mitarbeitern zu leisten, wenn ich nur eine Liste der insoweit in Betracht kommenden Veröffentlichungen lieferte. Meine zugleich geäußerte Befürchtung, dass ein solcher Sammelband ja nur Momentaufnahmen meiner Überlegungen zu den je behandelten Einzelthemen bieten könne, das hinter den Einzelbeiträgen stehende, in vielen Jahren allmählich entstandene Gesamtkonzept darin aber wohl kaum sichtbar würde, überzeugte ihn ebenfalls nicht: Diesem Problem ließe sich, wenn nötig, durch einen einführenden Kommentar abhelfen, der die hinter den Beiträgen stehende Gesamtkonzeption verdeutlicht. Da schließlich auch das Argument der auf meinen Nachfolger zukommenden Arbeitslast an Gewicht verlor, weil zwei meiner Schüler, Herr Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund, Marburg, und Herr Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen, bereit waren, das Projekt anteilig zu unterstützen, erklärte ich mich schließlich gerne bereit, das Meine zur Verwirklichung des Vorhabens zu leisten.

Die Hoffnung, dass meine Mitwirkung sich in der Benennung der in Betracht kommenden Veröffentlichungstitel erschöpfen könnte, erwies sich freilich als trügerisch. Die mittlerweile erfassten und zusammengestellten Einzelbeiträge lieferten zwar Antworten auf die in ihnen behandelten Grund- und Einzelfragen. Das diese Antworten fundierende und verbindende Gesamtkonzept erschloss sich aber nach meinem Dafürhalten aus den Einzelbeiträgen für den Leser nur begrenzt, da dieses Grundkonzept in den Einzelbeiträgen je nach dem vorhandenen Begründungsbedarf nur skizzenhaft angedeutet und partiell entfaltet worden war. Zusätzlich erschwert wurde die Erfassung dieses Gesamtkonzepts dadurch, dass in dem Band jene Arbeit, welche die erste – zugegebenermaßen unvollkommene – Darstellung des Gesamtkonzepts enthielt, nämlich meine Mannheimer Antrittsvorlesung aus dem Jahre 1977, mangels damaliger Veröffentlichung nicht enthalten war. Ich regte daher an, in den Band auch diese (mit einem Anmerkungsapparat aus der da-

maligen Zeit versehene) Abhandlung, die die Keimzelle des heutigen Gesamtkonzepts darstellte, noch aufzunehmen. Außerdem entschloss ich mich dazu, die Einzelbeiträge durch einen einführenden Kommentar besser zu verbinden und zu verdeutlichen, welchem Aspekt der Gesamtkonzeption sie verpflichtet sind. Um dem Leser zu ermöglichen, die Erstveröffentlichungen bereits an Hand dieses Buches nach Anfangsseite und genauer Belegstelle zu zitieren, sind in den Textabdruck auch die Seitenumbrüche der Erstveröffentlichung durch Angabe der Seitenzahlen in Spitzklammern (z.B. <575/576> auf S. 26) aufgenommen worden; die vollständigen Nachweise der Erstveröffentlichungen finden sich in der Reihenfolge der Beiträge dieses Buches auf den Seiten 787–789.

Wie schon die eingangs geschilderte Entstehung des vorliegenden Bandes erkennen lässt, habe ich Vielen zu danken. Allen voran danke ich meinem Nachfolger, Herrn Michael Pawlik, ohne dessen Idee dieses Buch nicht entstanden wäre. Ihm und meinen Schülern Georg Freund und Uwe Murmann, die dieses Projekt mitgetragen und zu seiner Verwirklichung ihre Mitarbeiter zur Verfügung gestellt haben, schulde ich auch dafür großen Dank. Nicht weniger danken möchte ich den Mitarbeitern selbst, die in die Erfassung, Zusammenstellung und Formatierung der Beiträge viel Zeit und Mühe investiert haben – in Freiburg Frau Leonie Herfarth, Frau Ellen Hönig, Herr David Sam, Frau Julia Fabienne Schmidt, Frau Anna Trilken, Frau Friederike Weigl, in Göttingen Frau Lina Marie Brust, Herr Sven Manhold und Herr Johannes Weigel und in Marburg Frau Sonja Blaas, Frau Katharina Breitstadt, Frau Annika Bünzel, Frau Alina Ehlers, Frau Lara Höhne, Herr Janis Krahl, Herr Konstantin Lange, Frau Anna Lena Nowicki, Frau Berivan Sekerci, Frau Charlotte Tritt, Frau Dr. Franziska Walther und Frau Dr. Franziska Weidener. Frau Rechtsreferendarin Friederike Weigl, die in Freiburg mit der Gesamtdredaktion befasst war, gebührt dabei besonderer Dank. Danken möchte ich aber vor allem und besonders Frau Margot Nostadt, die bis zu meiner Emeritierung meine Sekretärin war: Sie hat nicht nur mit unübertroffener Gründlichkeit, Geduld und Präzision schon die meisten Erstveröffentlichungen der in diesem Band versammelten Beiträge vorbereitet. Sie hat als Sekretärin meines Nachfolgers in gleicher Weise an der Entstehung dieses Bandes Anteil und mit großer Geduld auch meine zeitaufwändigen Änderungswünsche an einer schon fast verlagsfertigen Vorlage ertragen und umgesetzt. Dank gebührt endlich auch dem Verlag Mohr Siebeck für die Bereitschaft, das umfangreiche Werk in der gewohnt zuverlässigen Art zu betreuen und ästhetisch gediegen auszustatten.

Freiburg, im Juni 2020

Wolfgang Frisch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
Vorwort des Autors	VII
Einführender Kommentar des Autors	1

§ 1 Wandlungen des Strafrechts – Formende Kräfte

Von theokratischem zu säkularem Strafrecht. Zum Zusammenhang von Staatstheorie und Strafrecht	25
Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa	39
Zum Wesen strafrechtsdogmatischen Denkens und zur Bedeutung der Strafrechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts	69

§ 2 Grundfragen des Strafrechts (einschließlich Kriminalpolitik)

An den Grenzen des Strafrechts	89
Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens	125
Keine Strafe ohne Schuld – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften	153
Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa	181
Zum Umgang des Strafrechts mit gefährlichen Rückfalltätern	207
Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens – Ein Resümee	221

§ 3 Theorie der Strafe

Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts	247
Zum Zweck der Strafandrohung	273
Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention	287

§ 4 Strafe, Verbrechensbegriff und Straftatsystem

Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel	311
Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem	335
Vom klassifikatorischen zum funktionalen Straftatsystem	357

§ 5 Kategorien der Straftat: Der Tatbestand

Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?	387
Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs	409
Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre	433
Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion	459
Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes	489

§ 6 Kategorien der Straftat: Die Rechtswidrigkeit

Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements	529
Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien	561
Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik	585
Leben und Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht	607

§ 7 Ergänzendes zur Schuld und zur allgemeinen Verbrechenslehre

Schwächen und Notwendigkeit einer Revision der Lehre vom Unrechtsbewusstsein	631
Beihilfe durch neutrale Handlungen	645

§ 8 Ausstrahlungen der Straftheorie und der Straftatlehre

Straftatsystem und Strafzumessung	667
Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung	705
Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	725
Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung	743
Schuldprinzip und Absprachen	767
Verzeichnis der Erstveröffentlichungen	787

Einführender Kommentar des Autors

Der Titel des Buches bringt zum Ausdruck, worum es in diesem Band vor allem geht. Im Mittelpunkt stehen die Theorie und die Legitimation staatlichen Strafens und die Voraussetzungen und Grenzen solchen Strafens – also das Fundament einer allgemeinen Verbrechenslehre. Die Notwendigkeit der Strafe ist nicht ohne Grund besonders hervorgehoben. Ihre Betonung soll nicht nur deutlich machen, dass es ohne Notwendigkeit der Strafe als Mittel zur Erreichung eines legitimen Zwecks keine Legitimation der Strafe gibt. Sie soll auch ausdrücken, dass die Strafe aus der Sicht des Autors eine legitimierbare Notwendigkeit *ist*.

Die aufgenommenen Beiträge betreffen ganz überwiegend Fragen der Legitimation der Strafe aus heutiger Sicht. Sie setzen den Bezugsrahmen eines modernen Verfassungsstaates voraus, in dem der von der Strafe betroffene Bürger (ebenso wie ein etwaiges Opfer) Träger von Grundrechten ist und der Staat die Daseins- und Entfaltungsbedingungen seiner Bürger zu schützen hat. Der so basierten Sicht der Legitimationsbedingungen staatlichen Strafens vorangestellt sind zwei Ausschnitte zur Entwicklung des heutigen Strafrechts. Sie sollen nicht nur verdeutlichen, dass vieles von dem, was in der Theorie des Strafrechts heute zum gesicherten Bestand zählt, lange Zeit alles andere als selbstverständlich war. Sie sollen zugleich wichtige formende Kräfte unseres heutigen Strafrechts sichtbar machen, die in vielen Bereichen auch heute noch strafrechtliches Denken und dessen Wesen bestimmen.

I.

Dass ein Kriminal- oder Strafkodex „vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr“ angehört und deshalb „nicht für alle Zeiten gelten“ kann, hat in aller Klarheit schon Hegel festgestellt. Dieser Seite des Strafrechts sind im vorliegenden Band vor allem zwei Beiträge gewidmet. Die Abhandlung „Von theokratischem zu säkularem Strafrecht“ verdeutlicht an einem Ereignis, das im zweiten Teil des 18. Jahrhunderts ganz Europa bewegte, das allmähliche Ende eines dem Willen Gottes verpflichteten, über Jahrhunderte praktizierten Strafrechts und dessen Ablösung durch ein säkulares, an irdischen Richtwerten orientiertes Strafrecht. Sie bezeichnet auch die Kräfte, die diesen Wandel bewirkten. Es war vor allem die Philosophie der Aufklärung, die die Grundlage für diesen Wandel schuf und ihn im Laufe der Zeit herbeiführte, indem sie in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen den Menschen, seine Freiheit und seine Bedürfnisse stellte und von daher die Aufgabe des Staates definierte. Im Lichte eines solchen Verständnisses von der Aufgabe des Staates und dessen Verhältnis zu seinen Bürgern war für

bestimmte, zuvor als selbstverständlich akzeptierte Delikte (z.B. Gotteslästerung, Häresie) kein Raum mehr.

Der zweite Beitrag, die Abhandlung „Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa“, belegt, dass auf das Konto philosophischen Denkens und seines Einflusses auf die Staatspraxis bei weitem nicht nur der Fortfall einiger typischer Delikte des theokratischen Strafrechts ging. Das philosophische Denken der Aufklärung mit seinem Ausgang von den Freiheitsrechten des Einzelnen und der Begründungsbedürftigkeit des Eingriffs in diese Rechte durch den Staat hat auch zu einer neuen Sicht des Strafrechts in vielen anderen zentralen Fragen geführt. Die Strafe ließ sich nicht länger als von Gott gewollte Institution akzeptieren, sondern bedurfte als Eingriff in die Rechte des Betroffenen einer Legitimation, die einen nachvollziehbaren Zweck und ihre Notwendigkeit für diesen forderten. Desgleichen war der Katalog der Delikte vor dem nunmehr als maßgeblich angesehenen Hintergrund neu zu bestimmen. Der mit solchem Denken verbundenen verfeinerten Sicht der Dinge konnte auch nicht länger verborgen bleiben, dass zur Qualifikation eines unerwünschten Ereignisses als Straftat nicht schon genügte, dass es zu einem solchen Ereignis gekommen war, sondern es der Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen bedurfte, um Strafe zu legitimieren oder notwendig zu machen – wie z.B. der Zurechenbarkeit des Ereignisses zu einer Person als Werk der zu bestrafenden Person. Die Antworten auf diese und ähnliche Grundfragen des Strafrechts, die seitens juristisch interessierter Philosophen und philosophisch argumentierender Juristen in der Zeit der Aufklärung und danach gegeben und weiterentwickelt wurden, haben das heutige Strafrecht in vielen europäischen Staaten maßgeblich geprägt. Sie haben, auf das Wesentliche gesehen, deutlich gemacht, dass Strafe nur insoweit akzeptiert werden kann, als sie gegenüber bestimmten Verhaltensweisen überhaupt notwendig erscheint und zudem gewisse weitere Voraussetzungen erfüllt sind, die ihren Einsatz (auch im konkreten Fall) legitimieren.

Die Einsicht in diesen Hintergrund unseres heutigen Strafrechtsdenkens wirft auch Licht auf die Qualität jener Erwägungen, die im Strafrecht noch heute angestellt werden müssen, wenn es um die Beantwortung offener, vom positiven Recht nicht vorentschiedener Fragen geht. Die Antworten, die insoweit entwickelt und als Ergebnis einer Strafrechtsdogmatik ausgegeben werden, sind vielfach nicht einfach das Ergebnis der Anwendung bestimmter Auslegungsregeln, sondern das Ergebnis praktisch philosophischen Denkens, das wesentlich durch die Frage der Notwendigkeit oder fehlenden Notwendigkeit sowie der Legitimierbarkeit staatlichen Strafens oder staatlichen Strafens auf bestimmtem Niveau geprägt ist. Näheres dazu findet sich in dem Beitrag „Zum Wesen strafrechtsdogmatischen Denkens und zur Bedeutung der Strafrechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts“.

II.

Die Zulässigkeit staatlichen Strafens nur im Rahmen des Notwendigen und bei Erfüllung gewisser weiterer Legitimationsbedingungen (oben I.) ist nur ein allererster Kompass. Von einem klaren Leitmaß kann keine Rede sein. Der Hinweis auf bestimmte zu erfüllende Legitimationsbedingungen lässt offen, welche Legitimationsbedingungen genau zu erfüllen sind. Selbst das Kriterium der Zulässigkeit nur der notwendigen Strafe ist wenig brauchbar, solange nicht klar gesagt wird, wofür oder wozu die Strafe notwendig sein muss, wenn sie zulässig sein soll.

1. An dieser Stelle beginnt ein bis heute anhaltender Streit, mit dem sich der Beitrag „An den Grenzen des Strafrechts“ befasst. Die im Strafrecht noch immer herrschende Sicht sieht den Zweck des Strafrechts im Rechtsgüterschutz und begrenzt ihn zugleich darauf. Zulässig ist die Strafe danach nur, soweit sie zum Schutz von Rechtsgütern vor drohenden Beeinträchtigungen notwendig ist. Die Gegenauffassung hält eine solche Sicht für tendenziell zu eng. Sie sieht das Strafrecht als Mittel zur Gewährleistung einer gedeihlichen Ordnung oder zur Durchsetzung der verfassungsmäßig (also auf demokratischem Weg) zustande gekommenen Verhaltensordnung bzw. des Rechts einer normativ strukturierten Gesellschaft. Auch der eben erwähnte Beitrag zu den Grenzen des Strafrechts steht der Begrenzung der Zulässigkeit des Strafrechts auf den Rechtsgüterschutz – aus mehreren Gründen – kritisch gegenüber. Er versucht darzulegen, dass in einem Verfassungsstaat die Grenzen zulässigen Strafens prinzipiell nach der Verfassung zu bestimmen sind. Danach kommt es allein darauf an, dass mit der Strafe ein nach der Verfassung zulässiger Zweck verfolgt wird, zu dessen Durchsetzung die Strafe erforderlich und angemessen ist. Diese Voraussetzungen können auch dann erfüllt sein, wenn es schwerfällt, ein bestimmtes Verhalten als (drohende) Rechtsgutsbeeinträchtigung zu klassifizieren, es aber gleichwohl gute Gründe dafür gibt, es zu verbieten (oder zu gebieten) und dieses Verbot (oder Gebot) mit Strafe durchzusetzen.

Die Verkoppelung der Zulässigkeit der Bestrafung bestimmter Verhaltensweisen mit der Eignung dieser Verhaltensweisen, zu Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu führen, ist aber nicht nur tendenziell zu eng. Sie ist auch zu unspezifisch, weil sie nicht thematisiert, dass zur Verhinderung etwaiger Rechtsgutsbeeinträchtigungen unter Umständen gar nicht der zuständig ist, der sie durch sein Verhalten ermöglicht, sondern Dritte oder möglicherweise das potentielle Opfer selbst. Die entsprechenden Grundsätze sind von der Strafrechtsdogmatik zwar vor allem innerhalb der Erfolgsdelikte für die Frage der Erfolgszurechnung oder der Erfassung (oder Nichterfassung) bestimmter Verhaltensweisen durch die im Tatbestand vorausgesetzten Verhaltensverbote (unter dem Stichwort des Regressverbots oder der sogenannten eigenverantwortlichen Selbstgefährdung) entwickelt worden. Sie beinhalten jedoch – wie im Beitrag „Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens“ dargelegt ist – allgemeinere Vernunftansichten, über die sich auch der Gesetzgeber bei der Pönalisierung bestimmten Verhaltens nicht ohne überzeugenden Grund hinwegsetzen sollte.

2. Die Grenzen zulässigen staatlichen Strafens werden freilich nicht nur durch die Grundsätze bestimmt, die das Feld verbietbaren und pönalisierbaren Verhaltens kennzeichnen. Sie werden auch durch Bedingungen festgelegt, an die die Verhängung der Strafe nach der Verwirklichung eines prinzipiell pönalisierten Verhaltens geknüpft ist. Die wohl wichtigste dieser Bedingungen ist seit langem die Schuld. Bestraft werden kann nach dem sogenannten Schuldprinzip nur der Täter, den an der begangenen Tat Schuld trifft – weil er die Tat bei einer von ihm erwarteten und ihm möglichen Orientierung am Recht hätte vermeiden und somit anders, nämlich rechtskonform hätte handeln können. Die Schuld soll dabei nach dem sogenannten Schuldprinzip nicht nur für das Ob der Bestrafung entscheidend sein (keine Strafe ohne Schuld). Sie soll auch das Maß der Strafe bestimmen und begrenzen.

Die Bindung zulässigen Strafens an die Schuld ist einer doppelten Kritik ausgesetzt. Aus grundsätzlicher Sicht wird ihr seit langem entgegengehalten, dass sie angesichts der Determiniertheit der Welt auf einer empirisch unhaltbaren bzw. unbegründeten Prämisse beruhe – nämlich der Annahme einer Fähigkeit des Täters, anders zu handeln, als er gehandelt hat. Diese Kritik hat in jüngster Zeit durch sie angeblich bestätigende Experimente und Erkenntnisse der Hirnforschung und der Neurowissenschaften zusätzlichen Auftrieb erfahren. – Ob diese Kritik das herkömmliche Schuldstrafrecht wirklich zu erschüttern vermag, ist Gegenstand des Beitrags „Keine Strafe ohne Schuld – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften“. Die dortigen Darlegungen werden zeigen, dass die Kritik keinen Anlass gibt, vom Schuldstrafrecht abzugehen. Dies nicht nur, weil die Aussagekraft der Experimente der Hirnforschung weit überschätzt wird. Entscheidend ist, dass die Basis des Schuldstrafrechts gar nicht empirisch belegbare Fähigkeiten, sondern Fähigkeiten sind, die unter bestimmten Voraussetzungen in der sozialen Welt wechselseitig zugeschrieben werden – was angesichts eines nach wie vor bestehenden empirischen non liquets in Bezug auf das Vorhandensein solcher Fähigkeiten durchaus sinnvoll ist.

3. Eher mehr Gewicht hat vor diesem Hintergrund der zweite gegen das Festhalten am Schuldprinzip als Prinzip staatlichen Strafens erhobene Einwand. Er rügt die Bindung des Maßes der Strafe an das Maß der Schuld, in der er eine unververtretbare Vernachlässigung der mit der Strafe richtigerweise zu befriedigenden Präventionsinteressen sieht. An die Stelle eines Schuldstrafrechts ist nach dieser in vielen Staaten Europas vertretenen Auffassung ein Präventionsstrafrecht zu setzen. Der Beitrag „Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa“ befasst sich mit diesem Streit der Strafrechtskonzeptionen oder -schulen im historischen Längsschnitt und aktuellen Querschnitt, untersucht die Vorzüge und Nachteile beider Strafrechtsmodelle und beantwortet die Frage, unter welchen Voraussetzungen die beiden Modelle zu gravierend unterschiedlichen Strafen führen und wann die Unterschiede geringer werden. Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn einem streng an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebundenen Präventionsstrafrecht ein um vorbeugende Maßnahmen ergänztes Schuldstrafrecht gegenübersteht. Unter

solchen Voraussetzungen mag man daran denken, die Entscheidung für das eine oder andere Modell der Strafrechtskultur der einzelnen Staaten zu überlassen.

Natürlich kann man in diesem Streit aber auch nach der aus theoretischer Sicht besseren Lösung suchen. Antwort hierauf versucht der Beitrag „Zum Umgang des Strafrechts mit gefährlichen Rückfalltätern“ zu geben, der Überlegungen zur Adäquatheit monistischer und dualistischer Systeme enthält. Er kommt zum Ergebnis, dass die Ergänzung der Schuldstrafe durch vorbeugende Maßnahmen in bestimmten Fällen das letztlich vorzugswürdige Modell ist – weil es präzisere Problemlösungen ermöglicht, mehr Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit verbürgt, aber auch die Freiheiten des von der Prävention Betroffenen tendenziell weniger beeinträchtigt als ein monistisches Präventionsstrafrecht mit seinen unter Umständen überaus langen Sicherungsstrafen.

4. Abgeschlossen wird der die prinzipielle Zulässigkeit staatlichen Strafens und deren grundsätzliche Grenzen behandelnde Abschnitt durch einen Artikel, der unter dem Titel „Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens“ in kompakter Form das Gesamtsystem der Legitimation staatlichen Strafens i.e.S. (also ohne die Sonderfragen eines Präventionsstrafrechts) darzustellen versucht und dabei besonderes Augenmerk gewissen Punkten schenkt, die nicht selten vernachlässigt werden. Zu ihnen gehört die Einsicht, dass nicht erst der Einsatz der Strafe gegenüber bestimmten Verhaltensweisen, sondern schon das dieser zugrunde liegende Verbot oder Gebot bestimmter Verhaltensweisen präzise bedacht werden muss und der Legitimation bedarf – manche Strafvorschriften aus jüngerer Zeit erscheinen schon unter diesem Aspekt überaus problematisch. Der Hervorhebung bedarf weiter, dass es bei der Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen nicht nur darum geht, deren Begehung mit einer unerwünschten Folge zu belegen. Strafe enthält nicht allein ein Übel, sondern einen sozialetischen Vorwurf oder Tadel. Sie ist dementsprechend auf wirklich sozialetisch verwerfliche und in der rechtlich verfassten Gemeinschaft unerträgliche Verhaltensweisen zu begrenzen. In einem Strafrecht, das an erster Stelle noch immer die Freiheitsstrafe androht, sollte die Strafe zudem auf unwertige Verhaltenstypen beschränkt werden, von denen Ausprägungen in Betracht kommen, denen gegenüber man keine Bedenken haben muss, auch Freiheitsstrafen im gesetzlich vorgesehenen Mindestmaß (in Deutschland von mindestens einem Monat) zu verhängen.

III.

Kernstücke einer jeden wissenschaftlich ausgearbeiteten Strafrechtslehre bilden die Theorie der Strafe und das Grundverständnis der Straftat. Für die Theorie der Strafe wird das durch eine fast unüberschaubare Bibliothek von Abhandlungen, insbesondere über Zweck und Rechtfertigung der Strafe, bestätigt. Das Interesse am richtigen Grundverständnis der Straftat ist demgegenüber weit weniger literarisch belegt.

Die Fülle der Stellungnahmen zu den Strafzwecken darf nicht täuschen. Vieles von dem, was insoweit früher durchaus ernsthaft vorgeschlagen und diskutiert wurde, ist heute nicht mehr diskutabel – jedenfalls, wenn man nach einem die heutige Strafpraxis im Wesentlichen tragenden, den verfassungsrechtlichen Rahmen beachtenden, in sich schlüssigen Strafzweck sucht. Der Zweck der Spezialprävention ist zu schmal, weil in vielen Fällen, in denen gestraft wird und dies als sinnvoll und notwendig empfunden wird, wirkliche spezialpräventive Bedürfnisse kaum bestehen; die Generalprävention ist jedenfalls in der Form der Bestrafung des Täters zur Abschreckung potentieller Täter verfassungsrechtlich problematisch; desgleichen die Vergeltung in Gestalt der intendierten Zufügung von Leid, um dem Täter das heimzuzahlen, was er anderen an Leid zugefügt hat. Der Zweck des Schuldausgleichs ist nicht weniger problematisch geworden, weil ganz unklar ist, wie die Strafe es schaffen soll, die Schuld des Täters, etwa die verschuldete Rechtsgutsbeeinträchtigung (oder welche Schuld sonst?) auszugleichen. Zu all diesen Versuchen und einer Reihe anderer „Theorien“ ist in der Abhandlung „Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts – Zur Idee der Strafe“ ausführlich (und kritisch) Stellung genommen.

Die Antwort auf die Frage nach dem maßgebenden Strafzweck wird noch schwieriger, wenn man sich aus der weithin praktizierten isolierten Reflexion über den richtigen Strafzweck löst und bedenkt, dass in eine sachgerechte Reflexion über den maßgebenden Strafzweck auch die Straftat miteinbezogen werden muss: Die Strafe soll ja eine sinnvolle, im Blick auf die Legitimationsanforderungen der Strafe sogar notwendige Reaktion auf das sein, was die Straftat darstellt. Die Straftat muss also etwas sein oder enthalten, worauf das, was die Strafe kennzeichnet, eine sinnvolle, ja aus benennbaren Gründen sogar unverzichtbare (notwendige) Reaktion oder Antwort bildet.

Diese Bedingungen sind – wie insbesondere in der Abhandlung „Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel“ dargelegt ist – nur erfüllt, wenn man in der Straftat über die zurechenbare Rechtsgutsbeeinträchtigung hinaus auch noch etwas anderes sieht: eine Missachtung des Rechts, die dessen Geltung (genauer: die Geltung bestimmter Verhaltensnormen) in Frage stellt. Diese mit einem rechtlichen Tadel oder einer Missbilligung des verwirklichten Verhaltens zu beantworten, ist nicht nur zur Klarstellung des rechtlich Erwarteten sinnvoll; es ist – wie im Beitrag „Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel“ dargelegt – auch geboten, weil es ohne solche Reaktion (auf den geschehenen Fall und vergleichbare andere Fälle) zu einer Erosion der Norm kommen würde, deren Verhinderung der Zweck der Strafe ist.

Natürlich ist damit noch nicht belegt, dass auch das mit der Strafe verbundene Übel notwendig und unverzichtbar ist. Zur Begründung dessen reicht es nicht aus, auf Bedürfnisse einer symbolischen Unterstreichung des Tadels oder einer „kognitiven Untermauerung“ zu verweisen. Eine tragfähige Begründung erschließt sich erst, wenn man nicht nur auf die Stufe der Strafverhängung sieht, sondern dezidiert die der Strafandrohung einbezieht. Deren Zweck, die Verhaltensordnung durch die Androhung einer Straftatfolge, die gemeinhin als Übel empfunden wird

und abhaltend wirkt, zusätzlich zu stabilisieren, ist zwar unmittelbar einsichtig; das dem Rechnung tragende Vorgehen bringt den Staat aber im Fall der Tatbegehung in Zugzwang: Dann muss das Angedrohte auch folgen, wenn die Drohung nicht als folgenlose Ankündigung entlarvt werden und damit alsbald ihren motivatorischen Effekt verlieren soll. Folgen darf das Angedrohte freilich nur, wenn es zulässigerweise angedroht ist – was nochmals einer eigenständigen Begründung bedarf. Das alles, insbesondere die so erfolgende Einführung und fundierte Rechtfertigung der Verhängung des Strafübels, ist in den Beiträgen „Zum Zweck der Strafandrohung“ und „Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel“ sowie in einigen neueren wegen ihres Umfangs und aus urheberrechtlichen Gründen nicht mehr in diesen Band aufgenommenen Abhandlungen¹ näher ausgeführt.

Die vorstehend skizzierte Straftheorie mag auf den ersten Blick an die heute viel hofierte Theorie der positiven Generalprävention erinnern. Sie unterscheidet sich von dieser, zumindest von bestimmten Spielarten derselben, aber sehr deutlich – was auch in dem in diesen Band aufgenommenen Beitrag „Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention“ zum Ausdruck kommt. Nach der hier vertretenen Straftheorie ist es nicht Zweck der Verhängung der Strafe, das Rechtsbewusstsein (als ein psychologisches Phänomen) zu stärken oder „Rechtstreue einzuüben“; die Strafe ist auch nicht an dem orientiert, was dazu notwendig ist oder wäre. Es geht vielmehr einzig und allein darum, zum Ausdruck zu bringen, dass an der vom Täter verletzten Norm festgehalten wird und dass, wer die Norm missachtet, auch tatsächlich mit dem belegt wird, was angedroht ist (und seiner Schuld entspricht).

IV.

Als Paradeferd der allgemeinen Verbrechenslehre gelten – jedenfalls in Deutschland und einigen anderen Staaten – das Straftatsystem und die dazu entwickelten Lehren. Ob diese sehr positive Einschätzung begründet ist, erscheint fraglich. Grund zu zweifeln besteht, wenn man sich auf die eigentliche Funktion des Straftatsystems besinnt und hieran die Bemühungen und das Ergebnis der Bemühungen um ein adäquates Straftatsystem misst.

Aus grundsätzlicher Sicht ist das Straftatsystem eine Ausdifferenzierung des Begriffs der Straftat. Es gibt die kategorialen Voraussetzungen an, die erfüllt sein müssen, damit ein Sachverhalt dem Begriff der Straftat gerecht wird. Diese Ausarbeitung kann nicht einfach begriffsjuristisch (etwa unter Ausgang von den Begriffen allein des positiven Rechts) geschehen. Sie muss vielmehr berücksichtigen, dass das, was solchermaßen als Kanon der Straftatvoraussetzungen ausgearbeitet

¹ Vgl. insbes. *Frisch*, Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs, in: Kindhäuser u. a. (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 647, 670 ff.; *ders.*, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe*, GA 2019, 537, 545 ff.

wird, so beschaffen sein muss, dass es sinnvoll, notwendig und legitimierbar ist, bei Gegebensein eines solchen Sachverhalts mit Strafe zu antworten (Strafe zu verhängen bzw. anzudrohen). Gefragt ist nach allem also – wie in dem Beitrag „Vom klassifikatorischen zum funktionalen Straftatsystem“ ausgeführt wird – ein dieser Funktion gerecht werdendes, also funktionales und zugleich legitimationsbezogenes System.

1. Sieht man aus dieser Perspektive auf die traditionellen Bemühungen um die Entwicklung des Straftatsystems und deren Ergebnis, so wird man enttäuscht. Von einer Ausarbeitung des Straftatsystems vor dem Hintergrund, dass es um jene Voraussetzungen eines Sachverhalts geht, die gegeben sein müssen, damit es sinnvoll, notwendig und legitimierbar erscheint, auf das Geschehene mit Strafe zu reagieren, kann keine Rede sein. Das System setzt – wie in dem eben genannten Beitrag dargelegt – bei dem Begriff der Handlung an, der dann mehrere Klassifikationen attachiert werden, die der analytischen Sichtung und Einteilung des positiven Rechts entnommen sind: Die Handlung muss einen Tatbestand erfüllen, rechtswidrig, schuldhaft und mit Strafe bedroht sein. Was in diesem System praktisch überhaupt nicht auftaucht, zumindest nicht explizit und an exponierter Stelle, ist das Erfordernis, dass der Täter gegen eine rechtliche Verhaltensnorm verstoßen haben muss.

