

NOMOSLEHRBUCH

Kindhäuser | Zimmermann

Strafrecht Allgemeiner Teil

10. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
Prof. Dr. Till Zimmermann
Universität Trier

Strafrecht

Allgemeiner Teil

10. Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-7659-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-1035-0 (ePDF)

10. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Dieses Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts versteht sich als eine komprimierte, den Examensstoff abdeckende Darstellung der allgemeinen Straftatlehre, die sich gleichermaßen zur Einführung wie auch zur Wiederholung eignet. Im Vordergrund steht die Erläuterung der strafrechtlichen Fachsprache und der einzelnen Prüfungsschritte nach Maßgabe der Logik des Deliktsaufbaus. Diesem Hauptteil, mit dem das „technische“ Studium beginnt, sind Ausführungen zur sozialen Funktion des Strafrechts, zu den (verfassungs-)rechtlichen Prämissen und zur Methodologie vorausgeschickt. Auf solche Vorüberlegungen ist nicht selten zurückzugreifen, wenn es gilt, Argumente zur Entscheidung von Streitfragen zu gewinnen. Ein besonderes Anliegen dieses Lehrbuchs besteht darin, die Leserinnen und Leser zu einem fundierten Verständnis dogmatischer Zusammenhänge zu befähigen und dadurch mit dem für eine erfolgreiche Juristenausbildung unabdingbaren Rüstzeug auszustatten.

Mein Doktorvater *Urs Kindhäuser* hat dieses Lehrbuch 2005 begründet und danach in sieben weiteren Auflagen als Alleinautor und zuletzt als Mitautor verantwortet. Mit der vorliegenden Neubearbeitung übernehme ich erstmals die Alleinverantwortung. Das Buch ist umfassend aktualisiert und an einigen Stellen inhaltlich umgearbeitet worden. Im Hintergrund steht aber weiterhin *Urs Kindhäusers* Vorstellung von einem für das Studium hilfreichen Lehrbuch: Es muss gründlich über den zu vermittelnden Stoff auf dem aktuellen Diskussionsstand informieren, sollte aber zugleich auch einen angemessenen Umfang nicht überschreiten. Anregungen und Kritik sind willkommen (per E-Mail an till.zimmermann@uni-trier.de).

Für die herausragende Unterstützung bedanke ich mich herzlich bei meinem Lehrstuhl-Team, namentlich *Michelle Abraham, Laura Bales, Mona Bales, Julian Brockhues, Jana Graf, Fabio Griesar, Johanna Immig, Aline Nau* und *Franziska Terlinden*.

Trier, im Sommer 2021

Till Zimmermann

Inhalt

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	23

A. DAS STRAFGESETZ

Erster Abschnitt: Das Strafrecht im Rechtssystem 31

§ 1 Der strafrechtlich relevante Konflikt	31
I. Abgrenzungen	31
1. Definitionen	31
2. Stellung im Rechtssystem	32
II. Erfassung des Konflikts	33
III. Entscheidung des Konflikts	34
1. Strafverfahren	34
2. Urteil und Gutachten	35
3. Zweispurigkeit der Rechtsfolgen	35
4. Strafen	36
5. Maßregeln	37
6. Einziehung	37
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	37
§ 2 Zur Legitimation des Strafrechts	38
I. Die strafrechtlichen Normen	38
1. Begriff	38
2. Verhaltens- und Sanktionsnormen	38
II. Zur Legitimation der Verhaltensnormen (Rechtsgüterschutz)	39
III. Zur Legitimation der Sanktionsnormen (Strafe)	40
1. Absolute Theorien	40
2. Relative Theorien	41
3. Vereinigungstheorie	43
IV. Das Verhältnis von Strafrecht und Moral	43
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	44

Zweiter Abschnitt: Gesetzlichkeit und Geltung des Strafrechts 45

§ 3 Die Gesetzlichkeit des Strafrechts (Tatbestandsfunktionen)	45
I. Gesetzlichkeitsprinzip	45
II. Garantiefunktionen und Auslegung	45
1. Verbot des Gewohnheitsrechts	45
2. Das Rückwirkungsverbot	46
3. Das Bestimmtheitsgebot	46
4. Analogieverbot und Auslegung	46
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	48