Die fehlende Benennung dieses Erfordernisses ist nicht nur deshalb schwer nachvollziehbar, weil das Erfordernis der Rechtswidrigkeit ja angeführt, freilich auf das Nichtgegebensein von Rechtfertigungsgründen beschränkt wird. Denn aus normentheoretischer Sicht gibt die Frage nach der etwaigen Rechtfertigung ja nur dann Sinn, wenn zuvor festgestellt ist, dass das Verhalten im Grundsatz (also bei Außerachtlassung rechtfertigender Sachlagen) eine Verhaltensnorm verletzt. Noch merkwürdiger wird die fehlende Thematisierung der Verletzung einer Verhaltensnorm aus heutiger straftheoretischer Sicht. Denn wenn danach der Zweck der Strafe (insbesondere ihrer Verhängung) vor allem darin liegt, die Geltung der vom Täter verletzten Verhaltensordnung (oder Verhaltensnorm) nachdrücklich zu bestätigen (s. oben III.), so muss doch jedenfalls der Inhalt der Verhaltensnorm klar und diese so präzisiert sein, dass für vernünftige Menschen ersichtlich ist, dass man durch ein Verhalten wie das des Täters eine bestimmte Verhaltensnorm verletzt. Mag sein, dass man – wenn man dies überhaupt reflektiert hat – angenommen hat, dass es der Beschäftigung mit Verhaltensnormen deshalb nicht bedürfe, weil ja der, der den Tatbestand erfüllt, damit zugleich auch eine Verhaltensnorm verletzt habe. Doch ist das angesichts der Weite der Begrifflichkeit der Tatbestände ersichtlich eine Fehlintuition. Es gibt zahllose Fälle, in denen der Täter z. B. den in einem Tatbestand verlangten Erfolg verursacht hat, aber gleichwohl nicht gegen eine Verhaltensnorm verstoßen hat – die Ausscheidung diverser Sachverhalte aus dem Tatbestand der Erfolgsdelikte durch restriktive Kriterien (s. dazu noch unten V.) ist dafür ebenso ein Beweis wie die über die Garantenstellung hinausgehende Frage nach einer konkreten Handlungspflicht.

2. Weniger angreifbar sind die dann folgenden Systemstufen der Rechtswidrigkeit (in Gestalt der Frage nach etwa eingreifenden Erlaubnissätzen) und der Schuld in Gestalt der Vorwerfbarkeit der Tat – mag die ursprüngliche Ableitung der Letzteren aus der Gemeinsamkeit mehrerer positiv-rechtlicher Vorschriften auch der straftheoretischen Fundierung dieser Systemkategorie als Legitimationsvoraussetzung staatlichen Strafens nicht gerecht werden.

Zu wenig an der Funktion des Straftatsystems als eines sinnvoll geordneten Katalogs der Voraussetzungen notwendigen und legitimierbaren staatlichen Strafens orientiert ist das traditionelle System aber dann vor allem insoweit, als ihm eine explizite Reflexionsstufe der fehlenden Notwendigkeit (oder Legitimierbarkeit) staatlichen Strafens trotz Erfüllung der zuvor genannten Systemvoraussetzungen fehlt. Statt einer solchen material gekennzeichneten gezielten Reflexionsstufe findet man im traditionellen Straftatsystem nur noch ein heterogenes Allerlei von Sachverhalten, die meist als „Voraussetzungen außerhalb von Unrecht und Schuld“ firmieren – wie objektive Bedingungen der Strafbarkeit, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe. Sieht man genauer hin, so entdeckt man freilich rasch, dass es hier just um das Gesuchte geht: also um Sachverhalte, bei denen es trotz Erfüllung der Grundvoraussetzungen staatlichen Strafens doch an der Notwendigkeit einer Bestätigung der Geltung der verletzten Norm im Wege der Strafe fehlt. – Um einen solchen Fall fehlender Notwendigkeit der Bestrafung geht in es Wahrheit auch bei den Entschuldigungsgründen, bei denen ja vielfach geminderte Schuld vorliegt, auf die mit Strafe zu reagieren freilich wegen der Besonderheit der Sachverhalte nicht notwendig erscheint. Näheres dazu findet sich in den die vorstehenden kritischen Überlegungen weiter ausdifferenzierenden Beiträgen „Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel“ sowie „Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem“.

3. Natürlich kann der Blick auf das System nicht mit einer Kritik enden. Von dem, der kritisiert, darf man auch erwarten, dass er so etwas wie einen Gegenentwurf anbietet. Diesen Gegenentwurf schon hier darzustellen, würde zu weit führen. Immerhin wird schon aus der skizzierten Kritik deutlich, dass der Topos der Verletzung einer (dem Tatbestand zugrunde liegenden) Verhaltensnorm und eine Stufe der Reflexion über Sachverhalte fehlender Notwendigkeit des Strafens in ihm nicht fehlen dürfen. Einzelheiten dazu finden sich im Sinne eines ersten Entwurfs in dem Beitrag „Vom klassifikatorischen zum funktionalen Straftatsystem“, der den Text meiner bisher unveröffentlichten Mannheimer Antrittsvorlesung (1977) wiedergibt; Weiterführungen (und Modifizierungen) enthalten die schon erwähnten Beiträge „Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel“ und „Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem“ sowie zwei weitere Abhandlungen aus jüngster Zeit², die wegen ihres Umfangs (und aus urheberrechtlichen Gründen) nicht mehr in diesen Band aufgenommen werden konnten.

² Nämlich der schon erwähnte Beitrag „Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs“, in: Kindhäuser u. a. (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019,

V.

Wendet man sich nach diesem Blick auf die Gesamtarchitektur des Straftatsystems den einzelnen Kategorien des (herkömmlichen) Systems zu, so dürfte nach allem bisher Gesagten klar sein, wo im Bereich dieser Stufen der größte Nachholbedarf besteht. Es ist die Kategorie des Tatbestands, auf die dies zutrifft.

Auch wenn man aus einsichtigen praktischen Gründen (und im Hinblick auf den *nullum-crimen-sine-lege*-Satz) am (Wortlaut-)Tatbestand als sinnvoller Eingangsstufe festhält, muss doch klar sein, dass diese Tatbestandserfüllung nur dann Anlass zu den weiteren im Rahmen der Rechtswidrigkeit und Schuld interessierenden Fragen gibt, wenn sie die Folge der Verletzung einer im Tatbestand (stillschweigend) vorausgesetzten Verhaltensnorm ist. Das gilt nicht nur für die Erfolgs-, sondern auch für sogenannte Tätigkeitsdelikte.

Blickt man auf die Entwicklung der Tatbestandslehre zurück, so mutet diese wie eine einzige lange und von vielfältigen Enttäuschungen begleitete Suche nach jenem normativen Gehalt an, der in diesem Begriff der Verletzung einer dem Tatbestand zugrunde liegenden Verhaltensnorm eingeschlossen ist. Das gilt vor allem für die Tatbestandslehre der Erfolgsdelikte. Schon die zur Konturierung der Tatbestände der Erfolgsdelikte benutzte *Conditio-sine-qua-non*-Formel und ihre Ergänzungsformeln haben – wie im Beitrag „Die *Conditio*-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?“ näher begründet wird – ersichtlich normativen Gehalt, sie dienen nämlich der Eingrenzung jener Personen, die für ein Geschehen berechtigterweise verantwortlich gemacht werden können. Dass es dabei intuitiv um die Eingrenzung auf Personen geht, die mit ihrem Verhalten eine Verhaltensnorm verletzt haben, wird noch deutlicher in den Formeln der Adäquanztheorie, die wegen des Geschehenen (unter dem Etikett hinreichender „Kausalität“) nur verantwortlich machen wollen, wenn der von einer Person ausgelöste Verlauf einigermaßen wahrscheinlich (und das Verhalten deshalb regelmäßig zu unterlassen) war. Und dass es bei der Suche nach dem zu Fordernenden um die Suche nach der Verletzung einer (dem Tatbestand zugrunde liegenden) Verhaltensnorm geht, ist schließlich geradezu mit Händen zu greifen, wenn man – wie die Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs – für die Bejahung des Tatbestands eine missbilligte Risikoschaffung verlangt; denn durch eben diese verletzt der Täter die dem Tatbestand der Erfolgsdelikte zugrunde liegende Verhaltensnorm. Das Einzige, was bislang in den einschlägigen Deduktionen der objektiven Zurechnungslehre noch fehlt, ist das offene Eingeständnis, dass es in weiten Bereichen des für die objektive Zurechnungslehre Vereinnahmten gar nicht primär um Fragen der objektiven Zurechnung, sondern um Probleme des Inhalts und der Erfüllung der dem Tatbestand zugrunde liegenden Verhaltensnormen geht – und: dass das Verbot der Schaffung von bestimmten, nämlich anderen nicht

S. 647, 681 ff. sowie *Frisch*, Strafrecht, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch, GA 2019, 185, 196 ff.

zumutbaren Risiken, der Kerninhalt der entsprechenden Verhaltensnormen (der Erfolgsdelikte) ist.

Gegen diese in dem Beitrag „Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“ ausführlich dargestellte und exemplifizierte Argumentation und Kritik lässt sich auch nicht wirklich überzeugend einwenden, es sei gleichgültig, ob man die Problematik unter dem Topos der Verhaltensnormverletzung (bzw. des tatbestandsmäßigen Verhaltens) oder der Zurechnung des Erfolgs behandelt (so z.B. Roxin und Schönemann). Dieser Einwand ist nicht nur deswegen verfehlt, weil sich die Frage, ob der Täter eine Verhaltensnorm verletzt hat, auch dann stellt, wenn ein Erfolg gar nicht eingetreten ist (wie im Falle eines denkbaren strafbaren Versuchs) oder nicht interessiert (wie bei sogenannten Tätigkeitsdelikten). Der Einwand ist vor allem deshalb schlicht falsch, weil er – wie der Beitrag „Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre“ unter Angabe weiterer Abhandlungen näher ausführt – verkennt, dass die Kriterien, nach denen legitimierbare Verhaltensnormen bestimmt, also Freiheiten zugeteilt und begrenzt werden, andere sind als die, die über die Zurechenbarkeit eines eingetretenen Erfolgs zu einem verbotenen Verhalten Auskunft geben.

2. Weitaus weniger grundsätzliche, nämlich schon die Legitimation staatlichen Strafens betreffende Fragen stellen sich im Rahmen der Teilkategorie, die üblicherweise als subjektiver Tatbestand bezeichnet wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn man sich auf den Vorsatz beschränkt, der weithin nicht die Grenze zulässigen Strafens, sondern nur bestimmte Sachverhalte hervorgehobener Strafwürdigkeit oder Strafbedürftigkeit kennzeichnet – wenn man also die Fahrlässigkeitsdelikte mit der dort auftauchenden Frage der Grenzen zulässigerweise postulierbarer Sorgfaltsanforderungen ausklammert. Dann geht es im Wesentlichen um die Frage, welche Sachverhalte (noch) als Sachverhalte des Vorsatzes oder vorsätzlichen Handelns qualifiziert werden können. Diese Frage lässt sich nicht einfach im Wege praktischer Philosophie durch Erwägungen der praktischen Vernunft beantworten. Da nach dem Gesetz nicht vorsätzlich handelt, wer „bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“, ist der Vorsatz an die Kenntnis der genannten Umstände gebunden. Erwägungen praktischer Vernunft können erst eine Rolle spielen, soweit psychische Sachverhalte noch vom Wortsinn des Begriffs „Kenntnis“ erfasst werden. Fehlt es daran, wie dann, wenn der Täter bestimmte Tatumstände nur hätte kennen können, so scheidet für eine strafrechtsdogmatische Betrachtung (oben I. a. E.) vorsätzliches Handeln aus. Für die Strafrechtsdogmatik bleiben danach im Rahmen der subjektiven Tatseite vor allem zwei einigermaßen grundsätzliche Fragestellungen.

Zum einen die Frage, ob auch vorsätzlich handelt, wer bestimmte Tatumstände nicht sicher für gegeben oder als Folge seines Handelns eintretend erachtet, sondern das Gegebensein tatbestandlicher Umstände oder den Eintritt bestimmter Folgen nur für möglich hält. Aus sprachlicher Sicht könnte man zweifeln, ob bloßes Für-Möglich-Halten schon Kenntnis ist. Nicht zuletzt wohl vor diesem Hintergrund ist

lange Zeit heftig darüber gestritten und sind eine Reihe unterschiedlicher Formeln dazu entwickelt worden, wann Handeln bei Für-Möglich-Halten als vorsätzliches Handeln anzusehen ist – also ein sogenannter *dolus eventualis* vorliegt. Heute ist dieser Streit, von einigen Restgefechten abgesehen, weitgehend abgeebbt. Eine Reihe von früher entworfenen Theorien werden – wie der Beitrag „Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung“ belegt – praktisch nicht mehr vertreten; die meisten der noch vertretenen „Theorien“ lassen sich, wie dort ebenfalls ausgeführt ist, ineinander überführen und bezeichnen im Wesentlichen dasselbe nur aus verschiedener Perspektive. In der Sache selbst kann kaum ernsthaft daran gezweifelt werden, dass vorsätzlich, nämlich mit der nötigen Kenntnis handelt, wer für sich von Möglichkeiten ausgeht (und sich mit ihrer Realisierung abfindet), bei deren Annahme oder Gegebensein ihm die rechtliche Verhaltensordnung verbietet, so zu handeln, wie er gehandelt hat. Wer in solcher Einschätzung handelt, hat auch nicht nur unsicheres Wissen (von dem in den Tatbeständen aufgeführten Umständen), sondern weiß um das, woran die dem Tatbestand zugrunde liegenden Verhaltensnormen das Verbot des Handelns knüpfen. Darauf aber kommt es an – denn wer in solcher Einschätzung (Wissen um die normativ [für das Verbot oder Gebot] maßgeblichen Möglichkeiten) handelt, entscheidet sich damit abweichend von der rechtlichen Verhaltensordnung (und gegen das Rechtsgut) und erfüllt damit den materialen Grund der hervorgehobenen Vorsatzbestrafung.³ In Wahrheit liegen die eigentlichen Probleme des *dolus eventualis*, wie der Beitrag ebenfalls verdeutlicht, heute bei der Feststellung des *dolus eventualis* in Einzelfall.

Die zweite Frage ist mit einer gewissen Bandbreite des Begriffs „Kenntnis“ oder „Wissen“ verknüpft. Natürlich hat Kenntnis von Tat Umständen, wer diese bei Begehung der Tat klar vor Augen hat, an sie denkt und von ihrem Gegebensein ausgeht. Rein semantisch kann man von einer Kenntnis aber auch in Bezug auf solche Umstände sprechen, an die man momentan nicht denkt, die man aber ganz einfach weiß – und die einem hell vor Augen stünden, wenn man nur einen Moment in diese Richtung dächte. Die Frage ist, ob solches oft „Mitbewusstsein“ oder „Randbewusstsein“ genanntes Wissen für die Annahme vorsätzlichen Handelns genügt. Der Beitrag „Vorsatz und Mitwußtsein. Strukturen des Vorsatzes“ macht deutlich, dass insoweit eine einheitliche Antwort nicht möglich ist. Entscheidend ist, ob die für vorsätzliches Handeln geforderte Entscheidung gegen das Rechtsgut durch bloßes Mit- oder Randbewusstsein (nicht) in Frage gestellt wird. Der Täter, der die tatbestandlichen Folgen seines Handelns nicht bedacht hat, handelt danach auch dann nicht vorsätzlich, wenn er entsprechendes generelles Wissen hat und ihm die Gefährlichkeit seines Handelns sofort hell vor Augen gestanden hätte, wenn er seine Aufmerksamkeit nur einen Moment in Richtung auf mögliche Folgen seines Handelns gelenkt hätte – denn hier fehlt es schon an der für vorsätzliches Handeln geforderten Entscheidung gegen das tatbestandlich geschützte Gut. Anders mag zu entscheiden sein, wenn der Täter sein ihm verbotenes Handeln klar erfasst hat und

³ S. dazu eingeh. *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 111 ff., 169 ff., 190 ff.

nur einen Tatumstand nicht bedenkt, den er genau kennt und dessen (allgemeine) Kenntnis ihm hätte Motiv sein müssen, das von ihm klar erfasste verbotene Tun zu unterlassen.

VI.

Die Beiträge, die in diesem Band der Systemkategorie der Rechtswidrigkeit gewidmet sind, beschäftigen sich zunächst mit einem allgemeinen Problem (der Struktur) der Rechtfertigungsgründe – nämlich der Frage, ob es für die Rechtfertigung eines an sich verbotenen tatbestandlich erfassten Verhaltens genügt, dass die Voraussetzungen eines sogenannten Rechtfertigungsgrundes objektiv vorliegen, oder ob der Täter dafür auch gewisse subjektive Voraussetzungen erfüllen muss. Richtigerweise muss der Täter auch, wie im Beitrag „Grund- und Grenzprobleme des sogenannten subjektiven Rechtfertigungselements“ näher ausgeführt ist, gewisse subjektive Voraussetzungen erfüllen – wobei freilich die dafür üblicherweise angeführten Begründungen (positivistische Fassung der Rechtfertigungsgründe, Parallele von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss) nicht wirklich überzeugen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Täter, der nicht weiß, dass sein Eingriff in ein tatbestandlich geschütztes Gut objektiv durch einen Rechtfertigungssachverhalt gedeckt ist, auf der Basis seiner Vorstellungen eine Entscheidung gegen das tatbestandlich geschützte Rechtsgut trifft – womit sein Verhalten jedenfalls die Voraussetzungen eines Versuchs erfüllt. Da allein die betätigte Entscheidung zu beanstanden ist, das objektive Geschehen dagegen mit dem Recht in Einklang steht, bleibt es freilich bei einem Versuch. Auch ein besonderes Moment der Zweckverfolgung (z. B. ein Verteidigungswille) ist, wie in dem Beitrag näher dargelegt, aus grundsätzlicher Sicht nicht überzeugend begründbar.

Zwei weitere Beiträge zur Rechtswidrigkeit gelten dem praktisch wichtigsten und einem wissenschaftlich besonders interessanten Rechtfertigungsgrund. Der Beitrag „Notstandsregeln als Ausdruck von Rechtsprinzipien“ behandelt auf der Basis der straf- und zivilrechtlichen Notstandsvorschriften die höchst unterschiedlichen, unter dem Begriff des Notstands zusammengefassten Fallkonstellationen (Defensivnotstand, Aggressivnotstand, Eingriff in Güter bei Kollisionen), die für diese geltenden Lösungsformeln und deren Verwurzelung in elementaren Rechtsprinzipien – wobei am Ende eingeräumt wird, dass es Kollisionsfälle gibt, für die die Rechtsordnung nach ihren eigenen Maximen kein Recht zur Vornahme bestimmter Rettungshandlungen geben kann.

Der Beitrag „Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik“ gilt einer Überprüfung der Angemessenheit des von der herrschenden Meinung dem rechtswidrig Angegriffenen gewährten schneidigen Notwehrrechts, also eines Notwehrrechts, das nicht nur in den Grenzen des Verhältnismäßigen ausgeübt werden darf, sondern dem rechtswidrig Angegriffenen in vollem Umfang die zur Abwehr des Angriffs erforderliche Verteidigung erlaubt

und ihm auch nicht zumutet, dem rechtswidrigen Angriff auszuweichen. Die sogenannte Zwei-Güter-Lehre, die für dieses schneidige Recht anführt, dass der rechtswidrig Angegriffene nicht nur seine Individualgüter, sondern auch das Allgemeingut der (Geltung der) Rechtsordnung verteidige, vermag dieses schneidige Notwehrrecht, wie im Beitrag näher ausgeführt, nicht wirklich überzeugend zu begründen. Die wahre Begründung liegt vielmehr darin, dass in den Fällen, in denen es angemessen erscheint, ein schneidiges Notwehrrecht zuzugestehen, regelmäßig ein qualifizierter Angriff vorliegt, nämlich ein bewusster Angriff einer Person nicht nur auf die Individualgüter einer Person, sondern auch eine Verletzung ihrer Würde in Gestalt einer Objektbehandlung, deren sofortige Beendigung das angegriffene Opfer muss durchsetzen können. Dem Opfer zuzumuten, derartigen Angriffen auszuweichen, besteht kein Grund, da der Angreifer sich gegen die Folgen der dem Opfer zuzugestehenden Abwehr jederzeit selbst schützen kann. Aus dieser Begründung folgt umgekehrt auch, dass das schneidige Notwehrrecht nicht zugestanden werden kann, wenn es an einem solchen qualifizierten Angriff fehlt oder es tragfähige Gründe gibt, dem Opfer ein Ausweichen zuzumuten – der Hintergrund der sogenannten sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts.

Eine Darstellung der wichtigsten Rechtfertigungsgründe müsste im Abschnitt Rechtswidrigkeit eigentlich noch einen Beitrag zur Einwilligung präsentieren. Darauf wurde verzichtet. Stattdessen wurde in den Band an dieser Stelle ein Beitrag aufgenommen, der jenem Topos gewidmet ist, der formend im Hintergrund der Einwilligung steht: das Selbstbestimmungsrecht. Der Beitrag „Leben und Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht“ betrifft einen der neuralgischsten und schwierigsten Aspekte des Selbstbestimmungsrechts. Er behandelt nicht nur die Frage, inwieweit Handlungen Dritter, die das eigene Leben gefährden (oder verkürzen) als durch Einwilligung gerechtfertigt angesehen werden können. Er zeigt zugleich auf, dass das Selbstbestimmungsrecht und dessen Reichweite auch schon wesentliche Faktoren bei der Bestimmung der im Tatbestand (hier vor allem des § 216 StGB) vorausgesetzten Verhaltensnormen und ihrer Reichweite sind und veranschaulicht damit das oben V. 1. zur Konstitution der tatbestandlichen Verhaltensnormen (und der Verschiedenheit der dazu erforderlichen Erwägungen von Fragen der Zurechnung) Gesagte. Er belegt überdies, wie wichtig der Topos des Selbstbestimmungsrechts für Fragen der Pflichtbegründung im Bereich der Unterlassungsdelikte (gegenüber fremdem Leben) ist. Und er wirft zugleich kritisches Licht auf strafrechtliche Versuche, die Lösung gewisser Problemfälle mit einverständlicher Beteiligung Dritter einfach über die Einordnung in die Gruppen „einverständliche Fremdgefährdung“ oder (noch) „Selbstgefährdung“ zu steuern, da die eigentliche Frage in Wahrheit die Reichweite eines vorstrafrechtlichen, nämlich in der Verfassung verankerten Selbstbestimmungsrechts ist.

VII.

1. Zur Systemkategorie der Schuld wird der Sache nach in diesem Band schon im Rahmen der grundsätzlichen Legitimationsvoraussetzungen staatlichen Strafens Stellung genommen, zu denen die Schuld zählt (oben II. 2.). Im Rahmen dieser grundsätzlichen Ausführungen ist dargelegt, dass es nicht um eine empirisch belegte oder belegbare Fähigkeit zu dem Recht entsprechendem Handeln, sondern um eine Fähigkeit geht, die unter bestimmten Voraussetzungen wechselseitig zugeschrieben oder erfahrungsbegründet verneint wird. Ergänzend sei in diesem Zusammenhang nur erwähnt, dass eine solche Fähigkeit auch gefordert ist, wenn man das Wesen der Strafe herausfordernden und legitimierenden Straftat in einer Missachtung der Geltung des Rechts sieht (oben III.). Denn wer habituell nicht fähig ist, das Recht zu erkennen oder sein Verhalten an ihm auszurichten, bringt durch sein vom Recht abweichendes Verhalten auch keine *Missachtung* des Rechts zum Ausdruck.

Weitere Aspekte der herkömmlichen Schuld, nämlich die sogenannten Entschuldigungsgründe, sind in den Beiträgen zur Gesamtarchitektur der Straftat (oben IV. 2.) berührt. In diesen wird dargelegt, dass die Entschuldigungsgründe als Fälle stark geminderter Schuld nur unzureichend gekennzeichnet sind, das Entscheidende bei ihnen vielmehr ist, dass angesichts gewisser Besonderheiten der in ihnen vorausgesetzten Sachverhalte keine Notwendigkeit besteht, auf die reduzierte Schuld (wie in vielen anderen Fällen geringer Schuld) auch nur mit einer mildereren Strafe (und einem Schuldspruch) zu reagieren (was sich sofort ändert, wenn von einer Person aus bestimmten Gründen auch in einer Notlage rechtskonformes Handeln erwartet werden muss).

Das dritte Element der herkömmlichen Schuldlehre, das sogenannte Unrechtsbewusstsein, ist in diesem Band durch den Beitrag „Schwächen und Notwendigkeit einer Revision der Lehre vom Unrechtsbewusstsein“ vertreten. Die damit angesprochene Lehre ist nicht nur insoweit defizitär, als schon ihre Bezeichnung irreführend ist. Die Einordnung des Erfordernisses (allein) im Rahmen der Schuld hat auch zu einer Verkürzung der zu behandelnden Problematik, nämlich dazu geführt, dass man allein danach fragt, ob der Täter die Unkenntnis (den Irrtum) hätte vermeiden *können*, insbesondere weil er einen besonderen Anlass hatte, sich mit der Frage der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu beschäftigen. Damit wird ein entscheidender Gesichtspunkt übergangen – nämlich die Frage, ob und welche Obliegenheiten eine Person treffen, sich vor ihrem Handeln der Rechtmäßigkeit ihres Handelns zu versichern. Das ist insbesondere auch aus der Sicht eines Strafrechts relevant, welches das Wesen der Straftat in einer Missachtung (der Geltung) des Rechts sieht. Denn eine Missachtung oder nicht hinreichende Achtung der Geltung einer Norm, die Beachtung erwartet, liegt auch dann vor, wenn sich eine Person nicht in dem von ihr erwarteten Maß um die ihr Handeln betreffenden Rechtsinhalte kümmert und bei Aufbringung der erwarteten Sorge die Rechtswidrigkeit ihres Handelns hätte erkennen können. Allein aus der Perspekti-

ve, ob in dem Handeln der Person eine Missachtung des Rechts liegt, sind auch eine Reihe anderer, sich im Kontext dieses Schuldlements stellender Fragen (wie z. B. die Frage, auf welche Erkenntnisse oder Informationen sich eine Person verlassen darf) überzeugend zu beantworten.

2. Weit weniger um grundsätzliche Fragen der Legitimation staatlichen Strafens geht es in dem Bereich der Verbrechenslehre, der herkömmlich unter dem Titel „Täterschaft und Teilnahme“ behandelt wird. Daran ändert auch das besondere Interesse der Strafrechtswissenschaft gerade an diesem Themenkreis und die Heftigkeit mancher hier stattfindenden Diskussionen nichts. In den Diskussionen darüber, ob bestimmte Verhaltensweisen als Sachverhalte der mittelbaren Täterschaft oder der Anstiftung, der mittäterschaftlichen Begehung oder der Beihilfe zu einem bestimmten Delikt anzusehen seien und was diese Strafbarkeitsfiguren überhaupt kennzeichnet, geht es regelmäßig nicht um die grundsätzliche Legitimierbarkeit staatlichen Strafens in diesen Fällen. Umstritten ist vielmehr – bei grundsätzlich nicht in Frage gestellter Strafbarkeit des Handelnden in den einschlägigen Fällen – meist allein, nach welcher Strafbarkeitsfigur (Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe) er zu bestrafen ist – tiefer gesehen auch: gegen welche der diesen Strafbarkeitsfiguren zugrunde liegenden Verhaltensnormen er verstoßen hat. Deutlich wird das u. a. daran, dass dann, wenn die Strafbarkeit nach der gewichtigeren Strafrechtsfigur nicht begründbar erscheint, auf die weniger gewichtige zurückgegriffen zu werden pflegt.

Angewissen Stellen tauchen freilich auch innerhalb dieses Gesamtthemenbereichs Fragen der Legitimierbarkeit staatlichen Strafens auf. Sie begegnen vor allem an den „Rändern“ der Anstiftung und der Beihilfe – wie etwa dann, wenn der Täter zu einer rechtswidrigen Tat durch das Verhalten eines anderen veranlasst wurde, das zwar (vom Veranlassenden gesehen) motivierend wirkte, aber keine Aufforderung zu dem Verhalten des Haupttäters enthielt, oder in den Fällen, in denen sich ein Alltagshandeln fördernd auf die Tatbegehung eines Dritten auswirken könnte (und letztlich auch ausgewirkt hat).

Der in diesen Band aufgenommene Beitrag „Beihilfe durch neutrale Handlungen“ gilt dem zuletzt genannten Themenkreis. Er versucht aufzuzeigen, dass eine legitimierbare Bestrafung wegen Beihilfe mehr als eine (vom präsumtiven Gehilfen für möglich gehaltene) Förderung der rechtswidrigen Tat eines Dritten durch sein Verhalten voraussetzt. So wie die täterschaftliche Verwirklichung eines Straftatbestands verlangt, dass die Tatbestandserfüllung sich als Folge der Verletzung einer dem Tatbestand stillschweigend zugrunde liegenden Verhaltensnorm darstellt (oben IV. 1. und V. 1.), so muss auch die vom präsumtiven Gehilfen (zumindest mit *dolus eventualis*) bewirkte objektive Förderung der rechtswidrigen Tat des Haupttäters sich als Folge der Verletzung einer Verhaltensnorm, also als Überschreitung der rechtlich zuerkannten Freiheit, darstellen. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist bei relativ alltäglichen Handlungen nicht selbstverständlich. Sie ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn solches Verhalten des präsumtiven Gehilfen auch seinem Sinngehalt nach auf die Förderung einer rechtswidrigen Haupttat bezogen war;

denn mit solchem, dem Sinn nach auf die Förderung einer rechtswidrigen Haupttat bezogenen Verhalten überschreitet der Handelnde die Grenzen der ihm zuerkannten Handlungsfreiheit. Fraglich ist allein, ob der Kreis des verbotenen Förderns hierauf beschränkt ist. Der genannte Beitrag wird zeigen, dass das nicht der Fall ist, objektiv förderungsgeeignetes Verhalten vielmehr trotz seines alltäglichen Charakters auch noch unter anderen Voraussetzungen eine die Beihilfebestrafung legitimierende rechtswidrige Überschreitung der zuerkannten Freiheit sein kann – wie u. a. dann, wenn dem vor der Verwirklichung einer Alltagshandlung Stehenden wegen der Gefahr der Begehung einer (durch sein Verhalten geförderten) Haupttat aus notstandsähnlichen Erwägungen der Verzicht auf die Vornahme der entsprechenden Handlung zugemutet werden kann. Mit grundsätzlichen Erwägungen dieser Art wird zugleich das Fundament der gegenwärtig etwas begründungslos zufällig wirkenden Rechtsprechung zur Strafbarkeit bestimmter Fälle der sogenannten neutralen Beihilfe sichtbar.

VIII.

Der Sammelband wird durch mehrere Beiträge beschlossen, die nicht mehr direkt der Theorie der Strafe, den Voraussetzungen und dem System der Voraussetzungen sowie den Grenzen legitimierbaren Strafens gewidmet sind, aber doch Problemfelder und Fragen betreffen, für welche die zur Theorie des Strafens und den Voraussetzungen und Grenzen legitimierbaren Strafens gewonnenen Erkenntnisse von hoher Relevanz sind.

1. Zu diesen Problemfeldern gehört zunächst die Strafzumessung. Sie galt lange Zeit als eine dem Schuldspruch folgende Sonderdisziplin, die eigenständige Fragen aufwirft, zu deren adäquater Beantwortung es eigener Kategorien, Begrifflichkeiten und Strukturen bedarf. Mit den Zentralbegriffen des Straftatsystems allein, Unrecht und Schuld, die meist klassifikatorisch als Kriterien des Ob der Strafbarkeit gedacht wurden, ließ die Strafzumessung sich offenbar nicht bewältigen. Erst in den letzten Jahrzehnten bahnt sich insoweit ein Sichtwechsel an. Die Strafzumessung wird zunehmend nicht mehr als etwas Neues, Eigenständiges angesehen, das dem Schuldspruch und den dafür maßgebenden Kriterien mit eigenen Kriterien folgt, sondern als Weiterführung der durch den Blick auf das Gegebensein von Unrecht und Schuld geprägten Frage nach dem „Ob“ der Strafbarkeit in die Frage des Maßes, bei der es auf der Basis eines komparativen Verständnisses von Unrecht und Schuld um die Erfassung des Ausmaßes des verschuldeten Unrechts geht. Der Beitrag „Straftatsystem und Strafzumessung“ schildert diese Entwicklung und die Hindernisse, die in diesem Zusammenhang zu überwinden waren, aber auch die Alternativlosigkeit eines solchen Verständnisses der Strafzumessung als komparatives und quantitatives Weiterdenken der Frage des Unrechts und der Schuld; er entwirft zugleich ein umsetzbares Modell der Strafzumessung, das den im Grunde

gar nicht umsetzbaren Strukturmodellen der älteren Strafzumessungslehre weit überlegen ist.

Der genannte Beitrag macht im Übrigen auch deutlich, dass der Erfassung der Strafzumessung als Weiterdenken der Kategorien des Straftatsystems in das Komparative und Quantitative lange Zeit eine Unvollkommenheit des Straftatsystems selbst entgegenstand. Diesem fehlte mit der weitgehenden Beschränkung auf „Tatbestand, Unrecht und Schuld“ eine wichtige Kategorie. Zur Legitimation der Strafe müssen nicht nur tatbestandsmäßiges Unrecht und Schuld vorliegen; es muss auch notwendig sein, das verschuldete Unrecht (zur Normbekräftigung) mit Strafe zu belegen (s. schon oben III., IV. 2. und VII. 1). Das insoweit bestehende Defizit im traditionellen Straftatsystem erschwerte ganz offensichtlich die Erfassung der Strafzumessung als Fortsetzung der Arbeit am Schuldspruch aus komparativer und quantitativer Perspektive. Denn damit fehlte im Straftatsystem eine Kategorie, die zur Aufnahme jener vielen Strafzumessungsumstände offen war, welche nicht direkt das Maß des Unrechts oder der Schuld kennzeichnen, sondern nur das Ausmaß des Bedürfnisses beeinflussen, auf den Normbruch durch Normbekräftigung zu reagieren – wie insbesondere bestimmtes Nachtatverhalten und das Verhalten des Täters im Prozess (Geständnis usw.). Umgekehrt bildet die intuitive Erfassung der Bedeutsamkeit der einschlägigen Faktoren für eine sachgerechte Bemessung der zur Normbekräftigung erforderlichen Strafe auch einen Beleg für die Unverzichtbarkeit einer (Straftat-)Kategorie der Notwendigkeit der Ahndung des verschuldeten Unrechts – denn die Sachverhalte, die das Bedürfnis nach Normbekräftigung beeinflussen, können unter bestimmten Voraussetzungen das Strafbedürfnis auch ganz entfallen lassen (oben IV. 2. und VII. 1).

Eine weitere Verfeinerung und Ausdifferenzierung der Kategorien des Unrechts und der Schuld der Strafzumessungslehre, aber auch der Kategorie des Unrechts der Verbrechenlehre, strebt der Beitrag „Unrecht und Schuld im Verbrechenbegriff und in der Strafzumessung“ an. In seinem Zentrum steht die einem Verständnis der Strafzumessung als Fortsetzung der Schuldspruchfrage in die komparative und quantitative Dimension eher entgegenstehende verbreitete These, dass die im Rahmen der Strafbegründung interessierende Strafbegründungsschuld und die Strafzumessungsschuld sich wesentlich unterschieden. Soweit mit dieser (sog. Divergenz-)These nur gemeint ist, dass der Kreis der für die Strafzumessung bedeutsamen Sachverhalte weit umfangreicher ist als der für die Strafbegründungsschuld relevanten, trifft das durchaus zu – und zwar auch, wenn man für die Strafbegründungs- wie für die Strafzumessungsschuld auf die Fähigkeit des Täters zu normgerechtem Handeln durch Orientierung am Recht abstellt (dazu oben II. 2.). Denn natürlich ist der Kreis der Sachverhalte, die diese Fähigkeit nur relativieren, weitaus größer als der Kreis derer, die sie völlig ausschließen. Problematisch wird die verbreitete Divergenzthese freilich, soweit mit ihr gemeint ist, dass für die Schuld i. S. der Strafzumessung noch ganz andere Sachverhalte bedeutsam seien als die, die sich auf die Fähigkeit der Normbefolgung bzw. das Maß dieser Fähigkeit auswirken – wie etwa die mehr oder weniger verwerflichen Zielsetzungen des Tä-

ters, seine Motive, seine mehr oder weniger ausgeprägte unrechtlige Gesinnung usw. Ein solches zusätzliche Inhalte aufnehmendes Verständnis der Strafzumessungsschuld lebt in Wahrheit aus einer Verkürzung des strafrechtlich relevanten Unrechts. Es verkennt, dass dieses nicht einfach in einer gegenständlichen Rechtsbegriffsbeeinträchtigung (usw.) besteht, sondern (auch) wesentlich eine Missachtung des Rechts beinhaltet (s. dazu schon oben III.) – und: dass die genannten verwerflichen Ziele, Motive, unrechtlischen Gesinnungen usw. in Wahrheit schon das Ausmaß der Missachtung des Rechts kennzeichnen (können). In der Schuld (i.e.S.) geht es auch hier allein um die mehr oder weniger große Fähigkeit, die jeweils interessierende, mehr oder weniger ausgeprägte Missachtung des Rechts zu vermeiden.

Abgerundet werden die Überlegungen zur Bedeutung der Verbrechenslehre für die Strafzumessungsdogmatik durch einen Beitrag, der zeigt, dass für die Strafzumessung nicht nur die Kategorien des Straftatsystems, sondern auch gewisse Prinzipien der Verbrechenslehre bedeutsam sind – insbesondere das Schuldprinzip. Bestrebungen, dieses Prinzip durch das scheinbar rationalere und möglicherweise auch international besser anschlussfähige Verhältnismäßigkeitsprinzip zu ersetzen, ist mit Nachdruck entgegenzutreten. Dies nicht nur deshalb, weil das Verhältnismäßigkeitsprinzip das im Schuldprinzip klar enthaltene „Keine Strafe ohne Schuld“ nicht einmal ansatzweise ausdrückt. Auch unter dem Aspekt der Maßstäbe für das Strafmaß bleibt das Verhältnismäßigkeitsprinzip weit hinter den Präzisierungen des Strafmaßes durch das Schuldprinzip zurück – was der Beitrag „Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ im Einzelnen belegt.

2. Die Erkenntnisse zur Straftheorie und zu den Voraussetzungen und Grenzen legitimierbaren Strafens sind nicht nur für die Konstitution der Straftat und des Straftatsystems sowie für die Strafzumessung bedeutsam. Sie sind auch bei der Beantwortung (scheinbar rein) kriminalpolitischer Frage des materiellen Strafrechts zu berücksichtigen. Für die Bestrafung einer Person wegen eines unerwünschten Ereignisses genügt es nicht, dass die Belegung der Person mit Strafe zur Vermeidung solcher Geschehen etwas „brächte“. Die Belegung der Person mit Strafe muss auch straftheoretisch und verfassungsrechtlich legitimierbar sein. Das gilt auch in Richtung auf juristische Personen, wenn es um deren Strafbarkeit wegen der Straftaten von Leitungspersonen oder Mitarbeitern (der juristischen Person) geht. Ob die Voraussetzungen legitimierbaren Strafens insoweit erfüllt sind, ist hochumstritten und Gegenstand des Beitrags „Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung“.

Dabei ist im Ausgang evident, dass die juristische Person die Straftat realiter nicht selbst begangen hat. Allenfalls wenn sie sich die Straftat der für sie tätigen natürlichen Person als eigene Tat zurechnen lassen müsste, wäre daher an eine Strafbarkeit (auch) der juristischen Person zu denken – denn immerhin kennt ja auch das Strafrecht selbst Fälle, in denen eine Person sich fremdes Handeln zurechnen lassen muss und deshalb für dieses bestraft wird (Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft). Die – in dem genannten Beitrag vorgenommene – genauere Analyse zeigt freilich, dass im Verhältnis zwischen der juristischen Person und

deren handelnden Mitarbeitern die Voraussetzungen strafrechtlicher Zurechnung nicht einmal im Ansatz erfüllt sind, es bei der juristischen Person insbesondere an der für die strafrechtliche Zurechnung unverzichtbaren eigenen tatsächlichen Entscheidung für das Zuzurechnende fehlt, hier vielmehr schlicht auf der Basis einer objektiven Funktion des Mitarbeiters zugerechnet werden müsste – was für eine zivilrechtliche Folgenzurechnung genügen mag, nicht aber für eine strafrechtliche Zurechnung, die die Belegung mit dem in der Strafe (noch immer) liegenden Tadel legitimieren soll.

Noch weniger vermögen die Versuche zu überzeugen, eine eigene Straftat der juristischen Person mit Hilfe mittelbarer Handlungs- und Normbefolungsfähigkeiten zu konstruieren. Selbst wenn man sich auf diese zweifelhaften Konstrukte einlässt, fehlt es doch auch hier offensichtlich an der für eine Straftat wesentlichen eigenen Missachtung des Rechts (oben III.) durch die juristische Person. Was bleibt, mag ein durch die Straftat des Mitarbeiters indizierter, nicht ordnungsgemäßer Zustand der juristischen Person sein, der zwar motivatorischlenkende finanzielle Belastungen der juristischen Person, nicht aber deren tadelnde Bestrafung wegen einer eigenen Straftat rechtfertigt.

3. Der abschließende Beitrag des Bandes gilt den Ausstrahlungen der Straftheorie und der Erkenntnisse zu den Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens auf den Strafprozess. Von besonderer Bedeutung ist insoweit – wie der Beitrag „Schuldprinzip und Absprachen“ verdeutlicht – das materiell-rechtliche Schuldprinzip, und zwar als Verbot der Bestrafung ohne Schuld wie als Schuldüberschreitungsverbot.

Dieses Prinzip stellt nicht nur Anforderungen an die Ausgestaltung des Strafprozesses und seiner Regelungen, die die Gefahr der Bestrafung eines Unschuldigen möglichst ausschließen und dafür sorgen, dass alle für das Schuldmaß bedeutsamen Umstände ermittelt werden und die Strafzumessung bestimmen. Es wirft kritisches Licht auch auf neue Verfahrensformen, die – wie die Verurteilung auf der Basis einer Verständigung (Absprache) – es begünstigen, dass es zur Verurteilung eines Unschuldigen oder zu einer Bestrafung über das Maß der Schuld hinaus kommt. Ob schon diese dem Institut der Absprache (Verständigung) z.T. zugeschriebene Gefahr einer Verletzung des Schuldprinzips für die Annahme der Verfassungswidrigkeit des Instituts ausreicht, ist freilich zweifelhaft. Eher in Spannung zum Schuldprinzip stand (und steht) es, wenn Gerichte im Einzelfall zur Herbeiführung einer Verständigung für den Fall eines „streitigen Urteils“ mit der Verhängung einer Strafe drohten, die das Maß der Schuld ersichtlich überschritt – und erst recht natürlich, wenn es mangels Verständigung tatsächlich zur Verhängung solcher Strafen kam (und kommt).

Freilich lag und liegt das eigentliche Problem der Absprachepraxis nicht in den eher seltenen Fällen der Überschreitung der Schuldstrafe. In der Regel fallen die Strafen nach einer Verständigung, gemessen an sonstigen Verurteilungen in vergleichbaren Fällen, eher mehr oder weniger deutlich zu mild aus. Das Bundesverfassungsgericht hat auch darin, wenn es im Gefolge von Verständigungen zu

nicht mehr schuldgerechten, weil insoweit zu niedrigen Strafen kam, eine Verletzung des Schuldprinzips gesehen. Richtig daran ist, dass die prozessuale Praxis auch hier den sich aus dem materiellen Recht ergebenden Anforderungen nicht gerecht wird. Freilich ist das Prinzip, dem die gerichtlichen Entscheidungen hier nicht gerecht werden, nicht das Schuldprinzip, das zum Schutz des Angeklagten nur verbietet, Strafe ohne Schuld oder überhöhte Strafen zu verhängen. Verletzt ist hier vielmehr u.U. ein ganz anderes straftheoretisches Prinzip – nämlich der Grundsatz, dass Taten mit Strafen zu ahnden sind, die zur Bekräftigung der Geltung der verletzten Norm geeignet und erforderlich sind. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, bedarf es der Verhängung von Strafen, die dem Unwert der Tat, der Schuld des Täters und den Bedürfnissen glaubwürdiger Normbegründung entsprechen und es vermeiden, durch unvermeidbare Milderungen falsche Vorstellungen über den Unwert der begangenen Taten zu vermitteln und so die Wirksamkeit des Strafrechts zu schwächen. Berührt und eventuell verletzt ist also der Grundsatz, dass die strafrechtliche Praxis im Prozess auch das umzusetzen hat, was aus straftheoretischer Sicht an Strafe notwendig ist, um die Wirksamkeit der geltenden, strafrechtlich bewehrten Verhaltensordnung zu gewährleisten. Der Topos der Notwendigkeit ist, so gesehen, für das Strafrecht nicht nur unter dem Aspekt bedeutsam, dass er Strafen verbietet, die nicht notwendig sind (dazu oben I., II. 1., IV. 2.). Er gebietet auch, bei begangener Straftat Strafe dann zu verhängen, wenn das zur Gewährleistung einer wirksamen Verhaltensordnung notwendig ist (und die sonstigen Legitimationsanforderungen erfüllt sind), und dabei *die* Strafen zu verhängen, die zu diesem Zweck notwendig erscheinen.

Freiburg, im Juni 2020

Wolfgang Frisch

§ 1 Wandlungen des Strafrechts – Formende Kräfte

Von theokratischem zu säkularem Strafrecht

Zum Zusammenhang von Staatstheorie und Strafrecht*

A. Der Prozess gegen den Chevalier de la Barre

Im Jahre 1766 – Mozart war zehn Jahre alt und vermutlich auf einer Konzertreise durch Europa, Goethe studierte als Siebzehnjähriger in Leipzig die Rechte – fand im Frankreich des Ancien Régime ein Strafverfahren gegen einen neunzehnjährigen Mann, den Chevalier de la Barre, statt.¹ Dem jungen Mann wurde, unter anderem, vorgeworfen, das Kruzifix verunglimpft zu haben und bedeckten Hauptes und ohne das Knie gebeugt zu haben an einer Prozession mit dem Allerheiligsten vorbeigegangen zu sein. Die darin erblickte Gotteslästerung war im Frankreich des Ancien Régime ein schweres Verbrechen. Das Strafverfahren fand in ganz Frankreich viel Interesse. Auch der große Aufklärer, Publizist und Philosoph *Voltaire* nahm an dem Verfahren Anteil.²

Der Chevalier de la Barre wurde am 28. Februar 1766 nach einem längeren Verfahren durch das Seneschallgericht von Abbeville in der Picardie wegen der ihm vorgeworfenen Gotteslästerung verurteilt – und zwar zum Tode. Er sollte enthauptet und auf dem Scheiterhaufen verbrannt werden; zuvor sollte ihm – offenbar als spiegelnde Strafe wegen der Gotteslästerung – noch die Zunge herausgerissen werden. *Voltaires* „Dictionnaire philosophique“, das man bei dem Angeklagten gefunden und in dem man wohl den geistigen Hintergrund der vorgeworfenen Taten gesehen hatte, sollte dem Chevalier ins Feuer nachgeworfen werden.

* Der Beitrag geht auf Gedanken zurück, die der Verfasser vor einigen Jahren im Rahmen des Besuchs einer Delegation von iranischen Juristen am Freiburger Max-Planck-Institut vorgetragen hat. Der Vortrag sollte ohne direkte Kritik an den Strafgesetzen der Islamischen Republik Iran die Problematik theokratischer Staats- und Strafrechtsverständnisse und das durch sie verursachte unendliche Leid verdeutlichen, zugleich aber auch aufzeigen, welche Erfahrungs- und Lernprozesse in den Staaten Europas notwendig waren, um sich von Vorstellungsmustern zu lösen, die gegenwärtig in einem Teil der islamischen Welt wieder Beifall finden und hier erneut unsägliches Leid verursachen. Ich widme die bislang unveröffentlichten Gedanken zu einer Grundfrage des Rechts angesichts ihrer Aktualität *Ulfrid Neumann*, mit dem mich zahlreiche Diskussionen über grundsätzliche Fragen des Rechts und des Strafrechts seit vielen Jahren verbinden, mit den besten Wünschen zu seinem 70. Geburtstag.

¹ Näher zum Verfahren gegen den Chevalier de la Barre u.a. *Hertz*, *Voltaire* und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert, 1887, S. 243 ff.; *M. Chassaing*, *Le procès du Chevalier de la Barre*, 1920; *M. Gallo*, *Que passe la justice du Roi*, 1987 (deutsche Ausgabe von *P. Hahlbrock*, *Im Namen des Königs*, 1989); s. auch *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 17.

² Dazu, wie sehr das Verfahren *Voltaire* über lange Zeit hinweg beschäftigte, vgl. *Hertz* (Fn. 1), S. 243 ff.

Der Prozess gelangte in zweiter Instanz an das Pariser Parlament. Dass dieses das Urteil bestätigen würde, erschien zunächst eher unwahrscheinlich; der Berichterstatter hatte „angesichts der näheren Umstände des Falles“ und des Alters des Angeschuldigten dessen Freisprechung beantragt. Doch es sollte anders kommen. Das Pariser Parlament bestätigte den Spruch der ersten Instanz – wobei die von einigen Parlamentsmitgliedern gezielt hergestellte Verbindung der Tat mit dem Gedankengut des im Parlament verhassten <575/576> Voltaireschen „Dictionnaire philosophique“ eine nicht unerhebliche Rolle gespielt haben dürfte. Nachdem auch König Ludwig der XV. eine Begnadigung abgelehnt hatte, wurde das Urteil am 1. Juli 1766 auf dem Markplatz von Abbeville öffentlich vollstreckt.

Das Urteil und dessen Vollstreckung stießen schon zu ihrer Zeit auf Ablehnung und riefen – über Frankreich hinaus – Empörung hervor. *Voltaire* griff den Fall später in seinen in ganz Europa gelesenen Schriften als Beispiel für den unerträglichen Zustand der Strafrechtspflege des Ancien Régime auf.³ Heute stehen wir dem Urteil und seiner Vollstreckung fassungslos gegenüber.

Was ist das geistige Fundament eines Strafrechts, das in solch drastischer Weise auf die Lästerung Gottes reagiert? Was hat sich geändert, wenn wir heute im gesamten Europa, ja in der ganzen westlichen Welt und wohl auch noch weit darüber hinaus, derartige Urteile fassungslos zur Kenntnis nehmen? Und: Was waren die Kräfte, die diese Änderung des Denkens auch in der Staatspraxis herbeigeführt und damit ganz offensichtlich unser heutiges Strafrechtsdenken maßgeblich geformt haben?

B. Das geistige Fundament des Verfahrens: Theokratische Staats- und Rechtsverständnisse

Auf den Gedanken, die Lästerung Gottes mit Strafe zu belegen, kann im Grunde nur ein Staat kommen, der es als seine Aufgabe ansieht, (auch) die Autorität Gottes zu wahren und sie vor Angriffen zu schützen. Wenn dabei auf solches Verhalten mit so drastischer Strafe wie im Verfahren gegen den Chevalier de la Barre reagiert wird, so zeigt das zugleich ein Zweites: Der Angriff auf Gott bildet nach dem zugrunde liegenden Staats- und Strafrechtsverständnis ein Fehlverhalten, das derart schwer wiegt, dass es höchste Strafe verdient. Bruchlos zu erklären ist beides nur auf der Basis eines theokratischen Staats- und Strafrechtsverständnisses.

³ Zunächst in der an Beccaria adressierten „Relation de la mort du chevalier de la Barre“ (1768); später in der erweiterten „Histoire du Parlement de Paris“, vgl. *Voltaire*, *Oeuvres complètes*, Kehl 1785, Bd. XXVI, (dort cap. LXIX). Wegen einer Stellungnahme Friedrichs des Großen zu dem Urteil gegen la Barre vgl. *Hertz* (Fn. 1), S. 267 f.

I. Theokratisches Staats- und Strafrechtsverständnis – Folgen für den Katalog der Straftaten

Für ein theokratisches Staatsverständnis⁴ ist der Staat auf Gott bezogen und zugleich von daher legitimiert. Seine Aufgabe ist es, die göttlich gewollte Ordnung zu gewährleisten. Das Diesseits wird als eine Durchgangsstufe zum Jenseits begriffen, in der die Obrigkeit nur als ein Amtswalter erscheint, der seine Legitimation von Gott her erfährt und sein <576/577> Amt in Gottes Auftrag zu verwalten hat.⁵ Der Staat hat also dafür Sorge zu tragen und seine Macht dafür einzusetzen, dass die Gebote und der Wille Gottes auf Erden beachtet werden.

Dieses Grundverständnis des Staates und seiner Aufgaben prägt auch das Verständnis des Strafrechts und der Straftat:⁶ Dem Strafrecht fällt die Aufgabe zu, den Geboten und dem Willen Gottes mit dem Mittel der Strafe Geltung zu verschaffen – auch wenn das nicht seine einzige Aufgabe sein mag. Die Verhängung der Strafe nach begangener Tat soll die Verletzung der gottgewollten Ordnung sühnen, um Gott zu besänftigen – damit Gott dem Volk nicht wegen des ungeahndeten Delikts zürne.⁷ Und Straftat ist – jedenfalls auch –, was als Missachtung der Gebote und des Willens Gottes so gravierend erscheint, dass es staatliche Strafe verdient.

Die Lästerung Gottes gehört für ein theokratisches Staats- und Strafrechtsverständnis eindeutig dazu. Sie missachtet die Legitimationsgrundlage des Staates, dessen transzendentes Zentrum und eines der elementarsten Gebote: nämlich das Gebot, Gott zu ehren und zu lieben. Begreiflich, dass eine solche Missachtung nicht nur der göttlich gewollten Ordnung, sondern der Person Gottes selbst theokra-

⁴ Zum theokratischen Staatsverständnis näher *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1921 (Neudruck 1966), S. 289 ff.; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 4. Aufl. 2001, S. 148 ff.; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl. 2010, S. 177 f. (§ 25 I. 2.).

⁵ Zu diesem für die Bedeutung von Staat und Recht vor allem im Mittelalter und der frühen Neuzeit maßgebenden Grundverständnis *E. W. Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 2006, S. 187 ff. mit zahlreichen Konkretisierungen, z. B. S. 214 ff., 218 ff. (zu Augustinus), 267 ff., 270 ff. (zu Thomas von Aquin), 314 ff., 318 f. (zu Wilhelm von Ockham), 360 ff. (zu Francisco de Vitoria), 410 ff., 417 ff., 423 f., 427 f., 429 (zu Martin Luther); *ders.*, in: Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthooff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 75, 77 f., 81 ff.; zu derartigen theologischen Rechtfertigungen des Staates allgemein auch *Zippelius* (Fn. 4), S. 177 f. (§ 25 I. 2.) und *ders.*, Geschichte der Staatsideen, 10. Aufl. 2003, S. 48 ff.

⁶ Zum theokratisch geprägten Strafrechtsverständnis vgl. z. B. *A. Koch*, Denunciatio, 2006, S. 89; *ders.*, Wider ein Feindstrafrecht. Juristische Kritik am Hexereiverfahren, 2012, S. 36 f.; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957, S. 20 ff.; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 68 ff., 76 ff. m. w. N.; *Nagler*, Die Strafe, 1918, S. 55 ff., 207 ff. m. w. N. (zu Thomas von Aquin, Luther und Melanchthon); *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 161 ff.; ferner *Amelung* (Fn. 1), S. 17 ff.; *Fischl*, Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts, 1913 (Neudruck 1973), S. 8 ff.; *Frisch*, in: Koslowski (Hrsg.), Endangst und Erlösung 2, 2012, S. 53, 57 ff.

⁷ *Carpzow*, Practica nova, 1635 Pars III, qu. 105 Rn. 15; ähnlich noch Titel IV § 1 der Peinlichen Gerichtsordnung für Kurhessen von 1748, wo als Zweck der Strafe angesehen wird, dass „Gottes Zorn und Strafe von Land und Leuten abgewendet und nicht Blutschuld auf das Land gebracht werde“; weit. Nachw. bei *Fischl* (Fn. 6), S. 8 ff. und *Ignor* (Fn. 6), S. 69 ff., 76 f.

tischen Staatsverständnissen immer wieder als eine der schwersten Missetaten erschien.⁸ Nur auf dieser gedanklichen Basis (und nur wenn man sie akzeptiert) ist es – ohne Bruch – begründbar, in dem Verhalten des Chevalier de la Barre ohne weiteres eine Straftat und sogar ein besonders schweres, ja todeswürdiges Verbrechen zu sehen.

Was soeben für die Gotteslästerung, also die Beleidigung oder Verhöhnung Gottes, gesagt wurde, gilt auch für eine Reihe anderer Straftaten, durch die sich theokratische Staats- und Strafrechtsverständnisse von heutigen Staats- und Strafrechtsverständnissen abheben – wie etwa die Leugnung der Existenz Gottes, die Verbreitung von abweichenden Glaubenslehren (Häresie) oder die Hexerei.⁹ Sie alle stellen in irgendeiner Weise die <577/578> Grundlage eines theokratischen Staatswesens in Frage: sei es, indem sie mit der Leugnung des Urhebers der Ordnung deren Fundament und Zentralfigur negieren, sei es, dass sie auf wirkende Kräfte neben Gott setzen¹⁰ und damit dessen Anspruch, der einzige Lenker der Geschehnisse der Welt zu sein, missachten,¹¹ sei es schließlich, dass sie durch die Verbreitung falscher Lehren die verbindliche Ordnung selbst in Frage stellen und damit missachten oder auch schwächen.

II. Relativierungen – Verbleibende Unterschiede zur heutigen Vorstellung

Natürlich wäre es verfehlt anzunehmen, dass die Kataloge der Straftaten in theokratisch geprägten und heutigen Strafrechtsverständnissen sich völlig unterscheiden. Es gibt eine ganze Reihe von Straftaten, die sich in theokratisch geprägten wie in heutigen Strafrechtsordnungen gleichermaßen finden.

Einerseits schließt die theokratische Fundierung eines Staates und seines Strafrechts es nicht aus, zu Straftaten auch solche Verhaltensweisen zu erklären, die zwar nicht ohne Weiteres als Missachtung Gottes oder des göttlichen Willens aufweisbar sind, aber doch sonstige schützenswert erscheinende Interessen verletzen. Auch theokratisch fundierte Strafrechtsordnungen kennen einen mehr oder weniger großen Katalog von Straftaten, die nicht direkt theokratisch, sondern über (gegenwärtige) Bedürfnisse der Gemeinschaft und der in ihr lebenden Menschen fundiert sind.¹² Zum anderen kommt es zu Übereinstimmungen und

⁸ *Amelung* (Fn. 1), S. 21; *Oehler*, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, 1950, S. 49 und 94; *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 163; *Württemberg*, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1933*, S. 117.

⁹ Zu deren Behandlung als schwere Straftaten vgl. etwa *Ignor* (Fn. 6), S. 52 ff.; *Koch*, *Feindstrafrecht* (Fn. 6), S. 36 f. m. w. N.; *Rüping/Jerouschek*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2011, Rn. 143 ff.; *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 163, 209 ff.

¹⁰ Z. B. bei dem „Pakt mit dem Teufel“; vgl. *Koch*, *Feindstrafrecht* (Fn. 6), S. 36.

¹¹ „Abfall von Gott“ (nicht etwa – bei der Zauberei – angerichteter Schaden); vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 112, 141, 144 f. m. w. N.

¹² Als aktuelles Beispiel sei das Strafgesetzbuch der Islamischen Republik Iran (von 2013) genannt, das ungeachtet seiner theokratischen Prägung in seinem (bisherigen) 4. Teil auch Delikte gegen die öffentliche Ordnung, Verkehrsdelikte, Münzfälschung usw. behandelt; vgl. dazu *Tellenbach*, *Strafgesetze der islamischen Republik Iran, 1996*, S. 5 ff.; *dies.*, *ZStW* 126 (2014), 775 ff.

Deckungen deshalb, weil es eine Reihe von Verhaltensweisen gibt, die sowohl gegen Gottes Gebot verstoßen als auch losgelöst und völlig unabhängig davon in hohem Maße unerwünscht und missbilligenswert erscheinen. Beispiele dafür bilden die Tötung oder Verletzung eines anderen Menschen, der Diebstahl oder die Ablegung falschen Zeugnisses. Sie stellen einen Verstoß gegen den Kanon der „Zehn Gebote“ dar, gehören aber auch zum Kernbestand nicht theokratisch begründeter Strafrechte. Freilich bleiben auch hier Unterschiede: Für ein theokratisch fundiertes Strafrechtsverständnis genügt es, dass die genannten Verhaltensweisen einen (hinreichend gewichtigen) Verstoß gegen den Willen Gottes darstellen. Nicht theokratisch fundierte Strafrechtsordnungen müssen hier nach anderen Begründungen suchen.¹³ Auch unter Berücksichtigung der eben angedeuteten Gemeinsamkeiten und Ähnlichkeiten bleiben nach allem erhebliche Unterschiede zwischen theokratisch fundierten Strafrechten und unserem heutigen europäischen Strafrechtsverständnis. <578/579>

III. Das Strafverfahren auf der Grundlage theokratischer Strafrechtsverständnisse

Theokratisch fundierte Strafrechte erschöpfen sich freilich nicht in Besonderheiten des materiellen Strafrechts. Die transzendente Fundierung des Strafrechts strahlt auch auf das Verfahren aus, das auf die Feststellung einer Straftat gerichtet ist.¹⁴

Für ein theokratisch fundiertes Strafrecht geht es, soweit in einem solchen Verfahren theokratisch fundierte Straftaten in Frage stehen, letztlich um die Feststellung, ob ein Mensch den Willen Gottes verletzt hat. Dieser Wille Gottes bildet in einem theokratisch fundierten Staats- und Strafrechtsverständnis etwas Erhabenes, etwas, das die Unendlichkeit verkörpert. Zwischen diesem Unendlichen und Erhabenen und dem Menschen in seiner Endlichkeit und Dürftigkeit besteht keine Vergleichbarkeit. Gegenüber dem göttlichen Willen hat der Mensch, zumal der verdächtige Missetäter, als vom Willen Gottes abhängiges Geschöpf kein eigenes Recht, vielmehr ist er diesem Willen verpflichtet.¹⁵

Es liegt auf der Hand, dass ein solches Grundverständnis sehr leicht dazu führen kann, die Feststellung einer Verletzung des Willens Gottes und die Wiederherstellung der von Gott gewollten Ordnung durch Bestrafung des Missetäters über alles zu setzen.¹⁶ Die Geschichte der Inquisitionsprozesse, der Hexenprozesse und der Prozesse gegen Häretiker¹⁷ belegt dies. Um die Verletzung des Willens Gottes fest-

¹³ Etwa in Gestalt der Missachtung der Rechte anderer Personen oder einer Verletzung ihrer Interessen usw.

¹⁴ Zum Verfahren in Ketzer- und Hexereiprozessen vgl. etwa *Ignor* (Fn. 6), S. 52 ff.; *Koch*, Feindstrafrecht (Fn. 6), S. 34 ff., 38 ff.; *Trusen*, in: Segl (Hrsg.), Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 ff., 57 ff., 69 ff.

¹⁵ Treffend *Hardwig*, Zurechnung (Fn. 6), S. 21 ff.

¹⁶ Zu dieser Entbindung von der Einhaltung rechtlicher Vorgaben in der kirchlichen Verfolgung der Ketzerei vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 35; *Schmoeckel*, Humanität und Staatsräson, 2000, S. 276 f., 300 ff., m. w. N.; zu vergleichbaren Entwicklungen bei Ketzerei und Hexerei in weltlichen Strafverfahren *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 133.

¹⁷ S. dazu etwa *H. Ch. Lea*, Die Inquisition (1887/88), deutsche Übersetzung (durch J. Hansen)

zustellen und die von Gott gewollte Ordnung wiederherzustellen, war gerade hier auch die Folter recht.¹⁸

Auch in anderer Hinsicht kann die theokratische Fundierung und Fermentierung des Strafrechts auf das Verfahren der Wahrheitsermittlung ausstrahlen. Ein Beispiel bildet die jedem Prozessualisten bekannte Situation, dass sich die Wahrheit mit den verfügbaren Beweismitteln nicht feststellen lässt. Nicht theokratisch fundierte Strafrechtsordnungen pflegen für solche Situationen einen (aus Abwägungen entwickelten) Satz bereit zu halten – etwa den Satz „Im Zweifel für den Angeklagten“.¹⁹ Für die Rechtspflegeorgane theokratisch fundierter Strafrechtsordnungen mögen an dieser Stelle durchaus noch andere Lösungen in Betracht kommen – wie etwa die Bitte an Gott, durch ein Zeichen zu <579/580> zeigen, ob der Verdächtige schuldig ist oder nicht. Die Geschichte der theokratischen Strafrechte enthält eine Reihe von Belegen für die Herbeiführung solcher Gottesurteile.²⁰

C. Kontraste: Heutiges Strafrechtsverständnis und sein staats-theoretisches Fundament

Was unterscheidet unsere heutigen europäischen Strafrechtsordnungen in grundsätzlicher Hinsicht von dem eben illustrierten Strafrechtsverständnis? Was ist daran so anders, dass wir dem, was im Falle des Chevalier de la Barre geschah, fassungslos gegenüberstehen?

Natürlich erschreckt, ja empört die Art und Höhe der Strafe. Die Strafe erscheint nicht nur übertrieben hart. Sie ist aus heutiger europäischer Sicht grausam und erniedrigend. Sie verstößt damit gegen das, wozu sich – zumindest verbal – die meisten Staaten dieser Welt seit Jahrzehnten bekannt haben: das Verbot grausamer, erniedrigender und außer Verhältnis zur Tat stehender Strafen.²¹

Freilich ist es nicht nur die grausame, harte Strafe, die uns fassungslos stimmt. Es ist auch das Delikt selbst, das aus heutiger europäischer Sicht befremdet: die

von 1905 ff., hier zit. nach der Ausgabe 1992 von H. Wieck und M. Rachel, S. 107 ff., 177 ff., 209 ff.; *Schmoeckel*, Humanität (Fn. 17), S. 300 ff.; *Segl*, in: *Segl* (Fn. 14), S. 1, 7 ff.; *Trusen* (Fn. 14), S. 57 ff., 69 ff. (insbes. zum summarischen Verfahren); zum Verfahren in Hexenprozessen *Koch*, Feindstrafrecht (Fn. 6), S. 34 ff., 38 ff.; zum Verfahren gegen Häretiker *Ignor* (Fn. 6), S. 52 ff.; allgemeiner *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 129 ff.; *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 209 ff.

¹⁸ Zur Zulässigkeit der Folter in Hexenprozessen und zu den dabei zulässigen Foltergraden sowie der Wiederholbarkeit der Tortur siehe *Koch*, Feindstrafrecht (Fn. 9), S. 43 ff.; allgemeiner *Ignor* (Fn. 6), S. 62 ff.; *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 35, 132 f., 141 ff.; *Schmoeckel* (Fn. 16), S. 276 ff., 300 ff.

¹⁹ Vgl. dazu – auch in historischer Perspektive – *Zopfs*, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, insbes. S. 107 f., 120 f., 183 ff.

²⁰ Näher dazu, aber auch zum allmählichen Bedeutungsverlust der Gottesurteile und den dafür maßgeblichen Gründen *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 23 ff. m. w. N.

²¹ Vgl. dazu etwa Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 sowie Art. 3 der (Europäischen) Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950.

Qualifikation der Gotteslästerung als eine gravierende Straftat, die massive, von der staatlichen Gewalt zu verhängende Strafe verdient. Mit einer solchen Qualifikation und der Bestrafung des Angriffs auf die Autorität Gottes überschreitet der irdische Staat aus heutiger europäischer Sicht seine (durchaus) begrenzte Aufgabe.²² Wer Gott angreift oder seinen Willen missachtet, mag göttliche Strafe verdienen. Der irdische Staat ist zur Ahndung des Angriffs auf die Autorität Gottes oder der Verletzung des göttlichen Willens und göttlicher Gebote weder berufen noch aus heutiger Sicht auch nur befugt.²³ Seine Aufgabe ist irdisch begrenzt. Sie ist darauf beschränkt, ein friedliches und gedeihliches Zusammenleben seiner Bürger zu ermöglichen. Dazu gehört der Schutz der Bürger in ihren Rechten und Freiheiten vor Angriffen und Bedrohungen von innen und außen sowie der Schutz und die Gewährleistung der Güter (auch der Allgemeinheit), die für ein solches gedeihliches Zusammenleben und die Entfaltung seiner Bürger notwendig sind.

Diese Begrenzung der staatlichen Gewalt und der von ihr legitimerweise wahrnehmbaren Aufgaben begrenzt auch das Strafrecht. *Staatliche Verbote* und Gebote als Begrenzungen menschlicher Freiheit kommen danach nur in Betracht, soweit sie notwendig sind, um die Rechte und Freiheiten der Bürger sowie gewisse für die Entfaltung notwendige <580/581> Allgemeingüter und Funktionseinheiten zu schützen. Erst recht ist die *staatliche Strafe* als massiver staatlicher Eingriff in die Güter des Einzelnen beschränkt.²⁴ Der Angriff auf die Autorität Gottes, die Missachtung des göttlichen Willens, sind danach zur Begründung staatlicher Strafe ungeeignet, desgleichen die Verletzung der Inhalte einer den Willen Gottes zum Ausdruck bringenden Religion.

Als Taten, die der Staat bestrafen darf, kommen solche Verhaltensweisen aus heutiger europäischer Sicht vielmehr nur sehr begrenzt in Betracht – nämlich nur insoweit, als mit ihrer Vornahme zugleich die Beeinträchtigung von Gütern und Freiheiten verbunden ist, zu deren Schutz der Staat wirklich berufen ist. Das ist nicht von vornherein ausgeschlossen. So kann man z. B. erwägen, ob in dem Angriff auf Gott und die Inhalte einer Religion nicht eine – Strafe rechtfertigende – Verletzung der Gefühle derer liegt, die sich derartigen Glaubensinhalten verpflichtet fühlen.²⁵ Bestimmte Verhaltensweisen der genannten Art, etwa bewusste und unnötige Provokationen, mögen auch zur Erhaltung des öffentlichen Friedens für

²² Zur Aufgabe des Staates aus heutiger Sicht vgl. etwa *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, passim, insbes. S. 211 ff.; *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 105 ff.; *G. Jellinek* (Fn. 4), S. 230 ff., 246 ff., 250 ff.; *Zippelius* (Fn. 4), S. 99 f., 103 ff. (§ 17 I. und II.).

²³ Vgl. statt vieler *Amelung* (Fn. 1), S. 20 ff., 28, 318 ff.; *Böckenförde*, Säkularisation (Fn. 5), S. 75 ff., 88 ff. m. w. N.; *Roxin*, JuS 1966, 377, 381; SK-StGB/*Rudolph*, 6. Aufl. 1997 (26. Lfg.), Vor § 1 Rn. 1; *ders.* in: FS Honig, 1970, S. 151, 159 ff.

²⁴ Zur einschlägigen, freilich nicht immer ganz geradlinigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. z. B. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 431 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 78 ff., 96 ff., 275 ff.; *Vogel*, StV 1996, 110 ff.; s. auch *Frisch*, NSStZ 2016, 16 ff.

²⁵ I.S. einer solchen Deutung der „Straftaten, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen“ (so die Überschrift des 11. Abschnitts [§§ 166 ff.] des StGB) z. B. *Hörnle*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 268, 278; s. auch *Rox*, Schutz

ein Verbot oder eine Bestrafung in Betracht kommen.²⁶ Doch mag das im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen. Denn selbst wenn auf der Basis solcher oder ähnlicher Erwägungen eine Strafbarkeit der Lästerung Gottes in gewissen Grenzen letztlich begründbar sein sollte, bestünde die Straftat hier nicht einfach in der Lästerung Gottes oder der Verletzung des göttlichen Willens.²⁷ Sie läge vielmehr in der Verletzung oder Gefährdung eigenständiger individueller oder allgemeiner Güter – wie etwa der Gefühle anderer oder des öffentlichen Friedens.²⁸ Dem entspräche auch das Gewicht der Straftat und die Strafe. Es ginge nicht – wie in einem theokratisch fundierten Strafrecht – um eines der gravierendsten Delikte. Es handelte sich vielmehr um Delikte, die auf der Ebene der Gefühlsschutzdelikte oder der Delikte gegen den öffentlichen Frieden anzusiedeln wären, also im unteren Bereich der Kriminalität.

D. Formende Kräfte und Gründe des Wandels

Die eben skizzierte Begrenzung der staatlichen Aufgaben und des staatlichen Strafrechts ist auch in Europa das Ergebnis eines langen und wechselvollen Prozesses – die Verurteilung des Chevalier de la Barre zum Feuertod noch im Jahre 1766 ist dafür ein Beleg. Es bedurfte des Wirkens vielfältiger Kräfte, aber auch des Eintritts bestimmter Umstände, <581/582> um das zu erreichen, was uns heute in Europa selbstverständlich ist. Die Personen, die diese Entwicklung eingeleitet und entscheidend gefördert haben, waren nicht in erster Linie Theologen. Es waren auch nicht Juristen konventionellen Zuschnitts: Diese bemühten sich zwar, die Härten des theokratisch fundierten oder fermentierten Strafrechts zu mildern, grundsätzlich in Frage stellten sie dieses Strafrecht und seine geistigen Grundlagen aber nicht. Das Verdienst, dies getan zu haben und staatliches Strafrecht damit auf neue Grundlagen gestellt zu haben, gebührt in erster Linie Philosophen.²⁹

religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, 2012, insbes S. 223 ff.; krit. zu dieser Deutung *Fischer*, GA 1989, 445, 461.

²⁶ So die Deutung der §§ 166 ff. StGB (Beschimpfung von Bekenntnissen usw.) seitens der h.M. vgl. z.B. OLG Köln NJW 1982, 657; Schönke/Schröder/*Lenckner/Bosch*, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 166 ff. StGB Rn. 2 m. w. N.; krit. dazu *Hörnle* (Fn. 25), S. 268, 278, 280.

²⁷ Das ist heute einhellige Meinung, vgl. statt vieler *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 340 f. m. w. N.

²⁸ Dazu, welche Güter insoweit in Betracht kommen, vgl. *Hörnle* (Fn. 27), S. 341 ff., 349 ff., 352 f., die am Ende ihrer Überlegungen (S. 356) – wie z.B. auch *Fischer* GA 1989, 445, 467 f. und *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, S. 297 f. – für eine Abschaffung des § 166 StGB plädiert.

²⁹ S. dazu u. a. *Frisch*, GA 2007, 250 ff.; *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; *Jakobs*, in: Engel/Schön (Hrsg.). Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 103 ff., 108 ff.; *Fischl* (Fn. 6), passim.

I. Humanismus, Vernunftrecht und Zeitumstände als Wirkkräfte zu neuem Staatsverständnis

Wegbereitend war bereits das Zeitalter des (Renaissance-)Humanismus. Indem es dezidiert wieder den Menschen in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen rückte³⁰ und dabei an das Gedankengut der Antike, insbesondere an die griechische Philosophie anknüpfte, brach es die Enge des mittelalterlich-scholastischen Denkens auf. Es bereitete damit den Boden für Alternativen auch zu dem bis dahin kaum hinterfragten theokratischen Staatsverständnis und einem darauf fußenden Strafrecht. Freilich brachte das Zeitalter des Humanismus selbst zu diesem theokratischen Staats- und Strafrechtsmodell noch keine ausgeformte Alternative hervor. Dazu kam es vielmehr erst in der Naturrechtslehre und der Vernunftrechtslehre der Neuzeit – zeitlich also am Ende des 16. und im Laufe des 17. Jahrhunderts. Dass es gerade in dieser Zeit zu einem neuen Verständnis des Staates und seiner Aufgaben kam, hat dabei ganz sicher auch mit den äußeren Umständen der Zeit zu tun.³¹

Das ausgehende 15., das gesamte 16. Jahrhundert und die ersten Jahrzehnte des 17. Jahrhunderts waren für weite Teile Europas eine Zeit der Friedlosigkeit und Unsicherheit. Bauernaufstände und plündernde Banden hatten Angst und Schrecken verbreitet; nach der Spaltung des bis dahin einheitlichen christlich-katholischen Glaubens kamen heftige Glaubenskriege zwischen den rivalisierenden Glaubensparteien hinzu, die schließlich im Dreißigjährigen Krieg ihren schrecklichen Höhepunkt fanden.³² Es ist leicht nachvollziehbar, dass in dieser Zeit der Unsicherheit, des Schreckens und europaweiter Verwüstungen ein tiefes Bedürfnis nach Schutz und Sicherheit entstand. Dieses Bedürfnis konnte letztlich nur durch eine starke staatliche Macht befriedigt werden. Klar geworden war <582/583> nach den kriegerisch nicht entscheidbaren Glaubensdivergenzen aber auch ein Zweites: dass für die *Legitimation* dieser Staatsgewalt ein bestimmtes Gottes- oder Glaubensverständnis nicht mehr taugte. Der Anspruch, ein bestimmtes Glaubensverständnis zu verwirklichen, war gegenüber Andersdenkenden vom ehemals Verbindenden zur Belastung, ja zum Reizwort geworden. Eine überzeugende, auch die Anhänger verschiedenen Glaubens einbindende Legitimation des Staates und staatlicher Gewalt konnte damit nur unabhängig von Glau-

³⁰ Vgl. etwa *Pico della Mirandola*, *De dignitate hominis*, 1486 (deutsche Übersetzung von H.W. Rüssel, *Über die Würde des Menschen*, 3. Aufl. 1992, dort S. 10f.); *Erasmus von Rotterdam*, *De libero arbitrio*, 1524 (deutsch von O. Schumacher, *Vom freien Willen*, 1956).

³¹ Vgl. dafür und zum Folgenden eindrucksvoll *Böckenförde*, *Säkularisation* (Fn. 5), S. 75, 83 ff.; *ders.*, *Recht, Sittlichkeit, Toleranz*, 2001, S. 51, 56 ff.; *Hasso Hofmann*, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000, S. 126 ff., 135 ff., 156 ff.

³² Vgl. zu den Gründen, der Geschichte und den Folgen der Glaubensspaltungen die eindrucksvolle Untersuchung von *J. Lecler*, *Geschichte der Religionsfreiheit im Zeitalter der Reformation*, Bd. 1 1965, S. 148 ff., 181 ff., 240 ff., 439 ff., 456 ff., Bd. 2, S. 96 ff. (Frankreich), 242 ff. (Niederlande); zu den konfessionellen Bürgerkriegen in Frankreich: *L. von Ranke*, *Französische Geschichte* (Ausgabe Andreas, 1957, Bd. 1, S. 117–275); allgemeiner: *Böckenförde* (Fn. 31); *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 304 (zu Hobbes).

bensinhalten und Glaubensverständnissen oder bestimmten Sichtweisen von Gott gewonnen werden.³³ Kurz: Das was allseits erstrebt war, also die Gewährleistung eines gedeihlichen Zusammenlebens in Sicherheit und Frieden, musste letztlich auch für die Legitimation des Staates ausreichen.

Es waren vor allem *Thomas Hobbes*, *Hugo Grotius* und *Samuel Pufendorf*, die diese nach den Zeitumständen greifbar nahen Gedanken zu einem vollständigen Konzept staatlicher Legitimation sowie staatlicher Aufgaben und Befugnisse ausformten. Ausgehend von der Gleichheit freier Bürger war der Staat für sie ein Zusammenschluss, der diese Bürger entsprechend ihrem gemeinsamen Willen im Bestand ihrer Güter und Rechte schützen und ihnen so die Ausübung ihrer Freiheiten ermöglichen sollte.³⁴ Die im theokratischen Staat vorhandene transzendente Ableitung und Aufgabensetzung war damit aufgehoben. Der Staat war irdisch legitimiert und auf irdische Aufgaben beschränkt.³⁵ Von dieser Aufgabenbeschränkung war auch das Strafrecht betroffen;³⁶ die Basis für die Bestrafung allein der Religion zuwiderlaufender Verhaltensweisen war damit entfallen.

II. Bündnis von Vernunftrecht und Aufklärung als Ende eines theokratischen Strafrechts

Natürlich brauchte es Zeit, bis diese Gedanken auf die Staatspraxis Einfluss gewannen und sich gar durchsetzen konnten.³⁷ Das gilt gerade auch für die Gerichts- und Strafpraxis. Der Einfluss der neuen Sicht der Legitimation und Aufgaben des Staates ist hier zunächst eher bescheiden, nicht zuletzt wohl auch deshalb, weil *Hobbes*, *Grotius* und andere philosophische Denker die Konsequenzen ihrer Gedanken für das Strafrecht nur angedeutet hatten. So verwundert es nicht, dass sich auch nach der Verbreitung der neuen Gedanken noch Prozesse wegen Gotteslästerung, religiösen Frevels, Ketzerei und vor <583/584> allem zahllose Todesurteile wegen Hexe-

³³ Zu dieser Emanzipation der Politik (der staatlichen Macht) von den Forderungen der streitenden Religionsparteien *Böckenförde*, Säkularisation (Fn. 5), S. 75, 83 ff.; s. auch (insbesondere für Frankreich) *R. Schnur*, Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg, 1962, S. 16–23; *J. Lecler* (Fn. 32), Bd. 2, S. 109 ff.

³⁴ Vgl. *Hobbes*, *Elementa philosophica de cive*, 1642, cap. 13; *ders.* *Leviathan*, 1651/lat. 1670, lib. I, cap. 13–15, lib. II, cap. 17 und 28; *H. Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 1625, lib. I, cap. I Abschn. XIV (deutsche Übersetzung: *Vom Recht des Krieges und des Friedens*, hrsg. von W. Schätzel, 1950, dort S. 53 f.): „der Staat ist eine vollkommene Verbindung freier Menschen, die sich des Rechtsschutzes und des Nutzens wegen zusammengetan haben“; *Pufendorf*, *De officio hominis et civis*, 1673, lib. II, cap. 5. insbes. §§ 7 ff., cap. 7 § 3.

³⁵ *Böckenförde*, Säkularisation (Fn. 5), S. 75, 87 ff.; *Hofmann* (Fn. 31), S. 127 ff.

³⁶ Vgl. etwa *Hobbes*, *Leviathan* (Fn. 34), lib. II cap. 27 („nicht jede Sünde ist ein Verbrechen“); *Grotius*, *De jure* (Fn. 34), lib. II, cap. 20 Abschn. XX (keine Bestrafung von Verfehlungen, „die sich weder unmittelbar noch mittelbar auf die menschliche Gemeinschaft oder auf einen einzelnen anderen Menschen beziehen“); *Pufendorf*, *De officio* (Fn. 34), lib. II, cap. 11 § 7, cap. 12 § 3 (Begrenzung der staatlichen Gesetze auf das zum Nutzen/Wohl des Staates Erforderliche).

³⁷ Zutr. betont von *Böckenförde*, Säkularisation (Fn. 5), S. 75, 88 f.: „nicht einmaliges Ereignis, sondern ein historischer Prozeß“.

rei finden.³⁸ Die Verurteilung wegen solcher Verhaltensweisen geht erst deutlich zurück, als engagierte Philosophen wie z. B. *Thomasius* die Konsequenz der neuen Sicht auch für das Strafrecht und die Fragwürdigkeit der allein theokratisch fundierten Tatbestände in aller Deutlichkeit aufzeigen,³⁹ die Anhänger der neuen Ideen allmählich in hohe Staatsämter gelangen und so Einfluss auf die Staatspraxis und die Strafgesetzgebung erlangen.⁴⁰ Dieser Prozess verlief im Frankreich des Ancien Régime, anders als z. B. in Preußen und Österreich, besonders langsam⁴¹ – was ein Urteil wie das schon erwähnte Urteil gegen den Chevalier de la Barre ermöglichte.

Den eigentlichen Durchbruch der neuen Ideen erreichte erst die nächste Generation von Philosophen: die Denker der Aufklärung.⁴² Im kontinental-europäischen Bereich wies hier zunächst *Montesquieu* auf die Fragwürdigkeit der staatlichen Bestrafung von Angriffen auf Gott oder auf Inhalte der Religion hin.⁴³ In aller Schärfe zogen dann vor allem *Beccaria* und *Voltaire* gegen die Vermengung von religiösem und staatlichem Verbot, von Sünde und Verbrechen, ins Feld.⁴⁴ Der Mensch – so der Tenor aller Äußerungen – sei weder dazu berufen noch nach der begrenzten Legitimation staatlicher Gewalt auch nur befugt, den Angriff auf Gott oder die Verletzung des göttlichen Willens mit staatlicher Strafe zu ahnden. Die Schriften dieser und einer Reihe ihnen folgender anderer Denker wurden in ganz Europa gelesen; sie wurden zum Gemeingut der gebildeten Schichten und der geistigen Elite in den meisten Staaten Europas.⁴⁵

III. Weitere wichtige Impulse der Aufklärungsphilosophie

Nicht weniger Beifall fand eine Reihe anderer Einsichten und Forderungen, die von den Philosophen der Aufklärung formuliert worden waren. Auch soweit der Staat überhaupt befugt ist, Strafe einzusetzen, hat dies – so die Aufklärungsphilosophie

³⁸ Wegen der zeitlichen Perspektive der im Text angeführten Prozesse und Todesurteile vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 141 ff., 147, 149, 203; *Koch*, Feindstrafrecht (Fn. 6), S. 36 f., 50 ff.; *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 209 ff.

³⁹ Vgl. insbes. *Thomasius*, *De crimine magiae*, 1701 und *ders.*, *De origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas*, 1712; zuvor schon *Friedrich von Spee* in seiner berühmten 1631 erschienenen „*Cautio criminalis*“.

⁴⁰ *Wieacker* (Fn. 32), S. 302 f., 311 f.

⁴¹ Vgl. etwa *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 219 ff., 247 ff. (Preußen); 220 f. (Österreich, dazu aber auch aaO. S. 256 f.); *Rüping/Jerouschek* (Fn. 9), Rn. 172 ff.

⁴² Zum Bündnis des Vernunftrechts mit der Aufklärung vgl. *Wieacker* (Fn. 32), S. 312 ff.

⁴³ *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 1748 (deutsch: *Vom Geist der Gesetze*, übersetzt von E. Forsthoff, 1951), 12. Buch 4. Kap.

⁴⁴ *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, 1764 (deutsche Übersetzung von Alff: *Über Verbrechen und Strafen*, 1966), II a. E., VII und VIII (Orientierung des Verbrechens und der Strafe nicht an der Sünde und ihrer Schwere, sondern an dem der Gesellschaft zugefügten Schaden); *Voltaire*. *Oeuvres complètes*, Kehl 1785, Bd. XXIX, S. 286 ff., 298 ff. (*Prix de la justice et de l'humanité*), S. 214 ff., 230 ff. (*Commentaire sur le livre des délits et des peines*).

⁴⁵ Zur außerordentlichen Wirkung der Schrift *Beccarias* vgl. Alff im Vorwort der deutschen Ausgabe von *Beccaria*, *Über Verbrechen und Strafe*, S. 19 ff.; zur Wirkung der Schriften *Voltaires* insbes. *Hertz* (Fn. 1), Vorwort und S. 140 ff.; zur Wirkung der Aufklärungsphilosophie allgemein *Fischl* (Fn. 6), S. 156 ff.; *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 218 f.

– nach philosophisch begründeten Prinzipien zu geschehen. Strafe als bloße Rache, wie das Jahrhundert lang praktiziert worden war, ist aus philosophischer Sicht unhaltbar. Schon die griechischen Philosophen hatten ein solches Strafverständnis verworfen und erkannt, <584/585> dass nur der mit der Strafe angestrebte Nutzen diese rechtfertigen könne⁴⁶ – Philosophen wie *Grotius* und *Pufendorf*,⁴⁷ *Beccaria* und *Voltaire*,⁴⁸ *Filangieri* und *Bentham*,⁴⁹ griffen diese Gedanken wieder auf. Aber auch die nützliche Strafe war nach der Ansicht der Aufklärungsphilosophen an Grenzen gebunden. Die Strafe hatte angesichts der mit ihr verbundenen Leiden auch in einem angemessenen Verhältnis zur begangenen Tat zu stehen. Übermäßig harte, grausame oder gar erniedrigende Strafen waren damit nach der Meinung aller Aufklärungsphilosophen ausgeschlossen.⁵⁰ *Kant* hat diese zunächst mehr utilitaristisch fermentierten Gedankengänge philosophisch noch einmal entscheidend vertieft und auf den Begriff gebracht: Die Strafe habe – nicht nur zweckmäßig, sondern – auch gerecht zu sein, sie müsse sich gegenüber dem Täter als *verdient* rechtfertigen lassen,⁵¹ und zwar dem Grunde wie der Höhe nach.

Weitere wichtige Einsichten der Aufklärungsphilosophie betrafen den Prozess. Hier wurde die Folter als zulässiges Mittel der Wahrheitsfindung in aller Schärfe verworfen⁵² und auf die Fragwürdigkeit einer Reihe anderer Zwangsmaßnahmen, wie insbesondere willkürlicher Verhaftungen,⁵³ hingewiesen. Freilich beschränkte sich die Aufklärungsphilosophie nicht darauf, Vorhandenes zu kritisieren. Sie unterbreitete auch konstruktive Vorschläge, die die Gefahren des Strafprozesses für die Rechte des Angeklagten begrenzen und für eine Balance zwischen dem staatlichen Interesse an Strafverfolgung und den Freiheiten des Angeklagten sorgen sollten. *Voltaire* etwa wurde nicht müde, auf die Wichtigkeit einer angemessenen Ver-

⁴⁶ Vgl. etwa *Platon* (in der deutschen Übersetzung von Friedrich Schleiermacher, 1817, 1818), Protagoras, 324a–c und Gesetze 5, 5. Buch 728.9 sowie 9. Buch 854, 862, 934; *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 5. Buch 8. Cap. 1132b, 15. Cap. 1138; s. auch *Seneca*, De ira, liber primus, XIX–7.

⁴⁷ Vgl. *Grotius*, De jure (Fn. 34), lib. II, cap. XX Abschn. IV; *Pufendorf*, De officio (Fn. 34), lib. II cap. 5 §§ 8, 9, cap. 7 § 3, cap. 11 § 6f., cap. 12 und cap. 13 §§ 6ff.; s. dazu eingeh. auch *Nagler* (Fn. 6), S. 266ff., 297ff.

⁴⁸ *Beccaria*, Dei delitti (Fn. 44), II; wegen der verstreuten Belege im Gesamtwerk Voltaires vgl. *Fischl* (Fn. 6), S. 45f.; ferner *Nagler* (Fn. 6), S. 338ff.

⁴⁹ *Filangieri*, La scienza della legislazione, 1780/85 (in der deutschen Übersetzung von M.F. Münter, 1794), 3. Buch, Kap. 27; *Bentham*, Grundsätze der Zivil- und Kriminalgesetzgebung (hrsg. von Etienne Dumont, für Deutschland bearb. von F. Beneke, 1830, Bd. I, S. 35ff., Bd. II, S. 100ff.); zum Einfluss der englischen Aufklärungsphilosophie auf das Strafrecht *Fischl* (Fn. 6), S. 73ff.

⁵⁰ Vgl. etwa *Montesquieu*, De l'esprit des lois (Fn. 43), 6. Buch 12. und 13. Kap.; *Beccaria*, Dei delitti (Fn. 44), VI, VII und XXIX a.E.; *Voltaire*, Prix de la justice (Fn. 44), Art. I (mit Konkretisierungen für einzelne Delikte in den folgenden Artikeln).

⁵¹ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, II. Teil I Abschn. E (1. Aufl. 1797, S. 197; 2. Aufl. 1798, S. 227).

⁵² Nach *Thomasius* (dazu *Eb. Schmidt* [Fn. 6], S. 214) etwa *Montesquieu*, De l'esprit des lois (Fn. 43), 6. Buch Kap. 17 und mit Nachdruck vor allem *Beccaria*, Dei delitti (Fn. 44), XVI und *Voltaire*, Prix de la justice (Fn. 44), Art. XXIV; *ders.*, Commentaire (Fn. 44), S. 236.

⁵³ Eindrucksvoll dazu schon *Beccaria*, Dei delitti (Fn. 44), XXIX.

teidigung hinzuweisen;⁵⁴ *Montesquieu* verdanken wir die Einsicht in die Wichtigkeit prozessualer Formen zum Schutz des Angeklagten und ein großartiges Plädoyer für die richterliche Unabhängigkeit.⁵⁵ <585/586>

E. Zur Realisierung des Gedankenguts des Naturrechts und der Aufklärung

All diese Prinzipien und Forderungen waren so unmittelbar einsichtig, dass es im Grunde nur eine Frage der Zeit war, bis sie sich in Europa durchsetzten. Regenten wie der König von Preußen und der österreichische Kaiser, die die philosophischen Einsichten zum Teil selbst mittrugen, sorgten in ihren Staaten schon bald für die Realisierung der wichtigsten Forderungen.⁵⁶ Andere Staaten, wie das verkrustete Ancien Régime Frankreichs, standen mit ihrem Widerstand gegen das Neue auf verlorenem Posten. Im Grunde bedurfte es nur noch einiger als unerträglich empfundener Ereignisse und einer darauf reagierenden Kraft, um auch hier den neuen Einsichten Geltung zu verschaffen. Der Prozess gegen den Chevalier de la Barre war eines dieser von vielen als unerträglich empfundenen Ereignisse. Und die Französische Revolution war die machtvolle Kraft, die dem im Todeskampf liegenden Ancien Régime ein Ende bereitete und den Einsichten der Aufklärungsphilosophie Anerkennung verschaffte.⁵⁷ Sie bereitete damit – leider freilich selbst mit Blut und Schrecken – den Boden für vieles, was wir in Europa heute als selbstverständlich empfinden.

⁵⁴ *Voltaire*, *Commentaire* (Fn. 44), XXII, *ders.*, *Prix de la justice* (Fn. 44), S. 338.

⁵⁵ *Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (Fn. 43), 6. Buch 2. Kap. (S. 107 ff. in der von Forsthoff besorgten Übersetzung), 5. und 6. Kap. (aaO. S. 111 ff., 115 ff.) und 11. Buch 6. Kap. (aaO. S. 214 ff.); weit. Beispiele und Nachw. zu philosophischen Postulaten in Bezug auf das Strafverfahren bei *Frisch*, GA 2007, 250, 260 f.

⁵⁶ S. dazu etwa *Eb. Schmidt* (Fn. 6), S. 247 ff., 269 ff. (Preußen), 256 f., 279 ff. (Österreich).

⁵⁷ Zur Französischen Revolution und der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte als „Vollendung des politischen Staates, wie er in den konfessionellen Bürgerkriegen entstanden und von Hobbes vorgedacht worden war“, *Böckenförde*, *Säkularisation* (Fn. 5), S. 75, 89, 92.

Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa

Die Abhandlung skizziert im ersten Hauptteil im Wege einer historisch-philosophischen Betrachtung den Beitrag der Philosophie zu einem gemeineuropäischen Strafrecht. Sie ist damit einem Themenfeld gewidmet, mit dem sich auch Wilfried Küper immer wieder beschäftigt hat. In einem weiteren Schritt geht es darum aufzuzeigen, dass die Philosophie des Rechts auch in der Diskussion um die Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Strafrechts in Europa nicht außer Betracht bleiben sollte. Die Rückbesinnung auf Wesen und Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechts und speziell des Strafrechts ist nicht weniger wichtig als die Beschäftigung mit Kompetenznormen des Gemeinschaftsrechts. Sie mahnt zur Zurückhaltung gegenüber einer all zu raschen Aufgabe des in den einzelnen Staaten Erreichten und zur Besonnenheit – also zu einer Haltung, die das wissenschaftliche Werk Küpers in besonderem Maße kennzeichnet und es damit angemessen erscheinen lässt, den Beitrag Wilfried Küper zu widmen.

I. Einführung – Thesen

Die Rechtsphilosophie hat in einer Zeit, in der Recht zunehmend zum technokratisch verfügbaren Gegenstand zu werden scheint, einen schweren Stand. Sie wird mit ihren Hinterfragungen und ihrem Pochen auf das Grundsätzliche nicht selten eher als störend, denn als Hilfe empfunden. Antworten auf die brennenden Fragen unserer Zeit sind von ihr offenbar kaum zu erwarten. Dementsprechend mag es überraschen, das Thema Strafrecht in Europa aus der Perspektive der Rechtsphilosophie in den Blick zu nehmen. Was soll und kann die Rechtsphilosophie zu diesem Thema beitragen – etwa zu der von vielen als dringend notwendig erachteten Vereinheitlichung oder Harmonisierung der gegenwärtig vorhandenen Strafrechtsordnungen? Das vorfindbare Recht der einzelnen Staaten, insbesondere auch ihr Strafrecht, ist – so werden viele sagen – nicht das Ergebnis philosophischer Erwägungen, sondern historisch gewachsen; es ist Ausdruck von Tradition und praktischen Erwägungen und Bedürfnissen.¹ Dementsprechend sei auch die Zukunft dieser in Europa vorfindbaren Rechtsordnungen eine Frage pragmatischen

¹ Zur geschichtlichen Bedingtheit von Recht vgl. allgemein *Böckenförde*, in: Studien zum 60. Geburtstag von J. Ritter, 1965, S. 9 ff.; *Llompарт*, Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart, 1968; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 26 ff., 353 ff.; *Zweigert-Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 68 ff.; zur geschichtlichen Bedingtheit des (vor allem deutschen) Strafrechts *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 17 ff. und passim.

Denkens und vernünftiger Kompromisse – kurz: der Realisierung des auf dem Weg zur Vereinheitlichung Machbaren und Durchsetzbaren.

Tatsächlich unterliegt, wer so argumentiert, einem gravierenden Irrtum. Die Bedeutung philosophischer Erwägungen zum Recht für den Bestand unserer heutigen Strafrechtsordnungen und für deren rationale Weiterbildung lässt sich kaum hoch genug einschätzen. Ich möchte das i. S. dreier Thesen präzisieren:

Erstens: Wenn Europa heute gewisse einheitliche Grundlagen im Strafrecht hat, insoweit von gemeinsamen und in diesem Sinne gemeineuropäischen Prinzipien ausgehen kann, so ist dies wesentlich philosophischen Reflexionen zum Thema Strafrecht zu verdanken.² <250/251>

Zweitens: Unterschiede bestehen vor allem dort, wo philosophische Reflexionen zu keinen eindeutigen Einsichten führen und damit Raum ist für Pragmatik, Tradition und anderes.

Drittens: Selbst dort, wo sich aus philosophischer Sicht zur Vorzugswürdigkeit divergierender rechtlicher Inhalte nicht mehr zwingend argumentieren lässt, kann die Rechtsphilosophie doch sagen, wie mit dem pluralistischen Befund umgegangen werden sollte. Ob, wo und wie zu vereinheitlichen oder zu harmonisieren ist, sollte im Interesse des Gegenstands „Recht“ nicht nur eine Frage politischer Macht und Durchsetzbarkeit sein. Es hat auch auf das Wesen des Rechts, dessen Geltungsvoraussetzungen, seine Akzeptanz und seine Sachlogik Rücksicht zu nehmen.

II. Einflüsse der Rechtsphilosophie auf das Strafrecht in Europa

Die erste These wird möglicherweise auf Widerspruch stoßen: Ist es nicht überzogen zu behaupten, dass das gemeinsame Fundament der Strafrechtsordnungen in Europa im Wesentlichen eine Frucht philosophischen Denkens über Strafrecht sei? Wie soll das zu Ländern passen, die kaum eine strafrechtsphilosophische Tradition haben oder doch an Fragen des Strafrechts mehr pragmatisch herangegangen sind? Aber auch sonst: Ist nicht das, was wir in den verschiedenen Staaten Europas an Strafrecht vorfinden, etwas lange Zeit im Rechtsbewusstsein der Völker Gewachsenes, Ausdruck des Rechtsempfindens, des Rechts- und Gerechtigkeitsgefühls eines Volkes, an dessen Ausbildung vielfältige Kräfte mitgewirkt haben?³

² I.S. einer Verdeutlichung für einige wichtige Teilfelder des Strafrechts ebenso *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; siehe auch *ders.*, ZStW 116 (2004), 870ff.

³ So die Position der „Historischen Rechtsschule“ (zu ihr statt vieler prägnant *Böckenförde* [Fn. 1], S. 9ff.; *Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 4. Aufl. 1966, S. 254ff.; *Wieacker* [Fn. 1], S. 353ff. m. eingeh. weit. Nachw.), für die die Ablehnung der philosophischen Tradition des späten Naturrechts geradezu ein Gründungsmotiv gewesen war (*Arthur Kaufmann*, in: Kaufmann/Hassemer [Hrsg.], Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl. 1994, S. 67); man vgl. etwa *v. Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 8ff.; *Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd. 1: Geschichte des Rechts, 1841, S. 14ff. (2. Kap. § 10).

1. Zum Begriffsverständnis

Dazu zwei *Klarstellungen*. Die *erste* betrifft das hier zugrunde gelegte Verständnis von philosophischem Denken und philosophisch gewonnenen Erkenntnissen. Frucht philosophischen Denkens zum Recht und zum Strafrecht ist nicht nur das, was einige große Philosophen, Fachvertreter der Philosophie oder der Rechtsphilosophie über das Recht und speziell das Strafrecht gesagt haben. Ich nehme den Begriff der Philosophie in seinem ursprünglichen, unverkürzten Sinn: als Liebe zur Weisheit und Wahrheit, als die Suche nach dem Wahren und Richtigen.⁴ Philosophische Erkenntnisse über das Recht und das Strafrecht sind also die Erkenntnisse, die sich zu diesen Gegenständen bei vorurteilsfreiem und nicht an irgendwelche Vorgaben und Dogmen gebundenem Denken ergeben. Oder ganz kurz: Sie sind das, was uns die Vernunft zum Gegenstand Strafrecht und zu seiner Ausgestaltung sagt.

Bei einem solchen Verständnis von philosophischem Denken schließen sich – und das ist die *zweite Klarstellung* – die Behauptung von der philosophischen Prägung und Fundierung unserer Strafrechtsordnungen und deren Verwurzelung im Rechtsbewusstsein der einzelnen Völker Europas nicht aus. Rechtsbewusstsein und Gerechtigkeitsvorstellungen <251/252> kommen ja nicht von ungefähr.⁵ Sie sind das Ergebnis mehr oder weniger intuitiven oder auch intensiven Denkens über bestimmte Fragestellungen, über die richtige Behandlung bestimmter Sachverhalte. In diesen Prozess der Entstehung und Formung des Rechtsbewusstseins und der Gerechtigkeitsvorstellungen eines Volkes gehen naheliegenderweise auch die Ergebnisse philosophischen Denkens über derartige Fragestellungen ein – und zwar nicht nur die Äußerungen großer oder professioneller Philosophen hierzu, sondern auch die gedanklichen Leistungen all derer, die sich in der Methode vorurteilsfreien und hinterfragenden Denkens mit den Problemen des Rechts befasst haben und befassen.

Man kann sogar noch einen Schritt weiter gehen: Die Ergebnisse solchen philosophischen Denkens über die zentralen Fragestellungen eines Rechtsgebiets wie des Strafrechts formen das Rechtsbewusstsein nicht nur mit. Sie haben letztlich sogar die größte Chance, sich auf lange Sicht durchzusetzen und die Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen zu formen. Das folgt schon aus dem Wesen philosophischen Denkens: Was als Antwort auf eine bestimmte Frage vorurteilsfrei und unter Einbeziehung, Prüfung und Würdigung aller denkbaren Standpunkte erarbeitet ist, wird in der Regel auch überzeugen – jedenfalls die, die ebenfalls daran

⁴ Vgl. *Jaspers*, Einführung in die Philosophie, 2. Aufl. 1950, S. 9ff., 13f. und mit Blick auf die Rechtsphilosophie *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 7ff., bei dem sich auch der zutreffende Hinweis findet, dass „vorurteilsfrei“ i. S. des (nachfolgenden) Textes nicht „vollkommen voraussetzungslos“ bedeuten kann, sondern nur eine Reflexion auch der Grundvoraussetzungen meint.

⁵ Vgl. dazu, insbes. zu den das Rechtsbewusstsein prägenden Faktoren, statt vieler *Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991, S. 90ff. (zum Verhältnis von Zeitgeist und Rechtsbewusstsein), 137ff. (zur Prägung des Rechtsbewusstseins durch Tradition und Geschichte).

interessiert sind, vorurteilsfrei das Richtige zu finden. Das gilt nicht nur für ein bestimmtes Land, sondern – auf der Basis gewisser als begründet anerkannter Gemeinsamkeiten⁶ – über Staatsgrenzen hinweg. Es wird zum gemeinsamen Bestand der vorurteilsfrei am Richtigen Interessierten und verliert diese Qualität auch nicht durch zeitbedingte Verengungen, Verdrängungen und Verirrungen.⁷

2. Einflüsse auf Strafrechtstheorie und Strafttheorie

Wie sehr philosophisches Denken in diesem Sinne die Strafrechtsordnungen Europas geformt hat, zeigt sich schon bei einem Blick auf die *zentralen Fragestellungen des Strafrechts*.

Eine dieser Grundfragen ist sicherlich die Frage nach der *Legitimierbarkeit* und den *Grenzen der Legitimierbarkeit staatlichen Strafens*. Zu ihrer Beantwortung haben vor allem die Vernunftrechtsphilosophie und die Philosophie der Aufklärungszeit – also Philosophen wie *Hobbes*, *Grotius*, *Locke* und *Pufendorf*, später *Montesquieu*, *Voltaire*, *Beccaria* und *Kant* – Wegweisendes geleistet. Sie haben in ihren Reflexionen über den Grund, die Legitimation und den Zweck des Staates mit lange Zeit akzeptierten theokratischen Fundierungen gebrochen. An deren Stelle wurden <252/253> Begründungen gesetzt, die ihren Ausgang vom Menschen, seinen Bedürfnissen und seiner Vernunft, nehmen. Der Staat ist danach ein rationaler, vernunftbegründeter Zusammenschluss, der dezidiert irdische Zwecke verfolgt – vor allem den Schutz der in ihm verbundenen Menschen vor Beeinträchtigungen ihrer individuellen und gemeinschaftlichen Güter.⁸ Vor diesem

⁶ Sie werden schon von *Feuerbach* treffend gesehen, wenn er darauf hinweist, „daß die Gegenstände und Lehren unserer Naturrechte mit einem gewissen europäischen positiven Rechte die auffallende Ähnlichkeit engster Verwandtschaft haben ...“; vgl. *Feuerbach*, Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz. Naturrecht, Rechtsphilosophie, allgemeine Rechtswissenschaft, in: Ludwig Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken, in: Werner Schuffenhauer [Hrsg.], Ludwig Feuerbach, Gesammelte Werke, Bd. 12, 1976, S. 617, 621. Siehe auch *Schaffstein*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954, der gemeinsame (auf der Philosophie der Antike aufbauende) Erkenntnisse einer über die Staatsgrenzen hinausreichenden europäischen Strafrechtswissenschaft beschreibt (aaO., S. 11 ff., 15 ff.).

⁷ Diese erscheinen vielmehr als episodische Abweichungen vom Richtigen, die sich auf Dauer gegen dieses nicht durchsetzen können (Beispiele: die extreme generalpräventive Strafschärfung im Dritten Reich; aber auch: die extrem spezialpräventiven Ansätze in Skandinavien und den USA, die in Skandinavien schließlich von der Bevölkerung nicht mehr akzeptiert wurden; vgl. zu Letzterem z.B. *Victor* und *Lappi-Seppälä*, in: Frisch/v. Hirsch/Albrecht [Hrsg.], Tatproportionalität, 2003, S. 243 ff., 261 ff. m.w.N.).

⁸ Vgl. etwa (mit z. T. erheblichen Unterschieden im einzelnen) *Grotius*, De jure belli ac pacis, 1625, Lib. II Cap. XX (dt. Übersetzung: Vom Recht des Krieges und des Friedens, hrsg. von W. Schätzel, 1950, dort S. 325 ff.); *Hobbes*, Leviathan, 1651 (engl. Fassung), insbes. Teil I 13.–15. Kap. (in der von Iring Fetscher hrsg. Ausgabe von 1966 auf S. 94 ff.), Teil II 17. Kap. (aaO., S. 134 ff.), 28. Kap. (aaO., S. 237 ff.); *Locke*, Two Treatises of Government, 1690 (dt. Zwei Abhandlungen über die Regierung, übersetzt von *Hans-Jörn Hoffmann*, 7. Aufl. 1998), II §§ 123 ff.; *Pufendorf*, De officio hominis et civis, 1673, Lib. II Cap. V, insbes. §§ 7 ff.; *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748 (dt. Vom Geist der Gesetze, übersetzt von *E. Forstboff*, 1951), 11. Buch 6. Kap. (in der deutschen Ausgabe S. 214 ff.); *Rousseau*, Contrat Social, 1762 (dt. Gesellschaftsvertrag, hrsg. von Hans

Hintergrund wurde mehr und mehr auch das Strafrecht gesehen: Strafrecht und Strafe als zunehmend deutlicher erfasste gravierende Eingriffe in die Rechte einer Person sind danach ebenfalls auf diese Ziele eines irdisch legitimierten Staates beschränkt – also im Wesentlichen nur gegenüber (genauer: zur Verhinderung von⁹) Beeinträchtigungen der Rechte und Güter der Einzelnen und der Allgemeinheit zu rechtfertigen.¹⁰ Juristen und Philosophen haben diesen Grundansatz später weiter verfeinert und konkretisiert;¹¹ bereits am Ende des 18. Jahrhunderts finden sich erste gesetzliche Festschreibungen.¹² Heute ist er – wenn auch unter verschiedenen Begriffen (wie: Prinzip des Rechtsgüterschutzes; harm principle; Offensivitätsprinzip)¹³ – Gemeingut des Strafrechts der Staaten Europas. Die Bestrafung bloß unmoralischen oder unehrenhaften Verhaltens, des Abfalls von den Inhalten einer Religion oder auch der Lästerung Gottes sind aus unseren Strafgesetzbüchern heute – zumindest weitgehend – verschwunden. Versuche, ähnliche <253/254> Tatbestände wieder einzuführen, pflegen – ein Zeichen der

Brockard, 1977), 1. Buch, insbes. 6.–8. Kap. – Zusammenfassend aus heutiger Sicht: *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft), 15. Aufl. 2007, S. 97 ff., 101 ff.

⁹ Die Verhinderung ist dabei freilich nur bei der Androhung der Strafe direktes Ziel. Die nach geschehener Tat verhängte Strafe verhindert weitere Taten allenfalls indirekt über ihre normstabilisierende Wirkung.

¹⁰ Vgl. die Nachw. in Fn. 8 (z. B. *Grotius* aaO., Lib. II Cap. XX Abschnitt XX; *Pufendorf*, De officio, Lib. I Cap. II § 15) sowie *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764, §§ II und III sowie VI (dt. Über Verbrechen und Strafen, übersetzt von *W. Alff*, 1966, S. 52 ff., insbes. S. 54 [„Verbrechen ist nur das, wodurch ich dem Nächsten etwas entziehe“] – wobei freilich *Beccaria* weniger die darin liegende Individualbeeinträchtigung als den gesellschaftlichen Schaden meint; *Küper* JuS 1968, 547, 550; *Reuter*, in: Deimling [Hrsg.], Cesare Beccaria, 1989, S. 55, 68); in der Wendung gegen Religionsgesetze schon *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 12. Buch Kap. 4–6 (Bd. I S. 260 ff., insbes. 262 f., in der deutschen Ausgabe [Fn. 8]), 25. Buch Kap. 12 (aaO., Bd. 2 S. 198 f.); wirkungsmächtiger dann *Voltaire*, Commentaire sur le livre des délits et des peines, 1766, III und IV; *ders.*, Prix de la justice et de l'humanité, 1777, Art. VIII und X; s. dort auch Art. XII (zur Bigamie) und XIV (zur Sodomie); für Deutschland statt vieler *K.F. Hommel*, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778 (hrsg. von Lekschas, 1966), Vorrede S. 2 f., 15 f., 19, 22 (zur Verwechselung von Sünde und Verbrechen); in mehreren Schriften der Sache nach auch *Thomasius*, vgl. dazu *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 204 f. m. w. N. Siehe zum Ganzen noch *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 20; *Kübl*, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 33 ff. und *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968, S. 64 ff., 68 ff., 73 ff.

¹¹ Vgl. dazu etwa die Darstellung und die Nachw. bei *Amelung* (Fn. 10), S. 16 ff.; eingeh., für Frankreich, Italien, England und Deutschland *Fischl*, Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts, 1913, S. 25 ff.; *Moos* (Fn. 10), S. 78 ff. und *Wächter*, Strafrechtliche Aufklärung, Diss. Frankfurt/M. 1987, insbes. S. 89 ff., 149 ff.

¹² Etwa in Art. 5 der Französischen Erklärung der Menschenrechte vom 26.8.1789: „La loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société“.

¹³ Auf Parallelen zwischen der Funktion der Topoi „Rechtsgüterschutz“ und „harm principle“ ist in der letzten Zeit wiederholt hingewiesen worden; vgl. etwa *von Hirsch* GA 2002, 2, 7 ff.; zum z.T. vergleichbare Funktionen übernehmenden Offensivitätsprinzip (insbes. des italienischen Rechts), vgl. *Manes* ZStW 114 (2002), 720 ff.

Wirkungsmächtigkeit des Grundgedankens – im Allgemeinen Stürme der Ent-rüstung auszulösen.¹⁴

Auch in der zweiten zentralen Fragestellung des Strafrechts, der Frage nach dem *Sinn und Zweck der Strafe*, hat die Philosophie klärend, formend und letztlich auch vereinheitlichend gewirkt. Auch hier bildet das Fundament – ungeachtet gewisser Überlegungen schon in der antiken Philosophie¹⁵ – die Philosophie des Natur-rechts¹⁶, der Aufklärung¹⁷ und ihre Weiterführung durch darauf aufbauende Juristen. Ihr verdanken wir nicht nur die Erkenntnis, dass das Problem vor allem den konkreten Zweck der Strafe nach geschehener Tat betrifft – denn für die Androhung kommt, abgesehen von ihrer Notwendigkeit zur Legitimation des Eingriffs nach geschehener Tat,¹⁸ als etwaiger Zweck doch kaum etwas anderes als

¹⁴ Man vergleiche nur das vernichtende Urteil über die Wiederbelebung entsprechender „Delikte“ in Staaten der islamischen Welt durch die öffentliche Meinung in den Staaten Europas.

¹⁵ Etwa bei *Platon* und *Aristoteles*. Beide heben den erzieherischen und bessernden Zweck der (staatlichen) Strafe hervor, ohne dass jedoch *Aristoteles* die generalpräventive Seite der Strafe völlig überginge (vgl. etwa *Platon*, Protagoras [dt. Übersetzung von *Schleiermacher*, 1817], 324 a und insbes. b; *Aristoteles*, Nikomachische Ethik [dt. Übersetzung von *Rolfes*], 10. Buch 10. Kap. 1180, 2. Buch 2. Kap. 1104 b). Im Rahmen seiner Tugendlehre betont *Aristoteles* dagegen den Gedanken der Strafe als Vergeltung, die sich als Ausgleich für erlittenes Unrecht (ausgleichende Gerechtigkeit) am Gedanken der Verhältnismäßigkeit zu orientieren habe (vgl. Nikomachische Ethik, 5. Buch 8. Kap. 1132 b; siehe auch 5. Buch 15. Kap. 1138). Eingehend zum Grund und Zweck der Strafe bei *Aristoteles Loening*, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, Bd. 1, 1903, S. 333 ff.

¹⁶ Grundlegend noch immer die – zugleich die antiken und klassischen, weltlichen und geistlichen Quellen aufarbeitenden – naturrechtlichen Reflexionen des *Hugo Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 1625, Lib. II Cap. XX (in der dt. Übersetzung von *W. Schätzel* [Fn. 8], S. 325 ff.), in denen alle relevanten Strafzwecke erkannt und gewürdigt sind. Wesentlich einseitiger *Hobbes*, *Leviathan*, Teil II 28. Kap. (in der dt. Ausgabe von Iring Fetscher [Fn. 8] S. 237, 238 f.: Abschreckung). Breiter dann wieder *Pufendorf*, der nicht nur die abschreckend präventive Funktion der Strafan-drohung betont (vgl. z. B. *Pufendorf*, *De officio*, Lib. II Cap. VII § 12 [in der dt. Übersetzung von *Luig*, 1994, S. 168 f., 189]), sondern den Zweck der Verhängung der Strafe auch im Nutzen des Staates in Gestalt der Verhütung künftiger Taten (durch Besserung des Täters, Abschreckung anderer oder sonstige Verhinderung weiterer Delikte des Täters) sieht (*Pufendorf*, *De jure naturae et gentium*, 1672, Lib. VIII Cap. III § 8 und §§ 9–12; *ders.*, *De officio*, Lib. II Cap. XIII § 4 und §§ 6–10); siehe dazu auch *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S. 93 ff., insbes. S. 94 f. sowie *Lampe*, Strafrechtsphilosophie, 1999, S. 3 ff.

¹⁷ Vgl. etwa *Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (Fn. 8), 6. Buch 9. Kap. (Verhütung von Verbrechen als Zweck der Strafe), 12. und 13. Kap., 17. Kap., samt der Distanz gegenüber der Wiedervergeltung im 19. Kap.; *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene* (Fn. 10), XII: Verhinderung weiterer Straftaten als alleiniger Zweck der Strafe (zu *Beccarias* präventiver Straftheorie weiterführend *Küper* JuS 1968, 547, 549 ff.); *Voltaire*, *Prix de la justice* (Fn. 10), Art. I: Verhinderung von Verbrechen; ein Überblick über vergleichbare Straftheorien italienischer (*Filangieri*), englischer (*Bentham*, *Howard*) und deutscher Philosophen der Aufklärung (*Hommel*, *Michaelis*, *Sonnenfels*, *Soden*, *Wieland*, *Globig*, *Huster* u. a.) findet sich bei *Fischl* (Fn. 10), S. 63 ff., 73 ff. und 85 ff.; siehe freilich auch *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, II. Teil 1. Abschnitt, Allg. Anm. E (Vom Straf- und Begnadigungsrecht), A (1. Aufl.) S. 197 bzw. B (2. Aufl.) S. 227: „Richterliche Strafe... kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gutes zu befördern, ... sondern muß jederzeit nur darum wider ihn (den Verbrecher) verhängt werden, weil er verbrochen hat...“

¹⁸ Vgl. dazu schon *Hobbes*, *Leviathan*, Teil II 27. Kap. (S. 226 in der von Iring Fetscher besorgten Ausgabe [Fn. 8]): „Kein nach einer Tat erlassenes Gesetz kann sie zu einem Verbrechen machen“; deutlich dann insbes. in der Gewaltenteilungslehre.

die Prävention (durch Motivation potenzieller Täter) in Betracht.¹⁹ Die Philosophie der Aufklärung und die ihr folgende Diskussion haben auch den Kreis denkbarer Strafzwecke eingegrenzt und mit großer Deutlichkeit die Problematik und die Gefahren rein generalpräventiver Abschreckungskonzepte und ausschließlich an spezialpräventiven Bedürfnissen ausgerichteter Strafen aufgezeigt.²⁰ Die Aufklärungsphilosophie war es <254/255> auch, die mit Nachdruck auf die Notwendigkeit einer Proportion zwischen Straftat und Strafe hingewiesen hat.²¹ Sie und die ihr folgende Diskussion haben damit die Grundlage für eine Sicht der Strafe geschaffen, die – bei Unterschieden im einzelnen – als Gemeingut der europäischen Strafrechtsordnungen angesehen werden kann: Strafe als Reaktion auf die Straftat, die sich vor allem am Gewicht der Straftat und ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung orientiert²² und die verhängt wird, um die Drohung wahr zu machen und die Geltung der Rechtsordnung aufzuzeigen. Diese gemäßigte Sichtweise hat sich mittlerweile auch in den Staaten durchgesetzt, die von Rückfällen in generalpräventive Abschreckungskonzepte nicht verschont blieben²³ oder das Heil vorübergehend in spezialpräventiven Besserungsmodellen suchten.²⁴

¹⁹ Meist wird das gar nicht ausdrücklich reflektiert, sondern stillschweigend vorausgesetzt (vgl. etwa *Pufendorf*, *De officio* [Fn. 8], Lib. I Cap. II §§ 7 und 8, Lib. II Cap. V §§ 8, 9, Cap. VII § 3, Cap. XI § 6 f.).

²⁰ Oft geschieht dies (dem utilitaristischen Grundverständnis der Strafe entsprechend, dem viele Vertreter des Naturrechts und der Aufklärung folgten) freilich nur, indem die Gefahren, die Ungerechtigkeit, aber auch die Unzweckmäßigkeit *nur* auf Abschreckung gerichteter besonders strenger oder sogar grausamer Strafen betont werden; vgl. etwa *Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (Fn. 8), 6. Buch 12. und 13. Kap.; *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene* (Fn. 10), XXVII; *Voltaire*, *Prix de la justice* (Fn. 10), Art. I ff. Grundsätzlicher und gegen eine utilitaristische Rechtfertigung der Strafe überhaupt gerichtet *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (wie oben Fn. 17). Siehe zum Ganzen erg. *Kühl*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 2), S. 27 ff.; *Lampe* (Fn. 16), S. 3 ff.

²¹ Vgl. etwa *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 6. Buch 10. Kap. und 12. Buch Kap. 4 ff. (S. 115 ff. bzw. S. 260 ff. in der in Fn. 8 zit. deutschen Ausgabe); *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, VI und VIII (S. 61 f. bzw. 66 ff. in der Übersetzung von *W. Alff*, 1966; siehe erg. *Küper* JuS 1968, 547, 550); *Voltaire*, *Prix de la justice et de l'humanité* (Fn. 10), Art. I (mit Konkretisierungen in den folgenden Artikeln).

²² Und zwar nicht nur, soweit der Zweck der Strafe im Ausgleich des begangenen Unrechts oder der Wiedervergeltung gesehen wurde (wie bei *Kant* [Fn. 17]; zu dessen Vorstellungen vom Strafmaß vgl. aaO., E I. A 197–202 bzw. B 227–232), sondern auch, soweit die Rechtfertigung der Strafe – wie seitens der meisten Naturrechtslehrer und Vertreter der Aufklärung – in deren Nutzen für die Gesellschaft erblickt wurde; vgl. dazu etwa *Grotius*, *De jure belli ac pacis* (Fn. 8), Lib. II Cap. XX Abschnitt XXVIII: „Niemand ist über seine Schuld hinaus zu bestrafen“; *Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (Fn. 8), 6. Buch Kap. 16 (Proportionalität zwischen Strafen und Verbrechen); *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene* (Fn. 10), VI, XVII; *Voltaire*, *Prix de la justice* (Fn. 10), Art. I ff.; *K.F. Hommel*, *Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht, 1784* (hrsg. von Rüping 1998), §§ 53, 62, 67 f., 70, 72.

²³ Wie etwa Deutschland in der Zeit des Dritten Reiches.

²⁴ Wie eine Reihe der skandinavischen Staaten; zur Änderung der Kriminalpolitik in diesen Staaten vgl. z. B. *Cornils* ZStW 99 (1987), 873, 878 ff.; *Lahti*, in: *Eser/Cornils* (Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987*, S. 1 ff.

3. Einflüsse auf die Lehre von den allgemeinen Voraussetzungen der Straftat

Jenseits der Frage nach der Legitimation und den Grenzen des Strafrechts und dem Sinn und Zweck der Strafe hat philosophisches Denken vor allem die *allgemeine Straftatlehre* stark beeinflusst. In den alten Volksrechten finden wir praktisch nur – oft recht vage und undeutliche – Beschreibungen jener unerwünschten Geschehnisse, die mit Strafen oder Bußen geahndet werden sollten, also das, was wir heute als Deliktsbeschreibungen des Besonderen Teils bezeichnen. Überlegungen zu gewissen allgemeineren und grundsätzlichen Voraussetzungen fehlten fast völlig oder wurden allenfalls ad hoc und beiläufig angestellt.²⁵ Es waren vor allem Philosophen und philosophisch gebildete Juristen,²⁶ daneben auch Theologen,²⁷ die ganz gezielt <255/256> die Frage stellten, warum überhaupt und unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen es legitimierbar (gerecht) ist, eine Person wegen eines unerwünschten Geschehnisses verantwortlich zu machen und zu bestrafen. Die Ergebnisse dieser Reflexionen haben ihren Niederschlag in den sog. Imputationslehren gefunden, allen voran der berühmten Imputationslehre *Pufendorfs*²⁸, und direkt oder über Rezeptionen unsere heutigen allgemeinen Lehren zur Straftat maßgeblich geprägt.²⁹ Die Imputationslehren haben das Erfordernis der

²⁵ Vgl. dazu z.B. *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts, 1930, S. 11 ff. (der auch die Lage in Italien, Frankreich, den Niederlanden und Spanien darstellt); *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), etwa §§ 16 ff., 57 ff., 95 ff.

²⁶ Erwähnenswert insbes. *Hugo Grotius*, De jure belli ac pacis (Fn. 8), Lib. II Cap. XX, der im Rahmen der Erörterung der Strafe und der Berechtigung zu ihrer Verhängung auch Grundvoraussetzungen der Straftat (nur Handlungen mit äußerem Einfluss; Strafbarkeit nur des Vermeidbaren usw. [Abschnitt XVIII ff.]) erörtert, sowie *Pufendorf*, De jure naturae et gentium (Fn. 16), Lib. I Cap. V §§ 5 ff.; siehe daneben etwa *Ch. Wolff*, Institutiones iuris naturae et gentium (dt. Übersetzung: Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, von *J.S. Nicolai*), 1754, 1. Teil 1. Hauptstück, insbes. §§ 3 ff.

²⁷ Die Bedeutung der Theologie für die Entwicklung der allgemeinen Lehren des Verbrechens sollte nicht unterschätzt werden. Im kanonistischen Bereich waren allgemeine Lehren zur Frage, wann das Verhalten einer Person als Verbrechen oder Vergehen angesehen werden kann, eindeutig früher, deutlicher und nachhaltiger ausgeprägt als im weltlichen Bereich. Die weltlichen Lehren waren darüber hinaus zu einem erheblichen Teil vom kanonistischen Rechtsdenken und der darauf fußenden Praxis beeinflusst. Zur Dichte und Ausdifferenziertheit der kanonistischen Lehren vom Verbrechen vgl. etwa *St. Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre, 1935, passim. Zur Beeinflussung der Strafrechtswissenschaft und des Strafrechts durch die kanonistische Lehre *Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931, S. 49 ff., 84 ff., 88 ff.; ferner *Wieacker* (Fn. 1), S. 136 f.

²⁸ Vgl. *Pufendorf*, De jure naturae et gentium (Fn. 16), Lib. I Cap. V §§ 1, 3, 5 ff.; *ders.*, De officio (Fn. 8), Lib. I Cap. I; siehe zu *Pufendorfs* Imputationslehre vor allem *Welzel*, Die Naturrechtslehre des Samuel Pufendorf, 1958, S. 84 ff., insbes. 86 ff.; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957, S. 35 ff.; *Hruschka* ZStW 96 (1984), 661, 679 ff.; *ders.*, Zurechnung bei Pufendorf, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, S. 17 ff.; *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 156 ff.

²⁹ Zur großen Bedeutung der Lehren von *Grotius* und vor allem von *Pufendorf* für die Ausbildung der allgemeinen Straftatlehre in den Staaten Europas vgl. etwa *Loening*, Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre, Bd. I, 1903, S. XI: „Auf seinen (scil. Pufendorfs) Schultern ruht heute alles, was als Zurechnungs- und Schuldlehre im Strafrecht gang und gäbe ist“; *Welzel*

Handlung als Grund und Grenze der Zurechenbarkeit eines Geschehens herausgearbeitet;³⁰ sie haben zudem aufgezeigt, dass man unerwünschte Geschehnisse nur bestimmten Personen, nämlich solchen mit der Fähigkeit zu vernünftiger Willensbildung, also in diesem Sinne zurechnungsfähigen Personen, zurechnen kann.³¹ In den Imputationslehren finden sich auch die ersten gezielten Reflexionen über Sachverhalte, die eine Straftat ausschließen – wie z. B. die Vornahme einer Handlung in einer Situation der Notwehr oder der Not.³² Die Philosophie der Aufklärung hat diese Ansätze weitergeführt und z.T. vertieft;³³ <256/257> im 18., 19. und 20. Jahrhundert haben Juristen diese Lehren an immer reicher werdendem Anschauungsmaterial konkretisiert und weiter verfeinert.³⁴ Da die Grundpfeiler dieser Straftatlehre als Ergebnis vorurteilsfreier philosophischer Betrachtung Bestand hatten und

(Fn. 28), S. 84; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren (Fn. 25), S. 14 ff., 31 f. (S. 11 f. auch zu den Niederlanden); speziell für den englischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis *Jerome Hall*, General Principles of Criminal Law, 2. Aufl. 1960, S. 9 ff. und *Augat*, Die Aufnahme der Lehre Samuel Pufendorfs in das Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1985, S. 183 ff., 188 ff., insbes. S. 201 ff.; zur Bedeutung Pufendorfs für das französische Recht *Dufour*, Pufendorfs Ausstrahlung im französischen und anglo-amerikanischen Kulturraum, in: Rätts Historik Symposium: Samuel von Pufendorf, Stockholm 1986, S. 96 ff. und *Othmer*, Berlin und die Verbreitung des Naturrechts in Europa, 1970, S. 135 ff., die beide auf die besondere Bedeutung des Pufendorf-Kommentators *Barbeyrac* hinweisen (S. 142 ff.).

³⁰ Grundlegend insoweit *Pufendorf*, für den dies sein „erstes Axiom“ war; vgl. dazu *Pufendorf*, De officio (Fn. 8), Lib. I Cap. I § 17; fast gleichlautend *ders.*, in: De iure naturae et gentium (Fn. 16), Lib. I Cap. V § 5. Zuvor auch schon *Aristoteles* und namhafte Kirchenlehrer wie *Thomas von Aquin* sowie die Einsichten der kanonistischen Schuldlehre; vgl. dazu die Nachw. bei *Hardwig* (Fn. 28), S. 13 f., 27 f. und *Kuttner* (Fn. 27), S. 39 ff.

³¹ Vgl. dazu wiederum *Pufendorf*, De officio (Fn. 8), Lib. I Cap. I § 25 i.V. m. § 3; siehe auch *Grotius*, De iure belli ac pacis (Fn. 8), Lib. II Cap. XX Abschnitt XIX. Zuvor im gleichen Sinne schon maßgebliche Kirchenlehrer und Kanonisten, vgl. dazu *Kuttner* (Fn. 27), S. 85 ff., 95 ff.

³² I. S. einer systematisch reflektierten Sicht und insoweit grundlegend *Pufendorf*, De iure naturae et gentium (Fn. 16), Lib. II Cap. V (Notwehr) und VI (Notstand); *ders.*, De officio (Fn. 8), Lib. I Cap. V §§ 5–17 (Notwehr), §§ 18–23 (Notstand); speziell zu Pufendorfs Lehren in diesem Punkt vgl. *Welzel* (Fn. 28), S. 88 ff. und auch *Hruschka* ZStW 96 (1984), S. 661, 679 ff. Siehe erg. *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 159 f.

³³ Vgl. etwa die intensive Diskussion über den Notstand als Rechtfertigungsgrund, z. B. einerseits *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, II. Das Notrecht (ius necessitatis), S. 41, 42 in der 1. Aufl. 1797 und der 2. Aufl. 1798, in der sechsbändigen Ausgabe von *Weischedel*, Darmstadt 1956, Bd. IV, S. 341, 343 f. (dazu eingehend und weiterführend *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, 1999; *ders.* JZ 2005, 105, 108 f.), andererseits *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127 (siehe dazu *Kühl*, Lenckner-Festschrift, 1998, S. 143 ff.; *Küper* JZ 2005, 105, 110 f.), oder – vom ausgehenden 18. Jahrhundert an – über die Bedeutung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund (siehe dazu statt vieler *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, § 40 sowie den Überblick über eine Reihe philosophischer Konzeptionen bei *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 10 ff.; *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 32 ff.).

³⁴ Vgl. etwa als Umsetzung der Prinzipien Pufendorfs *Joh. Heinrich Berger*, Electa jurisprudentiae criminalis, Ed. II, 1721; *Joh. Sam. Fr. Böhmer*, Elementa jurisprudentiae criminalis, Ed. II, 1738; *Joh. Chr. Koch*, Institutiones iuris criminalis, Ed. VI, 1783; *Ziegler*, Disputatio de poenis, 1774; siehe im Übrigen *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren (Fn. 25), S. 11 ff. und *Moos* (Fn. 10), S. 78 ff.; zur Übernahme der Lehren des *Grotius* und *Pufendorf* ins englische Recht durch *Blackstone* vgl. *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 1803, Bd. 4, S. 1 ff., 7 ff. und *Hall*, General Principles (Fn. 29), S. 9 f.

der notwendigen Konkretisierung die Richtung weisen konnten, sind so – trotz mancher nationaler Einzelgänge³⁵ – in den einzelnen Staaten Europas allgemeine Straftatlehren entstanden, die in wichtigen Punkten übereinstimmen.

Philosophische Wurzeln hat freilich nicht nur die Lehre von den Straftatvoraussetzungen und den Gründen, die die Strafbarkeit ausschließen. Auch wichtige *allgemeine Prinzipien des Strafrechts* gehen auf philosophische Erwägungen zurück oder haben doch eine philosophische Fundierung erfahren – wie etwa der in der Aufklärungszeit entstandene Grundsatz, dass (gerechte) Strafe ein schon vor der Begehung der Tat bestehendes Gesetz voraussetzt, in dem das entsprechende Verhalten mit Strafe bedroht ist;³⁶ die auf philosophische und theologische Überlegungen aufbauende Behandlung des Irrtums³⁷ oder die Unterscheidung der Strafausschlussgründe in solche, die der Tat schon ihren Unrechtscharakter nehmen, und solche, die das Unrecht unberührt lassen und nur der Strafwürdigkeit oder Strafbedürftigkeit entgegenstehen.³⁸ Ich kann dies hier nicht näher erläutern und muss erst recht auf weitere Beispiele der Wirkkraft philosophischen Denkens auf die allgemeine Straftatlehre verzichten. Sinnvoller als die Aufführung zusätzlicher Beispiele aus dem Bereich der allgemeinen Straftatlehren erscheint es, noch einen abrundenden Blick auf die einzelnen Delikte, also den sog. Besonderen Teil

³⁵ Etwa in der Systematisierung der Verbrechensvoraussetzungen, in der das englische und das französische System schon hinsichtlich der (Benennung der) Grundelemente doch deutlich von den Systemkategorien der meisten (anderen) kontinental-europäischen Staaten abweichen (vgl. dazu z. B. Vogel GA 1998, 126 ff.; *Bräutigam-Ernst, Paul und Mansdörfer*, in: Mansdörfer [Hrsg.], Die allgemeine Straftatlehre des Common Law, 2005, S. 1 ff., 42 ff., 49 ff., 89 ff. und *Schünemann* GA 2006, 378 ff.).

³⁶ So – z. T. aus Gründen der Wirksamkeit des Verbots oder der Strafe (genauer: der Strafandrohung) und schon lange vor *Feuerbach* (z. B. Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, §§ 17 ff., 24) – *Hobbes*, *Leviathan*, Teil II 27. Kap. (S. 226 in der von Iring Fetscher hrsg. Ausgabe [Fn. 8]), auch 28. Kap. (aaO., S. 239 [dort sachlich vorausgesetzt]); *Pufendorf*, *De officio* (Fn. 8), Lib. II Cap. VII § 3; aus freiheitsbezogenen staatsrechtlichen Erwägungen der Sache nach *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 6. Buch 2., 3., 9., 11. und 12. Kap.; *Locke*, *Two Treatises of Government*, 1690 (dt. Zwei Abhandlungen über die Regierung, übersetzt von *Hans-Jörn Hoffmann* [Fn. 8]), II § 134, § 137 und auch § 88; zur Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips bei *Beccaria* vgl. *Küper* JuS 1968, 547, 548 f. Wichtige gesetzliche Anerkennungen dieser Ideen der Aufklärung bringen dann die Verfassungen der amerikanischen Bundesstaaten und die französischen Verfassungen von 1789 und 1791. Siehe dazu im einzelnen *Hennings*, *Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege*, 1933, insbes. S. 60 ff., 70 ff. und *Schottlaender*, *Die geschichtliche Entwicklung des Satzes Nulla poena sine lege*, 1911, insbes. S. 51 ff., 57 ff.

³⁷ Siehe dazu z. B. schon *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* (Fn. 15), 3. Buch 2. Kap. (eingehende Darstellung und Verarbeitung bei *Loening*, *Zurechnungslehre* [Fn. 29], S. 210 ff.); *Grotius*, *De jure belli ac pacis* (Fn. 8), Lib. II Cap. XX Abschnitt L; *Pufendorf*, *De jure naturae et gentium* (Fn. 16), Lib. I Cap. III §§ 10, 16; *ders.*, *De officio* (Fn. 8), Lib. I Cap. I §§ 7–10; eingehend über theologische und kanonistische Reflexionen zur Unterscheidung und Behandlung verschiedener Irrtümer *Kuttner* (Fn. 27), S. 138 ff.

³⁸ Ansatzweise findet sich die Unterscheidung schon bei *Pufendorf*, in: *De jure naturae et gentium* (Fn. 16), Lib. II, Cap. VI § 7 (dazu *Welzel* [Fn. 28], S. 90). Später hat dann z. B. *Kant* im Zusammenhang mit dem Notstand dezidiert zwischen der Frage unterschieden, ob bestimmte Sachverhalte schon das Unrecht der Tat entfallen lassen oder ob sie nur die Strafbarkeit der Tat (die Sträflichkeit des Täters) aufheben; vgl. *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 33).

des Strafrechts, sowie den Strafprozess zu werfen – schon um dem Einwand zu begegnen, dass das zum Zusammenhang von Philosophie und allgemeinen Strafrechtslehren Gesagte im Bereich des Besonderen <257/258> Teils und des Strafprozesses keine Entsprechung habe. Auch die Besonderen Teile unserer europäischen Strafgesetzbücher und der Strafprozess sind zu einem erheblichen Teil philosophisch fundiert und verdanken ihren gemeinsamen Kernbestand letztlich mitentscheidend philosophischer Reflexion – mag es auch richtig sein, dass der philosophische Einfluss hier schwächer ist, vieles hier mit Tradition zu tun hat.

4. Einflüsse auf die Deliktsbeschreibungen und Gewichtungen des Besonderen Teils

Auch im *Besonderen Teil* ist es vor allem wieder die Philosophie der Aufklärung, später die des (liberalen) Rechtsstaates, der die Staaten Europas wichtige Übereinstimmungen verdanken. Mit der Sicht des Individuums als Träger von Grund- und Menschenrechten und der dezidierten Beschränkung des Staates auf die Gewährleistung und den Schutz dieser Rechte vor Beeinträchtigungen war nicht nur eine Reihe von Delikten des Mittelalters und der frühen Neuzeit unhaltbar geworden³⁹ – mit der Folge, dass diese Delikte aus den Strafgesetzbüchern allmählich verschwanden.⁴⁰ Die Beschränkung des Staates und damit auch des Strafrechts auf die Gewährleistung der *Rechte* und *Güter* des *Einzelnen* und der *Allgemeinheit* und deren Schutz vor Beeinträchtigung enthielt für die Frage der Ausgestaltung des Strafrechts auch in positiver Hinsicht einen Maßstab. Man musste dieses Programm nur mit den zugleich entwickelten Erkenntnissen der Philosophie zu den Rechten der Einzelnen und zu gewissen für deren Erhaltung und Gewährleistung notwendigen Gütern der Allgemeinheit verknüpfen.⁴¹ Zusammen mit den Erkenntnissen der Philosophie zu den Rechten der Einzelnen und zu gewissen für deren Erhaltung und Gewährleistung notwendigen Gütern der Allgemeinheit war damit klar, was der Staat strafrechtlich ggf. zu schützen hatte, worauf der strafrechtliche Schutz aber auch im Wesentlichen zu beschränken ist: auf die Gewährleistung des Lebens, der körperlichen Integrität, der Freiheit, des Eigentums und des Vermögens des Einzelnen, daneben die Gewährleistung wichtiger Gemeinschaftsgüter, wie den Bestand des Staates, eine funktionstüchtige

³⁹ Etwa Gotteslästerung, Ketzerei, Hexerei, Zauberei. Gegen diese Delikte aus dem Kreis der Philosophen der Aufklärung etwa *Thomasius* in seiner Disputation „An haeresis sit crimen“ von 1697 sowie in „De crimine magiae“ von 1701; *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 12. Buch 4. Kap. (Bd. I, S. 260f. in der Übersetzung von *Forsthoff* [Fn. 8]), 25. Buch 12. Kap. (aaO., Bd. 2, S. 198); *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, II a. E.; *K. F. Hommel*, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Vorrede (S. 2ff. in der von *Lekschas* besorgten Akademie-Ausgabe von 1966); *ders.*, *Philosophische Gedanken* (Fn. 22), 1784, §§ 20, 60, 78.

⁴⁰ Freilich verschwanden die Delikte oft nur aus dem Kriminalrecht i.e.S., als sogenanntes Polizeistrafrecht blieb manches erhalten; vgl. dazu etwa *Amelung* (Fn. 10), S. 21f., 24, 35f.

⁴¹ Ersteres war ein zentraler Gegenstand des Naturrechts und der Aufklärungsphilosophie; die Umgrenzung der notwendigen Allgemeingüter (u.a. der Güter des Staates und staatlichen Funktionseinheiten) profitierte entscheidend von der vor allem im 19. Jahrhundert immer systematischer betriebenen Staatsphilosophie.

Rechtspflege sowie gewisse andere unverzichtbare Güter und Funktionseinheiten.⁴² Hierauf haben sich denn auch die Strafrechtsordnungen der europäischen Staaten im Wesentlichen konzentriert.⁴³ <258/259>

Übereinstimmung besteht freilich nicht nur hinsichtlich eines gewissen Kernbestandes und der Begrenztheit der für einen strafrechtlichen Schutz in Betracht kommenden Güter. Auch das *Verhältnis* dieser Güter zueinander, ihr Rang in der Güterordnung und die sich daraus ergebende *Abstufung der Strafwürdigkeit* der sie verletzenden Handlungen werden heute weitgehend einheitlich beurteilt – auch hier hat die Philosophie der Aufklärung mit ihrer Abkehr von theokratisch legitimierten Strafrechtsordnungen und der Entwicklung neuer, am Menschen orientierter Maßstäbe und Abstufungen für eine Wende gesorgt.⁴⁴ Einig ist man sich endlich auch darüber, dass nicht alles, was schützenswerte Güter berührt oder beeinträchtigt, für Strafe taugt. Strafe als massiver Eingriff in die Rechte der Person muss auf gravierende Güterbeeinträchtigungen beschränkt bleiben und ist (selbst insoweit) *ultima ratio* – auch das ist eine Forderung schon der Philosophie der Aufklärung.⁴⁵ Dem entsprach die lange Zeit bestehende weitgehende Begrenzung des Strafrechts auf Delikte, die eine *Verletzung* des Rechtsguts voraussetzen, zugleich aber auch eine gewisse Restriktion im Bereich der subjektiven Bestrafungsvoraussetzungen – also die Konzentration vor allem auf vorsätzliche Verletzungsdelikte.⁴⁶ Heutige Strafrechtsordnungen greifen zwar wieder weiter

⁴² Mit dem Hinweis auf einen klaren Kernbereich strafrechtlich schutzwürdiger und schutzbedürftiger Güter und dessen Exemplifizierung soll selbstverständlich nicht bestritten werden, dass es auch einen Bereich von Interessen usw. gibt, bei dem unklar ist, ob man insoweit von individuellen Rechten und anzuerkennenden Gütern der Allgemeinheit sprechen kann. Das war immer so und ist auch gegenwärtig so – derzeit am stärksten sichtbar an der Diskussion um den Kreis anzuerkennender Allgemeingüter. Siehe dazu z.B. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, 2002, passim und *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 C Rn. 7 ff.

⁴³ Natürlich gilt das nur für die Strafrechtsordnungen jener (vor allem west-)europäischen Staaten, die auch im Kanon der Grundfreiheiten material übereinstimmen und überdies von einer (insoweit) dienenden Funktion des Staates ausgehen. Wo Grundrechte und Grundfreiheiten des Einzelnen nur formal anerkannt sind und letztlich diverse Staatsinteressen (oder als solche ausgegebene Gruppeninteressen) dominieren, sehen natürlich auch die Strafrechtsordnungen unterschiedlich aus.

⁴⁴ Vgl. z. B. zum Verhältnis der Delikte (und der für sie vorgesehenen Strafen) vor allem *Montesquieu*, *De l'esprit des lois* (Fn. 8), 6. Buch 16. Kap. und 12. Buch Kap. 4 ff.; *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, VI und VIII (S. 61 f. und S. 66 ff. in der Übersetzung von *Wilhelm Alff*, 1966); *K.F. Hommel*, *Philosophische Gedanken* (Fn. 22), § 68; siehe auch die „Vorerinnerung“ zu dem zuletzt genannten Werk, insbes. S. VIII ff.

⁴⁵ Vgl. nur *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 12. Buch 4. Kap. in exemplifizierender Konkretisierung der mit wirklicher (peinlicher) Strafe zu ahndenden Taten auf Verletzungen der Sicherheit der Bürger (S. 260 ff. in der in Fn. 8 zitierten deutschen Ausgabe), ferner Kap. 5 ff. (aaO., S. 263 ff.); *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, II, XII (Strafe nur bei „unausweichlicher Notwendigkeit“ und in dem für „den Schutz erforderlichen geringstmöglichen“ Umfang); *Voltaire*, *Prix de la justice* (Fn. 10), Art. I; der Sache nach auch *Feuerbach*, *Lehrbuch* (Fn. 36), § 19; siehe ferner schon *Pufendorf*, *De officio* (Fn. 8), Lib. II Cap. XI § 7 und Cap. XII § 3. Als manifeste Realisierung dieser Forderung Art. 8 der Französischen Menschenrechtserklärung vom 26.8.1789.

⁴⁶ Die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 kannte grundsätzlich (Ausnahme z.B. Art. 134 CCC) nur die Strafbarkeit vorsätzlicher Begehung. Demgegenüber hat die gemeinrecht-

und enthalten zunehmend auch Gefährdungsdelikte und die Pönalisierung schon bestimmter Verhaltensweisen als solcher. Dass der Gedanke der Beschränkung des Strafrechts auf gravierend sozialschädliche Verhaltensweisen nach wie vor als verpflichtend empfunden wird, zeigen jedoch die intensiven Bemühungen, solche Vorverlagerungen der Strafbarkeit zu begründen: Ohne sie sei ein effektiver Güterschutz oder ein gedeihliches Zusammenleben heute in vielen Bereichen gar nicht mehr möglich.⁴⁷ <259/260>

5. Einflüsse auf Gestalt und Prinzipien des Strafprozesses

Auch im Bereich des *Strafprozesses* waren es vor allem die Philosophie des Vernunftrechts und die Aufklärung, die die eigentliche Wende brachten und für so etwas wie einen gemeineuropäischen Bestand prozessualer Institutionen und Prinzipien sorgten. Mit der Anerkennung des Einzelnen als Träger von Grund- und Menschenrechten und der dadurch bedingten Beschränkung der Staatsgewalt waren nicht nur Verfahrensweisen wie die Folter unvereinbar,⁴⁸ auch schon die Qualifikation des Angeklagten als bloßes Untersuchungsobjekt oder Inquisit war damit problematisch geworden. Der Angeklagte wurde als Träger von Grund- und Freiheitsrechten zum Prozesssubjekt, dessen Rechte auch im Strafverfahren zu achten waren; Rolleteilungen (wie die zwischen Ankläger und Richter⁴⁹) und einzuhaltende prozes-

liche Praxis in Übereinstimmung mit dem italienischen Recht in erheblichem Umfang auch die fahrlässige Erfüllung eines Tatbestands bestraft (vgl. *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren [Fn. 25], S. 153 ff.; siehe auch den Überblick über die Fahrlässigkeitsbestrafung vom römischen Recht bis zur Gegenwart bei *A. Koch*, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998, S. 44 ff.). Dass diese weitreichende Fahrlässigkeitsbestrafung gerade in der Aufklärung durchaus als Problem empfunden wurde, zeigt das Bedauern *Hommels* gegenüber *Beccaria*, dass sich dieser nicht näher zur Frage geäußert habe, „wie weit die Fahrlässigkeit ... Gegenstand und Geschäft des Strafrichters“ sein könne; vgl. *Hommel*, Philosophische Gedanken (Fn. 22), § 70; *ders.*, Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778, Vorrede (S. 15 f. in der von Lekschas besorgten Akademie-Ausgabe von 1966). Die einzelnen Stationen des Weges, auf dem Gedanken der Aufklärungsphilosophie im Laufe des 19. Jahrhunderts zu einer Restriktion der Fahrlässigkeitsbestrafung führten, können hier nicht nachgezeichnet werden.

⁴⁷ Siehe etwa *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, S. 277 ff.; *Kublen* GA 1994, 347, 363 ff.; *Schünemann* GA 1995, 201, 210 ff; differenzierend *Stratenwerth* ZStW 105 (1993), 679, 688 ff., 693 f. und *Woblers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, siehe insbes. S. 338 ff. Wegen der Kritik hieran vgl. z. B. *Hassemer* ZRP 1992, 378, 391; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge, 1991, S. 70 ff., 126 ff., 138 ff.

⁴⁸ Aus der naturrechtlichen bzw. aufklärerischen Perspektive mit Nachdruck gegen die Folter und den Inquisitionsprozess etwa *Thomasius* in seinem Grußwort zur Dissertation von *Martin Bernhardt*, De tortura ex foris Christianorum proscribenda, 1705, sowie *Thomasius*, De origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas, 1717; *Montesquieu*, De l'esprit des lois (Fn. 8), 6. Buch Kap. 17; mit Nachdruck und unter eingehender Auseinandersetzung mit den für die Folter angeführten Argumenten dann vor allem *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, XVI (zu ihm insoweit *Naucke*, in: Deimling [Fn. 10], S. 37, 48 f.) und *Voltaire*, Prix de la justice (Fn. 10), Art. XXIV. Zur Entwicklung in Deutschland *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 204, 252 f., 259 f.; dort auch zur Beseitigung gewisser sonstiger Gebrechen des Inquisitionsprozesses.

⁴⁹ Sie findet sich z. B. in Frankreich schon in der Trennung zwischen dem procureur du roi und den Gerichten in der Zeit der französischen Monarchie, erfährt dann freilich bedeutsame Weiter-

suale Formen waren dazu bestimmt, die Rechte des Angeklagten und die Interessen der Allgemeinheit an der Bestrafung des wirklichen Täters miteinander in Einklang zu bringen.⁵⁰ Demselben Ziel diente das der Gewaltenteilungslehre entstammende Postulat der richterlichen Unabhängigkeit⁵¹, die Forderung nach Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens⁵² und die Beteiligung des Volkes an der Strafrechtspflege⁵³. Die Grundsätze und Konsequenzen dieses aufklärerischen Denkens fanden ihren sichtbaren Niederschlag in den großen Kodifikationen des ausgehenden 18. und des frühen 19. Jahrhunderts (wie dem Code pénale und dem Code d'instruction criminelle), <260/261> deren Gedankengut sich letztlich über ganz Europa verbreitete⁵⁴ und z.T. sogar Eingang in Verfassungsordnungen des 19. Jahrhunderts fand.⁵⁵ Am Ende des 19. Jahrhunderts sind so auch die meisten Prozessordnungen dem neuen Gedankengut angepasst. Neben den schon genannten Grundsätzen gehören Prinzipien wie die Unschuldsvermutung,⁵⁶ das Recht auf

entwicklungen im Blick auf die Gebrechen des Inquisitionsprozesses und das Streben nach einer ausschließlich gesetzesorientierten Tätigkeit der Anklagebehörde. Zur Entwicklung der Anklagebehörde näher *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), § 285 (für Frankreich) und §§ 287 ff. (für Deutschland und Österreich); zur Bedeutung der Aufklärung für die Sonderung von Ankläger- und Richterfunktion *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 118 ff. Siehe auch schon *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 6. Buch 8. Kap. und 11. Buch 6. Kap. (S. 117 bzw. 225 in der in Fn. 8 zit. Übersetzung).

⁵⁰ Zur prozessualen Form als Schutz vor Willkür vgl. bereits *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 6. Buch 2. Kap. (S. 107 ff. in der von *Forsthoff* besorgten Übersetzung [Fn. 8]) und dazu *Eb. Schmidt*, Kiesselbach-Festschrift, 1947, S. 195 ff. sowie *ders.*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I. 2. Aufl. 1964, Rn. 22 f.; *Zachariä*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 123 ff., 130 ff.

⁵¹ Insbes. vom Einfluss der Exekutive und des Landesherrn; vgl. dazu *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 11. Buch 6. Kap. (S. 214 ff. in der von *Forsthoff* übersetzten Ausgabe [Fn. 8]), 6. Buch 5. Kap. (aaO., S. 111 ff.) und 6. Kap. (aaO., S. 115 ff.); eingehend dazu *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 205 ff., 207, 209 (zu Frankreich und Italien), §§ 210 ff. (zu Deutschland und Österreich).

⁵² Vgl. dazu aus der Aufklärungsphilosophie etwa *Feuerbach*, Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. 1 1821, Bd. 2 1825.

⁵³ Letztere war – von antiken Vorbildern abgesehen – in England am frühesten verankert und wurde dann 1791 von der französischen Nationalversammlung auch für Frankreich übernommen (vgl. *Eb. Schmidt*, Geschichte [Fn. 1], § 285). Entsprechend der weitreichenden Geltung des französischen Code d'instruction criminelle galten die im Text genannten Prinzipien auch in einer Reihe der deutschen Staaten (näher *Eb. Schmidt* aaO., §§ 259 und 260, § 284 und § 286; siehe auch *Hörnle* ZStW 117 [2005], 801, 806, 813 ff.). Speziell zur Weiterentwicklung der Geschworenengerichte *Eb. Schmidt* aaO., § 290 ff.

⁵⁴ Eingehend zu dieser Entwicklung z.B. *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 252 ff.; *Fischl* (Fn. 10), S. 181 ff. (zu Preußen, Italien, Österreich und einer Reihe weiterer Staaten [aaO., S. 215 ff.]); beispielhaft für diese Entwicklung vom Inquisitionsprozess zum reformierten Strafverfahren im 19. Jahrhundert in Deutschland *Achenbach*, in: 175 Jahre Oberlandesgericht Oldenburg, 1989, S. 177 ff.

⁵⁵ Verfassungsrechtlich festgeschrieben wurde vielfach insbes. die Unabhängigkeit der Gerichte; näher dazu mit Beispielen *Eb. Schmidt*, Geschichte (Fn. 1), §§ 295 ff.

⁵⁶ Zu ihr schon *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, XVI (S. 82 in der von *W. Alff* übersetzten Fassung [Fn. 10]) sowie Art. 9 der Französischen Menschenrechtserklärung der Nationalversammlung von 1789. Eingehende weitere Nachw. und Überblick über die – auch älteren – historischen Wurzeln der Unschuldsvermutung sowie über die Verwirklichung und Anerkennung in

Verteidigung und auf ein angemessenes Verfahren,⁵⁷ das Verbot bestimmter Methoden der Beweiserhebung, der Einsatz von Zwangsmaßnahmen nur unter bestimmten Voraussetzungen,⁵⁸ die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Verhandlung und Institute wie die Rechtskraft oder Rechtsmittel heute zum festen Kernbestand der Prozessordnungen der europäischen Staaten.⁵⁹ Am deutlichsten symbolisiert wird dieser letztlich philosophisch fundierte gemeineuropäische Bestand des Strafprozessrechts heute durch die Verbürgungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, über deren Einhaltung der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wacht.⁶⁰

III. Grenzen des Einflusses und Vielfalt des Strafrechts in Europa

Freilich gibt es jenseits dieses rechtsphilosophisch mitgeprägten gemeineuropäischen Fundaments auch weite Bereiche, in denen von solcher inhaltlicher Übereinstimmung der Strafrechtsordnungen keine Rede sein kann.⁶¹ Die Unterschiede beginnen bei den allgemeinen Lehren, wo schon die Grundkategorien der Straftat nicht einheitlich gesehen werden, aber auch Divergenzen im Bereich der subjektiven Tatseite, der Notrechte, des Umgangs mit der Beteiligung mehrerer und mit dem Unterlassen sowie mit Versuch und Rücktritt bestehen. Im Besonderen Teil begegnen nicht nur immer wieder nationale Sondertatbestände, sondern auch vielfältige Unterschiede bei jenen Tatbeständen und Tatbestandsgruppen, die sich in den Strafrechten der einzelnen Staaten Europas gleichermaßen finden; nicht unerheblich sind hier zudem die Unterschiede in der Weite der Strafrahmen und dem Niveau der Strafe. Die Prozessordnungen schließlich zeichnen sich neben den schon erwähnten vor allem rechtsstaatlich fundierten Grundsätzen durch Unterschiede im Bereich der allgemeinen Verfahrensprinzipien (Legalitätsprinzip/Opportunitätsprinzip; Aufklärung von Amts wegen oder durch die „Parteien“) ebenso aus wie durch vielfältige Divergenzen <261/262> im Zuschnitt gemeinsam

einzelnen Staaten bei *Hruschka* ZStW 112 (2000), 285 ff. und *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 11 ff.

⁵⁷ Eindrucksvoll insoweit schon *Voltaire*, *Commentaire* (Fn. 10), XXII.

⁵⁸ Für die Untersuchungshaft insoweit richtungweisend bereits *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, XXIX (S. 119 ff. in der von *W. Alff* übersetzten Ausgabe [Fn. 10]).

⁵⁹ Zur Rechtsstellung des Täters und anderer Verfahrensbeteiligter im Strafverfahren in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen der Gegenwart, den insoweit geltenden Prinzipien der Beweiserhebung und den zulässigen Zwangsmaßnahmen siehe die Länderberichte bei *Ch. van den Wyngaert* (Hrsg.), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, London, 1993, unter Nr. 3.2., 4.3. und 5. des gemeinsamen Gliederungsschemas sowie *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl. 2007, S. 634 ff.

⁶⁰ Siehe dazu die eingehende und umfassende Darstellung der Rechtsprechung des EGMR bei *Esser*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, insbes. S. 51 ff.; speziell zu den Justizgrundrechten im Mehr-Ebenen-System der Europäischen Verträge *Paeffgen* ZStW 118 (2006), 275 ff.

⁶¹ Eingehender zur Vielfalt des Strafrechts in Europa mit Nachw. *Frisch*, *Lahti-Festschrift*, 2007.

bekannter Institutionen (z. B. der Rechtskraft oder der Rechtsmittel, der Beweis- und der Zwangsmittel).⁶²

Dass in all diesen und einer Vielzahl anderer Fragen Unterschiede bestehen und damit – wie eingangs schon erwähnt – der Wunsch nach Vereinheitlichung auftauchen kann, ist aus rechtsphilosophischer Sicht leicht zu erklären. Es geht hier um Fragen, auf die es aus vernunftgeleiteter, vorurteilsfreier Sicht nicht nur eine bestimmte, sondern mehrere denkbare Antworten gibt. Damit ist Raum für pragmatische Gesichtspunkte, für Tradition, für nationale Präferenzen, für die Berücksichtigung von Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen – aber auch für nur begrenzt anerkannte philosophische Erkenntnisse.⁶³ Am Beispiel von Täterschaft und Teilnahme: Gerechtigkeit und Vernunft verbieten zwar, Tatbeiträge von deutlich unterschiedlichem Gewicht gleich zu bestrafen. Aber ob bei mehreren Tatbeteiligten alle Täter sind (und nur unterschiedlich bestraft werden) oder die einen Täter und die anderen Teilnehmer – das ist keine Frage, auf die es nach den Regeln der Vernunft und den Maßstäben der Gerechtigkeit nur *eine* bestimmte Antwort gibt. Hier sind verschiedene Lösungen denkbar und argumentativ vertretbar – nicht zuletzt auch bei der Zahl der Teilnahmeformen.⁶⁴ Dementsprechend finden sich hier, je nachdem, ob und in welcher Ausdifferenziertheit bestimmte Typen der Beteiligung begrifflich schon vorhanden und im allgemeinen Denken verwurzelt sind, unterschiedliche Antworten. Ähnliches gilt für die Entscheidung zwischen adversatorischem Verfahren und richterlicher Aufklärungspflicht:⁶⁵ Beide Prozessmodelle haben sub specie der Aufklärung ihre Vorzüge, aber auch ihre Nachteile, keines ist das eindeutig bessere. Ob man sich für das eine oder andere entscheidet, hängt davon ab, wie man diese Vorzüge einschätzt und bewertet, ob man glaubt, bestimmte Nachteile z. T. kompensieren zu können – aber auch von kulturellen Vorstellungen über primäre Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, von der Streitkultur eines Landes usw.⁶⁶

Mit der Einsicht in diesen Hintergrund der Unterschiede wird nicht nur zweifelhaft, ob sich eine Vereinheitlichung der Strafrechtsordnungen Europas wirklich schon darauf gründen lässt, dass für das im Strafrecht – angeblich – ohnehin allein interessierende ethische Minimum das gemeinsame kulturelle Fundament vorhanden sei.⁶⁷ Durchaus fraglich scheint auch die eingangs als dritte

⁶² Eingehend dazu *Hörnle ZStW 117 (2005)*, 801, 807 ff.

⁶³ Vgl. dazu – am Beispiel des Legalitäts- bzw. Opportunitätsprinzips – *Hörnle ZStW 117 (2005)*, 801, 809 ff.

⁶⁴ Überblick über die Argumente bei *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, § 61 VIII sowie bei *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 543 ff.; zu weiteren Ausdifferenzierungen der Teilnahmeformen im Common Law vgl. z. B. *Vogel ZStW 114 (2002)*, 403 ff. und *Mansdörfer*, in: ders. (Fn. 35). S. 141 ff.

⁶⁵ Näher dazu statt vieler *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, 1995, S. 124 ff., 131 ff., 485 ff.; *Hörnle ZStW 117 (2005)*, 801, 803 ff., je m. w. N.

⁶⁶ Siehe dazu m. w. N. *Hörnle ZStW 117 (2005)*, 801, 803 ff.

⁶⁷ So z. B. *Sieber JZ 1997*, 369, 375; wohl auch *Schünemann*, in: Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, S. 78 f. – Dazu skizzenhaft: Fraglich ist nicht nur, ob es im Strafrecht stets nur um das ethische Minimum (was immer das heißen mag) geht. Nicht

These aufgestellte Behauptung über die Bedeutung der Rechtsphilosophie für den richtigen Umgang mit den vorfindbaren Divergenzen zu werden: Wie soll die Philosophie des Rechts insoweit Hilfe und Ratschläge geben können, wenn sie selbst in inhaltlicher Hinsicht keinen eindeutigen Weg weisen kann? Wie soll sie weiterhelfen, wenn die vorfindbaren Divergenzen gerade mit eine Folge ihrer insoweit fehlenden Leitfunktion sind? Ist das nicht ein Widerspruch? <262/263>

IV. Aus rechtsphilosophischer Sicht Bedenkenswertes zur Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Strafrechts

Tatsächlich handelt es sich um keinen Widerspruch. Rechtsphilosophische Erkenntnisse erschöpfen sich nicht in Aussagen darüber, was in bestimmten Bereichen als Recht inhaltlich gelten sollte. Die Philosophie des Rechts hält auch wichtige allgemeine Erkenntnisse bereit: über das Wesen des Rechts, seine Geltungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen, die Voraussetzungen, Probleme und Kosten seiner Änderung usw. Diese allgemeinen Einsichten gilt es gerade in der gegenwärtigen Situation des europäischen Strafrechts, bei der Frage nach dem Umgang mit den vorfindbaren Divergenzen, insbesondere der Frage nach einer Vereinheitlichung oder Harmonisierung, zu beachten.

1. Vertrautheit und Akzeptanz von Normen als Voraussetzungen der Wirksamkeit von Recht (und Kennzeichen der vorhandenen Strafrechtsordnungen)

Die Inhalte von Rechtsnormen müssen denen, für die sie gelten, vertraut sein, und sie müssen von ihnen akzeptiert werden oder zumindest akzeptiert werden können. Recht, das vertraut ist und akzeptiert wird, hat die größte Chance, befolgt zu werden und in diesem Sinne wirksames Recht zu sein.⁶⁸ Nur wenn das Recht in diesem Sinne wirksam ist, wird es aber seiner Aufgabe, Freiheiten und Güter zu gewährleisten, Erwartungen zu sichern und dadurch Entfaltung zu ermöglichen,⁶⁹

zu übersehen ist vor allem auch, dass dort, wo Übereinstimmung hinsichtlich bestimmter Grundwerte besteht, die Kollisionsfragen doch oft sehr unterschiedlich beantwortet werden und überdies deutliche Unterschiede in Bezug auf die strafrechtliche Interventionsschwelle bestehen (*Weigend ZStW* 105 [1973], 774, 789).

⁶⁸ Eingehend dazu *Herzog*, Von der Akzeptanz des Rechts, in: Rütters/Stern (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, Festgabe zum 10-jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 127 ff.; *Ryffel*, Rechtssoziologie, 1974, S. 281 ff.; *Wassermann*, Vorsorge für Gerechtigkeit, Rechtspolitik in Theorie und Praxis, 1985, S. 93, 96 ff.; *Würtenberger*, Die Akzeptanz von Gesetzen, in: Friedrichs/Jagodzinski (Hrsg.), Soziale Integration, 1999, S. 380, 382 f. mit näheren Ausführungen zu den Mechanismen der Akzeptanz auf S. 383 ff.; *ders.*, Akzeptanz von Recht und Rechtsfortbildung, in: Eisenmann/Rill (Hrsg.), Jurist und Staatsbewußtsein, 1987, S. 79 ff.; siehe auch *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, S. 113 ff., 165 f.; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 5. Aufl. 2003, S. 28 ff., 156 ff.

⁶⁹ Siehe dazu statt vieler *Zippelius*, Rechtsphilosophie (Fn. 68), S. 122 ff.; *ders.*, Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft), 15. Aufl. 2007, S. 97 ff., 101 ff.; *Würtenberger*, in: Eisenmann/Rill (Fn. 68), S. 79, 94 f., je m. w. N.

wirklich gerecht. Das gilt auch, ja gerade, für das Strafrecht. Die ihm zugrunde liegenden Verbote und Gebote haben die größte Chance, auch ohne Zwang befolgt zu werden, wenn sie der Bevölkerung bekannt sind und von ihr als sachgerecht akzeptiert werden. Die für ihre Verletzung vorgesehenen Folgen haben die größte Chance, das Rechtsbewusstsein zu stärken, wenn die verletzten Normen und die vorgesehenen Folgen als gerecht angesehen und akzeptiert werden.⁷⁰ Und auch die Anwendung der Sanktionsnormen durch die Organe der Strafverfolgung ist am besten gewährleistet, wenn die Norminhalte den Rechtsanwendern vertraut sind und von diesen akzeptiert werden, wenn die bei der Normanwendung auftauchenden Fragen geklärt sind und die Normanwendung auf der vertrauten Basis eines geläufigen und als sachgerecht angesehenen Prozessrechts erfolgt.⁷¹

Die in den einzelnen Staaten Europas gegenwärtig geltenden und angewandten Strafrechtsordnungen dürften diese Anforderungen in ihrem Geltungsbereich für das Gros der von ihnen erfassten Fälle in der Regel im Wesentlichen erfüllen – in den demokratisch gefestigten westeuropäischen Staaten sogar in einer Weise, die nur schwer zu übertreffen ist. Sie haben Tradition, sind gewachsen und punktuell immer <263/264> wieder verbessert worden, sie sind in ihrem Geltungsbereich so bekannt, wie Strafrechtsordnungen es sein können, und sie entsprechen in aller Regel und im großen Ganzen dem Rechtsbewusstsein und der Rechtskultur der Gemeinschaft, für die sie gelten. Entsprechende Vorzüge weisen sie aus der Sicht der Strafverfolgungsorgane und der Rechtsanwender auf: Die Vorschriften der nationalen Strafrechtsordnungen und des sie realisierenden Strafprozessrechts sind vertraut und in Richtung auf die unterschiedlichsten Problemkonstellationen i. S. gut akzeptierter Lösungen durchgearbeitet und abgestimmt;⁷² sie bieten damit in ihrem Geltungsbereich in vielen (wohl sogar den meisten) Staaten eine kaum verbesserungsfähige Grundlage für eine einheitliche, von der Bevölkerung akzeptierte Strafrechtspflege. Die vom Strafrecht zu erfüllende Aufgabe des Schutzes und der Gewährleistung von Freiheiten und Rechten und der Stabilisierung von Erwartungen zur Ermöglichung von Entfaltung erfolgt hier also unter Bedingungen, die (für das Gros der Fälle) zumindest in den westeuropäischen Demokratien regelmäßig kaum besser sein könnten.

⁷⁰ Nur unter diesen Voraussetzungen ist auch eine positive Generalprävention als Legitimationsgrundlage des Strafrechts denkbar; vgl. etwa *Baurmann* GA 1994, 368, 376 ff. m. w. N.

⁷¹ *Wassermann*, *Gerechtigkeit* (Fn. 68), S. 93, 100 ff.

⁷² Diese Abstimmung betrifft nicht nur Systeme wie z. B. das materiell-rechtliche System der Strafausschluss- und Strafmilderungsgründe in sich. Auch Teile des Gesamtsystems wie das materielle Recht, das Prozessrecht und das Vollstreckungsrecht sind aufeinander abgestimmt. So kann z. B. die auffallende Schärfe der materiell-rechtlichen Strafdrohungen durch Vorschriften des Vollstreckungsrechts gemildert und das Gesamtsystem daher durchaus angemessen sein usw. Siehe dazu erg. *Perron* ZStW 109 (1998), 281, 288, 294 f., 299.

2. Veränderungen des Vertrauten und Akzeptierten als riskanter und legitimationsbedürftiger Eingriff in ein Gemeinschaftsgut – Voraussetzungen der Legitimation

Es bedarf keiner langen Begründung, dass jeder etwas größere verändernde Eingriff in diese in sich abgestimmten, für ihren Geltungsbereich in der Regel gut funktionierenden Strafrechtssysteme zunächst einmal die Gefahr in sich birgt, das Recht zu verschlechtern. Das gilt auch für Veränderungen, die das Ziel verfolgen, die Rechtsvielfalt in Europa ganz oder zum Teil zu beseitigen und ein einheitliches Recht zu schaffen. Solche Eingriffe können nicht nur zu Inkonsistenzen von bisher in sich schlüssigen Systemen führen.⁷³ Auch wenn dies vermieden wird, setzen sie doch zunächst einmal Neues und wenig Vertrautes an die Stelle vertrauter Rechtsinhalte – und verschlechtern damit die für die Normbefolgung unverzichtbare Basis der Normkenntnis. Gewichtiger ist die mit solchen Veränderungen einhergehende Gefahr, gut akzeptierte und im Rechtsbewusstsein verankerte Normen und Folgen der Normverletzung durch „gewöhnungsbedürftige“ zu ersetzen. Besonders groß ist diese Gefahr, wenn es im Zusammenhang mit solchen großflächigen Vereinheitlichungen zu Aversionen gegen das „Übergestülpte“ kommt.⁷⁴ Aber auch unabhängig davon schwächt die Ersetzung von gut Akzeptiertem durch davon abweichendes Neues die Chancen der Wirksamkeit des Rechts – übrigens auch im Blick auf die Anwendungsbereitschaft der Rechtspflegeorgane. Für diese sind großflächige Neuerungen mit weiteren Problemen verbunden, die die Qualität der Strafrechtspflege auf erhebliche Zeit verschlechtern: Zu erwartende Kenntnisdefizite der neuen Normen bei einer großen <264/265> Zahl von Veränderungen haben Vollzugsdefizite zur Folge.⁷⁵ Da neue Normen, insbesondere wenn sie aus Kompromissen entstanden sind, in der Regel eine Vielzahl von neuen Anwendungsproblemen produzieren, führen großflächige Veränderungen der nationalen Strafrechte zudem über Jahre hinaus zu erheblicher Unsicherheit und Uneinheitlichkeit in der Anwendung der neuen (wenn auch auf Gesetzebene vereinheitlichten) Nor-

⁷³ Wie z.B. bei Angleichungen des materiellen Rechts, wenn diese die Relativierungen im Bereich des (nationalen) Prozess- oder Vollstreckungsrechts (vgl. Fn.72) vernachlässigen. Zur Gefahr möglicher Inkohärenz und von „Binnendissonanzen“ im Zuge der Europäisierung u.a. *Zieschang ZStW* 113 (2001), 255, 266 f.; *Weigend ZStW* 116 (2004), 275, 286.

⁷⁴ Wie dies gerade im Verhältnis zum EU-Recht mittlerweile tatsächlich in erheblichem Maße zu beobachten ist; vgl. nur *Albrecht ZRP* 2004, 1ff.; kritisch zur Akzeptanz „von außen oktroyierter Strafrechtsordnungen“ auch *Weigend ZStW* 105 (1993), 774, 785 f.; zur teilweisen Verschärfung der Akzeptanz- und Legitimationskrise der EU durch das Richterrecht des EuGH *Hillgruber JZ* 2005, 841, 844. Umfassend und kritisch *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003, insbes. 2. Teil.

⁷⁵ Wie sehr Kenntnisdefizite oder Unsicherheiten in bezug auf die Anwendbarkeit bestimmter strafrechtlicher Vorschriften die Qualität und die Gleichmäßigkeit der Normanwendung in Frage stellen, zeigt u.a. der Blick auf nebenstrafrechtliche und steuerrechtliche Bestimmungen: Häufig bleiben die insoweit einschlägigen Vorschriften deshalb unangewendet, weil sie den zuständigen Strafrechtspflegeorganen wenig bekannt sind – nicht selten verbunden mit dem Rekurs auf nur schwer anwendbare, aber als solche bekanntere allgemeine Bestimmungen (wie den Betrug oder die Untreue).

men. Dass diese Gefahren – zumal angesichts der Qualität mancher bisheriger europäischer „Rechtsprodukte“ – gar nicht überschätzt werden können, belegen allein schon die Unsicherheiten und Verwirrungen, die vergleichsweise bagatellhafte nationale Gesetzesänderungen in den letzten Jahren heraufbeschworen haben.⁷⁶ Noch größer wird die Gefahr solcher auf die Akzeptanz der neuen Normen zurückschlagender Uneinheitlichkeit der Rechtspflege, wenn man bedenkt, dass es für die neuen Normen zudem an der Grundvoraussetzung einer transparenten und einheitlichen Anwendungskultur fehlt.⁷⁷ Großflächige Veränderungen der nationalen Strafrechtsordnungen drohen so dort, wo geändert wird, auf Jahre hinaus zu einem schlechteren und für die Normalfälle weniger wirksamen Strafrecht als dem zu führen, das bisher in vielen Staaten Europas besteht. An die Stelle eines Rechtspluralismus in sich gut akzeptierter und im Wesentlichen wirksamer nationaler Strafrechtsordnungen könnte so sehr leicht ein zwar auf der Normebene einheitliches, aber weniger wirksames, weil uneinheitlich gehandhabtes und – auch deshalb – schlecht akzeptiertes, europäisches Strafrecht treten.⁷⁸

Macht man sich diese Gefahren bewusst, so wird klar, dass eine Veränderung der nationalen Strafrechte, auch wenn sie mit dem Ziel der Vereinheitlichung erfolgt, in hohem Maße *legitimationsbedürftig* ist und nur behutsam erfolgen sollte. Die Eingehung der erwähnten Gefahren lässt sich überhaupt nur legitimieren, wenn und soweit die von manchen angestrebte Veränderung und Vereinheitlichung *aus belegbaren Gründen* notwendig ist.⁷⁹ Außerdem muss der von der Veränderung zu erwartende Gewinn so groß sein, dass er die mit der Veränderung verbundenen Gefahren und Kosten eindeutig aufwiegt, ja sogar deutlich überwiegt. Die bloße Befriedigung über ein auf dem Papier einheitliches Strafrecht oder gar die Setzung symbolischer Zeichen in Richtung auf Europa, die für manchen offenbar schon Grund genug sind, der Vereinheitlichung das Wort zu reden, reichen also als legitimierender Grund für Veränderungen eindeutig nicht⁸⁰ – jedenfalls nicht für den, für den Recht mehr als eine <265/266> verfügbare Sammlung von Vorschriften,

⁷⁶ Ein Beispiel dafür bilden die Irrungen und Wirrungen, zu denen in Deutschland die Änderungen des StGB (insbes. der Eigentumsdelikte) durch das 6. StrRG geführt haben; zur Verwirrung der österreichischen Strafrechtspflege durch die Einführung des Einheitstätersystems vgl. z. B. *Engert*, Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer, 2005, S. 20ff.

⁷⁷ Die sonst bei Änderungen des nationalen Rechts wie z. B. den in Fn. 76 erwähnten durchaus noch vorhanden war!

⁷⁸ Dass europaweit einheitliche Strafbestimmungen keineswegs automatisch eine einheitliche Rechtsanwendung zur Folge haben, hebt zutreffend u. a. *Zieschang* ZStW 113 (2001), 255, 268 hervor; siehe auch *Perron* ZStW 109 (1998), 281, 296f., 299f.

⁷⁹ In der Sache übereinstimmend *Hassemer* ZStW 116 (2004), 304, 313f. (Notwendigkeit des Hinweises auf Bedrohungen und Empirie); auch *Schünemann* GA 2004, 193, 203: Strafrecht sei keine „vom Belieben des Gesetzgebers abhängige Materie“.

⁸⁰ Ähnlich *Kubiciel* NSTZ 2007, 136, 141 (im Kontext einer Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft); auch *Vogel* GA 2003, 314, 317: „Harmonisierung ist kein Selbstzweck“ und *Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, 1997, S. 31 im Blick auf ein gleichschaltendes Verfassungsrecht „im Namen eines imaginären Einheitseuropas“.

nämlich ein Wert und ein wichtiges Gemeinschaftsgut ist, das durch Eingriffe leicht gefährdet und beschädigt werden kann.⁸¹

Als *Gründe*, die eine (gewisse) Vereinheitlichung der Strafrechtsordnungen in Europa notwendig machen könnten, kommen letztlich vor allem *zwei* in Betracht. Zum einen könnte eine Vereinheitlichung, zumindest in bestimmten Bereichen, geboten sein, weil das Strafrecht anders seine *eigene* Aufgabe (die Gewährleistung von Rechten, Gütern und Freiheiten vor Beeinträchtigung und Gefährdung) nicht mehr zu erfüllen vermag. Zum anderen könnte es notwendig sein, die Strafrechtsordnungen ganz oder zum Teil zu vereinheitlichen, weil ohne eine solche Vereinheitlichung gewisse von den Einzelstaaten anerkannte *Ziele der Europäischen Gemeinschaften* nicht erreichbar sind.

3. Legitimierbarkeit der (vereinheitlichenden) Veränderungen zur besseren Erfüllung der eigenen Aufgaben des Strafrechts?

Der erste spezifisch strafrechtliche Grund, also die Notwendigkeit einer *Vereinheitlichung zur besseren Erfüllung der eigenen Aufgaben des Strafrechts*, trägt nur sehr begrenzt. Die einzelnen Staaten Europas weisen gegenwärtig ausdifferenzierte, in der Regel dem Rechtsbewusstsein der Bevölkerung dieser Staaten entsprechende Strafrechtsordnungen auf. Diese bilden – wie bereits dargelegt – zumindest in den westeuropäischen Demokratien für ihren Geltungsbereich wegen ihrer (regelmäßig gegebenen) Akzeptanz derzeit den relativ besten Garanten für den Schutz der Freiheiten und Rechte der Einzelnen und der Güter der Allgemeinheit – jedenfalls im Wesentlichen. Auf der Basis dieser durch hohe Akzeptanz gekennzeichneten nationalen Strafrechtsordnungen wird das Gros der Kriminalität in einer Weise bewältigt, die durch großflächige Veränderungen (die mit Vereinheitlichungen zwangsläufig verbunden sind) im Bereich funktionierender Strafrechtsordnungen für geraume Zeit nur deutlich verschlechtert werden könnte. Zu diesem Gros der Sachverhalte, bei dem die Funktionsfähigkeit der nationalen Strafrechtsordnungen durch großflächige Veränderungen im Grunde nur verschlechtert würde, gehören nicht nur die Fälle, in denen Bürger eines Staates in ihrem *eigenen* Staat Straftaten begehen (und es diesem Staat möglich ist, sie deswegen zur Rechenschaft zu ziehen). Es gehören dazu – zumindest im Wesentlichen⁸² – durchaus auch die Straftaten, die Bürger eines Staates in einem anderen Staat begehen und für die sie in die-

⁸¹ Das wird in der gegenwärtigen Diskussion um die Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Strafrechts in Europa leider zu wenig bedacht. – Zum kaum mehr überschaubaren kontroversen Diskussionsstand Überblicksweise *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2005, § 1 Rn. 35 ff.; *Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, 2005, § 7 Rn. 12 ff. (S. 80 ff.), § 8 Rn. 42 ff. (S. 103 ff.); wegen der z.T. kritischen Position der deutschen Strafrechtswissenschaft gegenüber einer allzu expansiven Strafrechtsaktivität insbes. der Dritten Säule der EU stellvertretend *Albrecht* ZRP 2004, 1 ff.; *Braum* StV 2003, 576 ff.; *Hassemer* ZStW 116 (2004), 304 ff.; *Schünemann* GA 2002, 501 ff.; siehe aber auch *Vogel* GA 2003, 314 ff.

⁸² Zu Einschränkungen (Unangemessenheit der zu erwartenden oder der tatsächlich erfolgten Behandlung des Falles im einen Staat aus der Perspektive des ebenfalls betroffenen oder in die Aburteilung [z. B. durch Bitte um Vollstreckung] eingeschalteten anderen Staates) vgl. sogleich.

sem *anderen* Staat oder ihrem eigenen Staat (nach den je anzuwendenden Strafrechtsnormen) zur Rechenschaft gezogen werden (können). Der Art nach sind mit dem Stichwort „Gros der Kriminalität“ vor allem die Delikte gegen personale Rechtsgüter, die statistisch im Vordergrund stehenden allgemeinen Eigentums- und Vermögensdelikte, die Straßenverkehrsdelikte, aber auch eine Reihe sonstiger Straftaten gegen Güter der <266/267> Allgemeinheit gemeint.⁸³ Mit Bezug auf solche Taten bedarf es zur Erfüllung der spezifischen Aufgaben des Strafrechts weder nennenswerter Änderungen des materiellen Rechts noch der Kernmaterien des Prozessrechts der einzelnen Staaten.

Wenn vereinheitlichende Änderungen notwendig sind, so betreffen diese nach allem nur einen sehr *begrenzten Kreis von Sachverhalten*. Denkbar ist zunächst, dass Unterschiede im Bereich des materiellen Rechts oder des Prozessrechts der Einzelstaaten bei bestimmten *Sachverhalten mit transnationalem Bezug*⁸⁴ die Behandlung dieser Fälle durch den einen Staat aus der Perspektive des ebenfalls berührten anderen Staates als unzureichend oder unangemessen erscheinen lassen.⁸⁵ Die Lösung solcher Problemfälle kann freilich nicht in der eine Vielzahl auch ganz anderer Sachverhalte betreffenden Veränderung der national jeweils als angemessen empfundenen materiellen Rechtsordnungen oder der Prozessrechte liegen – solche „Lösungen“ würden für begrenzten Nutzen großflächig Schaden anrichten. Die adäquate Lösung solcher Fälle liegt vielmehr zunächst bei *auf sie* zugeschnittenen Problemlösungen: also bei Verbesserungen der Kooperation im Bereich der Strafverfolgung, bei sachgerechten Modifizierungen der Rechtskraft⁸⁶ und im

⁸³ Prozentual dürften diese Delikte den weit überwiegenden Teil aller Straftaten (die in einem bestimmten Staat begangen werden bzw. abgeurteilt werden können) ausmachen, auch wenn zuzugeben ist, dass „Fälle mit Auslandsbeziehung das Geschäft von Polizei und Justiz immer mehr bestimmen“ (so *Perron* ZStW 112 [2000], 201, 204).

⁸⁴ Beginnend bei der Begehung der Tat(en) in einem anderen Staat über die Betroffenheit des anderen Staates, weil die Tat von einem seiner Bürger begangen worden ist (und – daher – auch eine Aburteilungskompetenz dieses Staates bestünde) bis hin zu den heterogenen Sachverhalten, in denen die Taten auch ganz spezifische Interessen des anderen Staates berühren oder gleichgelagerte Verfolgungsinteressen bestehen.

⁸⁵ Als *unzureichend* z. B. insoweit, als die Aburteilung einer im Staat A begangenen Tat im Staat B u. U. im Staat A tatbestandsmäßig geschützte Interessen unberücksichtigt lässt und/oder zu einer Strafe führt, die hinter den im Staat A für zutreffend erachteten Straferwartungen zurückbleibt. – Als *unangemessen* dann, wenn die Verurteilung aus der Sicht des anderen Staates zu hoch ausfällt oder gewisse im Staat A für beachtenswert gehaltene Prinzipien verletzt (etwa in Gestalt der Verurteilung in Abwesenheit, die verbreitet für unzulässig erachtet wird [siehe den von *Hassemer* ZStW 116 [2004], 314, 318 geschilderten Fall aus der Rspr. des BVerfG], oder durch die Berücksichtigung von Beweisen, die aus der Sicht des anderen Staates nicht hätten verwertet werden dürfen [z. B. von Zeugenaussagen, ohne dass der Beschuldigte sein Fragerecht effektiv ausüben konnte; weit. Beispiele bei *Lüderssen*, in: Schünemann [Fn. 67], S. 45, 47 und *Perron* ZStW 112 [2000], 202, 218, 219f.]; desgleichen, wenn im Zuge der Terrorismusbekämpfung menschenrechtliche Verbürgungen in einzelnen Staaten relativiert sind).

⁸⁶ Etwa in Fällen, in denen die Entscheidung des Staates, der den Fall abgeurteilt hat, die Beeinträchtigung von Interessen, die nur in anderen Staaten tatbestandsmäßig geschützt sind (und schützenswert erscheinen), nicht berücksichtigt hat (und vielleicht auch gar nicht berücksichtigen konnte). Siehe dazu und zu weiteren Problemfällen und Relativierungen der Rechtskraft im zwi-

Bereich des Rechtshilfe- und Vollstreckungsrechts sowie ggf. des Auslieferungsrechts⁸⁷, mithin in einer Harmonisierung <267/268> und Verbesserung der Zusammenarbeit.⁸⁸ In einer zweiten Stufe mag dann darüber nachgedacht werden, ob es möglich und notwendig ist, derartigen Problemkonstellationen nicht nur in der angedeuteten Weise Rechnung zu tragen, sondern sie durch eine Angleichung der speziellen sie verursachenden materiellrechtlichen oder prozessualen Vorschriften überhaupt zu beheben.⁸⁹

Denkbar ist zweitens, dass die Bewältigung (und Bekämpfung) bestimmter *transnationaler Formen der Kriminalität*, etwa des Terrorismus, der Betäubungsmittelkriminalität, der Geldwäsche, der Korruption, des Menschenhandels, des grenzüberschreitenden Betrugs oder sonstiger Formen der organisierten Kriminalität auf der Basis pluralistischer Strafrechtsordnungen mit ihren zum Teil unterschiedlichen Instrumentarien Schwierigkeiten bereitet. Hier bedarf es – zur Behebung dieser Schwierigkeiten – sicher nicht nur weiterer Verbesserungen der Zusammenarbeit, sondern auch gewisser Harmonisierungen bzw. Vereinheitlichungen.⁹⁰ Aber es bedarf dazu z. B. keiner Veränderungen des Allgemeinen Teils des Strafrechts oder gar nicht in Frage stehender anderer Vorschriften des Besonderen Teils, und ebenso wenig des allgemeinen Prozessrechts. Erforderlich sind viel-

schenstaatlichen Bereich *Mansdörfer*, Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht, 2004, S. 185 ff.

⁸⁷ So muss es aus Gerechtigkeitsgründen gegenüber Urteilen, die (wegen ihres Inhalts oder ihres Zustandekommens) nach den in Staat A für unaufgebbar gehaltenen Maßstäben unangemessen erscheinen, Möglichkeiten geben, die Vollstreckung zu verweigern; gegenüber der Gefahr des Zustandekommens solcher Entscheidungen muss prinzipiell die Möglichkeit bestehen, sich der Mitwirkung an ihrem Zustandekommen (z. B. durch Verweigerung der Auslieferung; durch Begrenzungen der Aburteilungskompetenz usw.) zu versagen. Leider läuft die Entwicklung im europäischen Bereich gegenwärtig darauf hinaus, dass rechtliche Eigenheiten eher ignoriert oder bagatellisiert werden und stattdessen die Anerkennung auch materiell abgelehnter Entscheidungen des anderen Staates angesonnen wird – wengleich nicht zu übersehen ist, dass dabei auch die nationale Nichtausnutzung von auf europäischer Ebene bestehenden Vorbehalten mitbeteiligt ist (vgl. dazu BVerfGE 113, 273, 300 ff. und *Vogel* JZ 2005, 801, 803). Gegen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (mit Alternativen) der AE Europäische Strafverfolgung (Fn. 67), S. 5 (dazu wiederum *Vogel* ZStW 116 [2004], 400, 407 ff.); i. S. einer differenzierteren Sicht (Übereinstimmung in Mindeststandards als Voraussetzung gegenseitiger Anerkennung) *Vogel/Matt* StV 2007, 207, 210. Siehe erg. unten Fn. 99 a. E.

⁸⁸ Ebenso *Weigend* ZStW 105 (1993), 774, 793 f.; wohl auch *Tiedemann* ZStW 116 (2004), 945, 958.

⁸⁹ Entsprechendes gilt für die immer wieder (siehe z. B. *Jung/Schroth* GA 1983, 241, 251) beschworene Gefahr, dass potenzielle Straftäter bei Uneinheitlichkeit der Strafrechtssysteme zur Straftatbegehung in Staaten mit fehlender oder merklich geringerer Strafdrohung ausweichen. Siehe dazu eingehend *Weigend* ZStW 105 (1993), 774, 793 f.

⁹⁰ Zutreffend *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 1 Rn. 35 ff., 39; v. *Bubnoff* ZEuS 2000, 185, 188 f.; *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (mit Überblick über bis dahin ergangene einschlägige Rahmenbeschlüsse); *Perron*, Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 135, 146 ff.; *Vogel* GA 2003, 314, 322 ff.; *Wasmeier* ZStW 116 (2004), 320 f.; *Zieschang*, in: *Hohloch* (Hrsg.), Wege zum Europäischen Recht, 2002, S. 39, 46 ff.; kritisch zu den bisherigen Bemühungen *Braum* (Fn. 74), insbes. S. 477 ff., 549 f. – Wegen der Begrifflichkeit („Harmonisierung“, „Vereinheitlichung“ usw.) vgl. *Tiedemann* NJW 1993, 23 ff.; *Vogel* GA 2003, 314, 315 f. und *Braum* (Fn. 74), S. 168 ff.

mehr allein gewisse Angleichungen der in Frage stehenden speziellen Deliktstatbestände sowie jenes durchaus begrenzten Kreises prozessualer Vorschriften, welche die transnationale Verfolgung der genannten Delikte gegenwärtig behindern oder erschweren.

All das gilt schließlich auch für den *strafrechtlichen Schutz* von Gütern der *Europäischen Gemeinschaft*, etwa *ihrer finanziellen Interessen*.⁹¹ Auch hier ist es – soweit nicht ohnehin schon geschehen – mit bereichsspezifischen Änderungen, nämlich im Wesentlichen der Erweiterung einiger vorhandener Bestimmungen der Besonderen Teile und ggf. der Schaffung des einen oder anderen neuen Tatbestands, vollauf getan.⁹² Wegen dieses im Gesamtspektrum der Kriminalität durchaus begrenzten Sektors <268/269> der Kriminalität die Allgemeinen Teile des Strafrechts überhaupt ändern zu wollen, geht viel zu weit. Wenn z. B. bestimmte Normen der gegenwärtig vorhandenen Allgemeinen Teile – etwa die Anforderungen an die subjektive Tatseite (Vorsatz) – als den Schutz dieser finanziellen Interessen zu sehr begrenzend empfunden werden, so mag man für den betreffenden Tatbestand eine spezielle Regelung vorsehen; deswegen von Akzeptanz getragene Regelungen der Allgemeinen Teile großflächig zu verändern, wäre verfehlt.⁹³ Entsprechendes gilt für Veränderungen des allgemeinen Prozessrechts.

⁹¹ Zu dieser Problematik überblicksweise Hecker, Europäisches Strafrecht, § 14 Rn. 16 ff., 29 ff.; näher z. B. Tiedemann NJW 1990, 2226 ff.; Dannecker ZStW 108 (1996), 577 ff.; Perron, Strafrechtsvereinheitlichung (Fn. 90), S. 135, 145; Zieschang EuZW 1997, 78 ff. und Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, 2004. – Die einschlägigen Bemühungen haben ihren bekanntesten Niederschlag im Entwurf eines Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union gefunden; siehe dazu näher z. B. Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, und dort insbes. Sieber S. 2 ff.; Huber (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts, 2000; Otto Jura 2000, 98 ff.; Schwarzborg/Hamdorf NStZ 2002, 617 ff.; Wattenberg StV 2000, 95 ff. sowie eingehend mit eigenen Vorschlägen den Sammelband von Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002.

⁹² Und zwar ganz gleich, ob diese Erweiterung vorhandener bzw. Schaffung neuer Tatbestände durch Harmonisierung der Gesetzgebung der einzelnen Staaten oder im Wege eines echten supranationalen Strafrechts erfolgt (näher dazu Dannecker JZ 1996, 869, 879; ders. ZStW 108 [1996], 577, 603; Perron ZStW 112 [2000], 202, 210; ders., Strafrechtsvereinheitlichung [Fn. 90], S. 135, 154; Satzger ZRP 2001, 549, 552 ff.; Schünemann [Fn. 67], S. 75, 79; Sieber SchwZStrR 114 [1996], 357, 393; Tiedemann, Roxin-Festschrift, 2001, S. 1401, 1411; Zieschang ZStW 113 [2001], 255, 260 ff.).

⁹³ Auch die Schaffung von allgemeinen Regelungen, die speziell auf Tatbestände zum Schutz der finanziellen Interessen der EU zugeschnitten sind (siehe dazu die Beiträge von Dannecker, Schünemann und Vogel sowie Cancio und Suárez in Tiedemann [Fn. 91], S. 91 ff.), ist vor diesem Hintergrund nur so lange unbedenklich, wie diese nichts weiter in Anspruch nehmen, als vor die Klammer bezogene Allgemeinaussagen für *einige wenige* Tatbestände zu sein, die der speziellen Problematik allein jener Tatbestände Rechnung tragen, für die sie entworfen sind. Die Regelungen werden in dem Augenblick problematisch, in dem sie wegen ihrer Adäquität für einen bestimmten beschränkten Bereich zugleich (relativ unüberprüft) als Modell auch für ganz andere Normbereiche bzw. das Strafrecht überhaupt apostrophiert werden (vgl. etwa Zieschang ZStW 113 [2001], 255, 258).

Veränderungen sind nach allem also auf den Bereich zu beschränken, in dem sie unverzichtbar sind; sie dürfen nicht zum Alibi werden, andere, gar nicht betroffene Bereiche „europäisch zu gestalten“ und damit der Sache „Strafrecht“ letztlich einen schlechten Dienst zu erweisen. Vor diesem Hintergrund sind gewisse Tendenzen der Diskussion um ein europäisches Strafrecht mit Sorge zu beobachten. Ich meine nicht nur die Versuche, Vereinheitlichungen des materiellen Rechts und auch des allgemeinen Prozessrechts großflächig anzuregen oder einzufordern, weil zu einem einheitlichen Europa eben auch ein einheitliches Strafrecht gehöre oder wünschenswert erscheine.⁹⁴ Weitaus gefährlicher und rechtsstrukturell geradezu heimtückisch ist das Ansinnen großflächiger Veränderungen, weil sonst gewisse prozessuale Institute, wie z. B. das Verbot nochmaliger Befassung mit dem in einem anderen europäischen Staat bereits abgeurteilten Sachverhalt oder die Anerkennung des Haftbefehls eines anderen Staates (sog. „Europäischer Haftbefehl“), nicht akzeptiert würden.⁹⁵ Bemühungen, auf diese Weise an sich wünschenswerte, aber wegen vorhandener Bedenken gegen fremde Strafrechtsordnungen oder deren Handhabung schwer realisierbare prozessuale Instrumente oder Institute durch deshalb angesonnene großflächige Änderungen der eigentlichen Kernbereiche des Strafrechts und Strafprozessrechts zu etablieren, sind mit Nachdruck abzulehnen. Indem sie durch die Hintertür bestimmter prozessualer Institute, also begrenzter Materien der (sekundären) Rechtsverwirklichungsrechte, großflächige Veränderungen des materiellen Rechts und zentraler (anderer) Teile des Prozessrechts einfordern, „zäumen“ sie nicht nur rechtsstrukturell „das Pferd vom Schwanz auf“⁹⁶, sondern missachten auch den Eigenwert und die Akzeptanzgebundenheit der eigentlichen Kernmaterien des Strafrechts und behandeln gewachsenes, volksverbundenes Recht in technokratischer Manier wie verfügbare Ware. Die einzig richtige Lösung besteht vielmehr darin, die offensichtlichen Akzeptanzprobleme⁹⁷ ernstzunehmen und ihnen im Rahmen der gewünschten prozessualen <269/270> Institute – dem sekundären Charakter des Prozessrechts entsprechend – durch sie berücksichtigende Kautelen Rechnung zu tragen.⁹⁸ Großflächige generelle Ände-

⁹⁴ Symptomatisch dafür etwa die Plädoyers für ein einheitliches europäisches Modellstrafgesetzbuch! Vgl. dazu – freilich in der Argumentation differenzierter – Sieber ZStW 103 (1991), 957ff.; ders. JZ 1997, 369ff.

⁹⁵ Der Richtung nach freilich zumindest angelegt in Art. 31 lit. c EUV, wonach das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit auch die Gewährleistung der Vereinbarkeit der jeweils geltenden Vorschriften der Mitgliedsstaaten untereinander einschließt, soweit dies zur Verbesserung der Zusammenarbeit erforderlich ist.

⁹⁶ So zutreffend Hassemer ZStW 116 (2004), 304, 317f.

⁹⁷ Beispielhaft dafür etwa die Beschlüsse deutscher Strafrechtslehrer (insbes. gegenüber dem Europäischen Haftbefehl), abgedruckt bei Schönemann GA 2004, 193, 203; ferner ders. StV 2003, 531ff. Siehe auch die Vorbehalte in der Entscheidung des BVerfGE 113, 273ff. = NJW 2005, 2289ff. = StV 2005, 505 = NStZ 2006, 104 m. Anm. Bosbach und Böhm NJW 2006, 2592 sowie Bespr. von Lagodny StV 2005, 515ff. und Vogel JZ 2005, 801ff.; ausführlich Scharkopf (Hrsg.), Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006.

⁹⁸ Siehe dazu schon oben Fn. 87. Dazu hätten – wie Vogel JZ 2005, 801, 803 mit Recht betont – im Falle des Europäischen Haftbefehls durchaus (wenngleich begrenzte), vom deutschen Gesetzgeber nur nicht ausgeschöpfte Möglichkeiten bestanden (siehe näher BVerfGE 113, 273, 300ff.).

rungen der eigentlichen Kernbereiche des Strafrechts zur Verbesserung der Akzeptanz wenig akzeptierter prozessualer Institute jedenfalls fügen in Wahrheit nur dem ersten Fehler unbedachten Vorpreschens (in Gestalt der „Verordnung“ der entsprechenden prozessualen Institute trotz fehlender Erfüllung ihrer materialen Voraussetzungen) einen für den Gesamtzustand des Strafrechts noch weit schlimmeren zweiten Fehler hinzu. Und sie sind – hiervon abgesehen – in der Regel auch ganz ungeeignet, das eigentliche Problem der fehlenden Akzeptanz zu lösen. Die in der Ablehnung mancher prozessualer Institute (oder in der ihnen gegenüber bestehenden Skepsis) zum Ausdruck kommende fehlende Akzeptanz der Strafrechtspflege gewisser anderer Staaten lässt sich nicht dadurch beheben, dass man allen Staaten im Kernbereich des Strafrechts eine einheitliche Mixtur gibt, die keinen wirklich zufriedenstellt.⁹⁹ Dies nicht zuletzt deshalb, weil die fehlende Akzeptanz nicht selten weniger mit Inhalten der geschriebenen Strafrechtsordnungen als vielmehr mit Missständen der Anwendungskultur des Strafrechts gewisser Staaten zu tun hat¹⁰⁰ und überdies häufig in nicht einfach verfügbaren Inhalten nur des positiven Rechts, sondern in tief verwurzelten Unterschieden im Bereich der Wertvorstellungen gründet.¹⁰¹ Der Gedanke einer besseren Erfüllung der Aufgaben des Strafrechts selbst vermag dessen großflächige europäische Vereinheitlichung in den eigentlichen Kernbereichen nach allem also nicht zu tragen; er rechtfertigt nur begrenzte und punktuelle, allenfalls segmenthafte Veränderungen. Das führt zur Frage, ob es nicht vielleicht andere gewichtige Gründe gibt, die eine umfassendere Vereinheitlichung des Strafrechts, zumindest weiter Parteien, zwingend erfordern.

4. Legitimierbarkeit der Veränderungen des Strafrechts zur Erreichung der Ziele der Europäischen Gemeinschaften?

Solche Gründe könnten in den *Zielen der Europäischen Gemeinschaften* (unter Einschluss der Europäischen Union) liegen. Ihre Erreichung könnte es notwendig machen, nationale Unterschiede auch im Strafrecht zu beseitigen. Argumentationen dieser Art sind der Motor der Vereinheitlichung erheblicher Bereiche des Zivilrechts und des Öffentlichen Rechts in Europa. Fordern sie nicht auch im Strafrecht

⁹⁹ Erst recht nicht natürlich dadurch, dass man Staaten mit z. T. unterschiedlicher Rechtskultur einfach dazu zwingt, ihre Bedenken gegenüber dem Abgelehnten zurückzustellen. Eingehend und kritisch zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung *Nestler* ZStW 116 (2004), 332, 334 ff.; zu den unerlässlichen Sachvoraussetzungen des Prinzips *Gleß* ZStW 116 (2004), 353 ff., 356 f. und *Fuchs* ZStW 116 (2004), 368 ff.

¹⁰⁰ Sehr viel sachgerechter daher die Bemühungen, z. B. durch Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union diesen Defiziten entgegenzutreten und so allmählich die Basis für eine sachgerecht dimensionierte gegenseitige Anerkennung zu schaffen; siehe dazu *Vogel/Matt* StV 2007, 206 ff.

¹⁰¹ Die trotz der immer wieder beschworenen kulturellen Einheit oder Gemeinsamkeit Europas (vgl. *Schünemann* und *Sieber* [Fn. 67]) und der unbestreitbaren Anerkennung gewisser Grundwerte (eingehend oben II.) jedenfalls in Abwägungs- und Kollisionsfragen, im Bereich der Interventionsschwellenwerte und des Strafmaßes unbestreitbar sind und sich staatstheoretisch nicht einfach unter Verweis auf ein erwünschtes gemeinsames Europa zur Seite schieben lassen.

– ganz allgemein – eine stärkere Einheitlichkeit? <270/271> Wir können uns insoweit kürzer fassen. Dies nicht nur deshalb, weil es im Rahmen einer rechtsphilosophischen Betrachtung nicht darum gehen kann, in die Auslegung der einzelnen Ziele der Gemeinschaftsverträge und die Tragweite ihrer Kompetenzvorschriften¹⁰² einzutreten, wir uns vielmehr auf einige grundsätzliche Überlegungen beschränken müssen. Die Bemerkungen können auch deshalb knapper ausfallen, weil die für eine etwaige (großflächige) Vereinheitlichung des Strafrechts vor allem in Betracht kommende Zielsetzung der Gemeinschaft, nämlich die Schaffung „eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“¹⁰³, der Sache nach im Wesentlichen schon behandelt ist.

Tatsächlich kann sich doch hinter der Zielvorstellung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, soweit es um die Bedrohung dieses Raumes durch Dritte geht, für das Strafrecht sinnvoller- und legitimerweise kaum etwas anderes verbergen als die geläufige strafrechtliche Aufgabe des Rechtsgüterschutzes bzw. der Stabilisierung des insoweit schützenden Rechts durch Strafe.¹⁰⁴ Die Anerkennung dieses Zieles als Richtschnur für eigenes Handeln verpflichtet nun zwar den, der sich zu diesem Ziel und seiner Verwirklichung bekannt hat, ersichtliche Defizite des eigenen Strafrechts im Blick auf die Zielerreichung zu beheben – und berechtigt die Gemeinschaft, der gegenüber die Verpflichtung übernommen ist, dies zu fordern.¹⁰⁵ Denkbar ist dies etwa dann, wenn ein Staat gegenüber bestimmten (z. B. neuen) Formen der Kriminalität, die in den anderen Staaten, bisheriges Strafrecht fortschreibend, pönalisiert und verfolgt werden, untätig bleibt oder lediglich Maßnahmen ergreift, die in ihrer Wirkung weit hinter dem Schutzniveau zurückbleiben, das (beim Vertragsschluss) von den Vertragsparteien vorausgesetzt

¹⁰² Siehe dazu statt vieler *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, insbes. S. 90ff., sowie die Kommentare insbes. zu Art. 2 und 29ff. EUV sowie Art. 2 und 280 EGV; mit Blick auf den Vertrag über die Europäische Verfassung z. B. *Weigend ZStW 116* (2004), 275, 279 ff.; *Dannecker ZStW 117* (2005), 697, 741 ff.; *Walter ZStW 117* (2005), 912, 914 ff. m. w. N.

¹⁰³ Vgl. Art. 2, 4. Spiegelstrich, und Art. 29 Abs. 1 EUV. Zur Problematik und Unklarheit dieser Ziele, insbes. auch im Blick auf eine etwaige Dominanz des Sicherheitsaspekts, vgl. vor allem *Weigend ZStW 116* (2004), 275, 276f.; *Hassemer ZStW 116* (2004), 304, 310ff. und *Dannecker ZStW 117* (2005), 697, 741.

¹⁰⁴ Natürlich sind auch andere Aspekte angesprochen (und zwar auch über die Gewährleistung von Sicherheit gerade durch die Mittel des Strafrechts hinaus). So ist beim Einsatz des Strafrechts selbstverständlich stets auch Sorge für die Wahrung der Rechte der Betroffenen und der am Verfahren Beteiligten und ihre Freiheiten zu tragen (siehe nur die Nachw. in Fn. 103 und *Zoll ZStW 117* [2005], 749, 755 f.) – was, in Ergänzung zum oben Gesagten, nicht weniger *dies* gewährleistende Maßnahmen fordert und (etwa in Gestalt von Mindeststandards zum Verfahren) Grund für Vereinheitlichungen sein kann.

¹⁰⁵ Wobei es im Rahmen dieser grundsätzlichen Überlegungen eine nachrangige, von den Einzelheiten des positiven Rechts abhängige Frage ist, wer innerhalb der Gemeinschaften (z. B. die Kommission oder der Rat) Entsprechendes fordern darf und insoweit Anweisungskompetenz besitzt (dazu *EuGH v. 13. 9.2005*, *EuZW 2005*, 632 ff.; *Kubiciel NStZ 2007*, 136 ff.; *Tiedemann ZStW 116* [2004], 945, 956 f.), in welcher Form (Richtlinien, Rahmenbeschlüsse usw.; zu den Instrumentarien nach dem Verfassungsvertrag vgl. *Walter ZStW 117* [2005], 912, 914 ff.) die Anweisung erfolgt und wie intensiv bei alledem die Bindung des nationalen Gesetzgebers sein darf (dazu z. B. *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 184 ff., 367 ff.).

wurde.¹⁰⁶ Ebenso klar ist freilich ein Zweites: Dass die Staaten, die bei Vertragsschluss davon ausgehen, jenen angestrebten Zustand der Sicherheit (des Rechts und der Freiheit) nach dem Inhalt und der Gestalt ihres Strafrechts im Großen und Ganzen zu erfüllen, mit dem Bekenntnis zu dem genannten Ziel keine Pauschalverpflichtung zu globaler Vereinheitlichung unter dem Titel eines „Raumes der Sicherheit“ eingehen bzw. eine entsprechende Pauschalermächtigung geben wollen. Das gilt umso mehr, wenn sie im Zusammenhang <271/272> mit der Anerkennung des Zieles das Problem etwa notwendiger Vereinheitlichung zum Zweck der Zielerreichung selbst gesehen und angesprochen und das insoweit in Betracht kommende Feld dabei thematisch begrenzt haben.¹⁰⁷ Bei dieser Sachlage wäre es abwegig, dem Bekenntnis zu dem Ziel und zu seiner Verwirklichung eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer umfassenden Vereinheitlichung des Strafrechts der Mitgliedsstaaten entziehen und den Instanzen der Gemeinschaft die Befugnis zur Herbeiführung solcher Änderungen zusprechen zu wollen. Die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Vereinheitlichung und die Befugnis, sie herbeizuführen, sind vielmehr – zumindest im Wesentlichen¹⁰⁸ – auf jenen Bereich beschränkt, innerhalb dessen die Vertragsparteien selbst Vereinheitlichungsbedarf als möglich erkannt und der etwaigen Vereinheitlichung grundsätzlich zugestimmt haben. Bezogen auf das Ziel eines Raumes der Sicherheit sind dies bestimmte Formen der Kriminalität bzw. die darauf bezogenen Vorschriften, die schon früher aus der Natur der Sache heraus als harmonisierungsbedürftig erkannt wurden,¹⁰⁹ sowie gewisse Bereiche des Prozessrechts, die im Interesse effizienterer Verfolgung der Vereinheitlichung bedürfen. Von einer Legitimation zu einer umfassenden Vereinheitlichung des Strafrechts durch das Bekenntnis zum genannten Ziel der Sicherheit kann somit keine Rede sein.

Nun ist die Schaffung eines Raumes der Sicherheit, des Rechts und der Freiheit nicht das einzige Ziel der Europäischen Gemeinschaften – es ist noch nicht einmal das im Vordergrund stehende. Im Vordergrund stehen Ziele wie die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes samt der Gewährleistung von Freizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit,¹¹⁰ von erheblicher Bedeutung als Ziel ist daneben z. B. der Schutz und die Erhaltung der Umwelt.¹¹¹ Auch diese Ziele können den Einsatz von Strafrecht durch den fordern, der sich zu

¹⁰⁶ Äußerlich etwa an dem sichtbar, was diese anderen Staaten ihrerseits gegenüber den entsprechenden Formen der Kriminalität unternehmen.

¹⁰⁷ Wie dies in den Art. 29 und 31 EUV und ebenso in den Art. III–270 bzw. 271 des Verfassungsvertrags – ungeachtet aller Formulierungsschwächen und Unklarheiten (dazu z. B. *Walter ZStW* 117 [2005], 912, 924 ff.) – tatsächlich geschehen ist.

¹⁰⁸ Auf die Frage einer möglichen Erweiterung auf der Linie der Begrenzungen (z. B. bei vergleichbaren neuen Formen der Kriminalität) kann hier nicht eingegangen werden. Siehe dazu z. B. *Walter ZStW* 117 (2005), 912, 928 f.; *Bacigalupo ZStW* 116 (2004), 326, 329; *Weigend ZStW* 116 (2004), 275, 283 f.

¹⁰⁹ Also vor allem die Sachverhalte mit transnationalem Bezug und die Fälle grenzüberschreitender Kriminalität (oben 3.).

¹¹⁰ Vgl. etwa Art. 2, 18, 39 ff. und 43 ff. EGV sowie Art. 2, 1. Spiegelstrich EUV.

¹¹¹ Vgl. etwa Art. 2, 175 EGV.

diesen Zielen bekannt und auf sie verpflichtet hat.¹¹² Und sie können auch eine relative Einheitlichkeit des insoweit notwendigen Strafrechts fordern (und damit zugleich die Beseitigung gewisser Divergenzen). Der Fall ist dies z. B. dann, wenn die gemeinsam anerkannte Erhaltung oder Verbesserung der Umwelt (oder die Gewährleistung bestimmter wirtschaftlicher Abläufe, Institutionen usw.) nur dadurch erreicht werden können, dass bestimmte (deshalb von der Gemeinschaft verbotene) Verhaltensweisen unterbleiben, und dies wiederum ohne den Einsatz von Strafe nicht erreichbar ist¹¹³ – wobei all das, damit Einheitlichkeit erforderlich ist und erwartet werden darf, <272/273> freilich einheitlich für das gesamte Gemeinschaftsgebiet gelten muss. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so darf von denen, die sich zur Mitwirkung an diesen Zielen verpflichtet haben, solcher für die Zielverwirklichung erforderlicher Strafeinsatz erwartet werden und ist dementsprechend auch die von der Gemeinschaft artikulierte Anweisung, dies zu tun, legitim¹¹⁴ – wobei es dann aus grundsätzlicher Sicht eine zweitrangige, mit der positivistischen Organisation und der Kompetenzverteilung in den Gemeinschaften zusammenhängende Frage ist, welche Institution der Gemeinschaft(en) die Anweisungskompetenz besitzt und in welcher Form sie handelt.¹¹⁵ Freilich: All das gilt nur, wenn die in der Verpflichtung auf das Ziel vernünftigerweise mitgedachten Voraussetzungen einer Pflicht in concreto wirklich gegeben sind – was nur dann der Fall ist, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen durch Fakten belegt wird, die von den Beteiligten vernünftigerweise als ausreichende Belege anerkannt werden müssen.¹¹⁶

Es mag dahinstehen, ob und inwieweit diese Voraussetzungen, insbesondere auch gemeinschaftsweit, auf jenen Feldern erfüllt sind, auf denen man gegenwärtig über notwendige Vereinheitlichungen streitet.¹¹⁷ Sicher ist jedenfalls, dass sich auch aus derartigen, von den Mitgliedsstaaten anerkannten Verpflichtungen nur segmenthafte Verpflichtungen zur Mitwirkung an Vereinheitlichungen des Strafrechts ergeben können. Dies nicht nur, weil der Katalog der Ziele der Gemeinschaften

¹¹² Unabhängig von positivistischen Einzelheiten der Verträge aus rechtsgrundsätzlicher Sicht daher prinzipiell zutreffend die Rspr. des EuGH, vgl. z. B. EuGH Slg. 1989, S. 2965 ff. („griechischer Mais“) Rn. 23 ff. und zu dieser Rspr. m. w. N. Böse, Strafe und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 409 ff.; Schröder (Fn. 105), S. 180 ff.

¹¹³ Im Ausgangspunkt zutreffend mit Bezug auf den Schutz der Umwelt insoweit EuGH C-176/03 v. 13.9.2005, EuZW 2005, 632 ff. m. Anm. und Bespr. von Wegener/Greenwalt ZUR 2005, 585; Hefendehl ZIS 2006, 161; Böse GA 2006, 211; Heger JZ 2006, 310; Weiß ZEuS 2006, 381 und Kubiciel NSTz 2007, 136; siehe auch für den einheitlichen Wirtschaftsraum Tiedemann, Roxin-Festschrift, S. 1401, 1412 f. und die Konkretisierungen in dem von Tiedemann herausgegebenen Sammelband (Fn. 91), S. 199 ff. sowie bei Dannecker ZStW 117 (2005), 697, 704 ff.

¹¹⁴ Übereinstimmend Kubiciel NSTz 2007, 136 ff.

¹¹⁵ Zu dieser Frage i. S. einer sich aus Art. 175 EGV ergebenden Annexkompetenz der Gemeinschaft die oben Fn. 105 und 113 genannte Entscheidung des EuGH.

¹¹⁶ I. S. einer Notwendigkeit solcher Belegung durch Fakten mit Recht Hassemer ZStW 116 (2004), 304, 313 f.; Walter ZStW 117 (2005), 912, 928 f.; die Gefahr, dass das nicht geschieht, und die in diesem Zusammenhang auftauchenden Probleme sind treffend bei Weigend ZStW 116 (2004), 275, 280 f. beschrieben.

¹¹⁷ Also z. B. im Bereich des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt (oben Fn. 113) oder hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Mindestgarantien (oben Fn. 87 a. E.).

selbst thematisch begrenzt ist und damit schon deshalb nur ein thematisch begrenzter Katalog von Deliktstypen betroffen sein kann. Unübersehbar ist vor allem auch, dass sich weite Bereiche des Prozessrechts (allgemeine Verfahrensstruktur, Organisation) und vor allem die meisten Regeln des Allgemeinen Teils, nicht zuletzt wegen ihrer partiellen Relativierbarkeit im Besonderen Teil, „effizienzneutral“ verhalten.¹¹⁸

¹¹⁸ Beispielhaft: Ob der ein bestimmtes Verbot Verletzende die gleiche Strafe als Täter oder als Anstifter erhält, ist ebenso effizienzneutral wie die Frage, ob der Verurteilung ein angemessenes adversatorisches oder inquisitorisches Verfahren vorausgeht.