Inhalt

§ 4	Der Geltungsbereich des StGB	49
	I. Zeitliche Geltung, Tatzeit und Tatort	49
	1. Grundregel und Modifikationen	49
	2. Tatzeitpunkt	49
	3. Tatort	50
	II. Räumliche und personelle Geltung	51
	1. Strafanwendungsrecht	51
	2. Geltungsprinzipien	51
	III. Gutachten	52
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	53
B. ALLGEMEINE STRAFTATLEHRE		
<hr/>		
§ 5	Die Straftat als Normwiderspruch	54
	I. Wissenschaftliche Zwecksetzung	54
	II. Der Normwiderspruch	54
	1. Begriff und Deliktsaufbau	54
	2. Handlungs- und Antriebssteuerung	55
	III. Handlungstheorien	56
	1. Kausale Lehre	56
	2. Finale Lehre	56
	3. Soziale und personale Lehre	57
	4. Intentionale Normbefolgungsfähigkeit	57
	IV. Gutachten	58
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	59
§ 6	Der Deliktsaufbau	60
	I. Die rechtswidrige und schuldhafte Tat	60
	1. Unrecht und Schuld	60
	2. Feststellung des Unrechts	60
	3. Feststellung der Schuld	61
	4. Zwei- oder dreistufiger Deliktsaufbau	62
	II. Objektive Strafbarkeitsbedingungen	64
	III. Persönliche Strafausschließungs-, Strafaufhebungs- und Strafeinschränkungsgründe	65
	1. Persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe	65
	2. Persönliche Strafeinschränkungsgründe	65
	IV. Prozessvoraussetzungen, insbesondere Strafantrag	66
	1. Prozessvoraussetzungen	66
	2. Antragsdelikte	66
	V. Gutachten	67
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	68
§ 7	Handeln für einen anderen	69
	Wiederholungs- und Vertiefungsfrage	70

C. DAS VORSÄTZLICHE BEGEHUNGSDELIKT

Erster Abschnitt: Grundlagen der Tatbestandslehre	71
§ 8 Begriff und Formen des Deliktstatbestands	71
I. Begriff und Abgrenzung	71
1. Funktion und Herkunft	71
2. Gesamttatbewertende Merkmale	72
3. Tatbestand und Rechtswidrigkeit	72
4. Weitere Begriffsverwendungen	73
II. Tatbestandsabwandlungen	73
1. Grundtatbestand, Qualifikation und Privilegierung	73
2. Regelbeispiele	73
3. Delictum sui generis	74
III. Deliktstypen	74
1. Begehungs- und Unterlassungsdelikte	75
2. Allgemein- und Sonderdelikte	75
3. Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte	75
4. Verletzungs- und Gefährdungsdelikte	76
5. Eigenhändige Delikte	77
6. Dauerdelikte	77
7. Zustandsdelikte	78
8. Unternehmensdelikte	78
IV. Verbrechen und Vergehen	78
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	79
§ 9 Der Inhalt des Deliktstatbestands	80
I. Objektiver und subjektiver Deliktstatbestand	80
1. Begriff und Funktion	80
2. Handlungs- und Erfolgsunrecht	81
II. Typen von Tatbestandsmerkmalen	81
1. Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale	81
2. Blankettmerkmale	82
III. Vollendung, Versuch, Beendigung	83
1. Definitionen	83
2. Gutachten	83
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	83
Zweiter Abschnitt: Der objektive Deliktstatbestand	84
§ 10 Erfolg, Handlung und Kausalität	84
I. Die strafrechtliche Funktion der Kausalität	84
1. Funktionaler Kausalbegriff	84
2. Rechtsgüterschutz	84
3. Begriff des Erfolgs	85
4. Zeitliche Perspektive	85

Inhalt

II. Der Kausalitätsnachweis	86
1. Äquivalenz- oder Bedingungstheorie	87
2. Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung	87
3. Modifizierte condicio-sine-qua-non-Formel	88
III. Einzelfragen	89
1. Konkreter Erfolg und hypothetische Kausalverläufe	89
2. Äquivalenz und atypische Verläufe	90
3. Überholende und abgebrochene Kausalverläufe	91
4. Kumulative Kausalität	92
5. Alternative Kausalität (Doppelkausalität)	92
6. Abbruch rettender Kausalverläufe	94
7. Gremienentscheidungen	94
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	95
§ 11 Objektive Zurechnung beim Erfolgsdelikt	96
I. Kausalität und objektive Zurechnung	96
II. Gegenstand der objektiven Zurechnung	97
III. Ursache und Risiko	98
1. Risikobegriff	98
2. Konkrete Risiken und übliches Sozialverhalten	99
3. Hypothetische Schadensverläufe	100
4. Risikoverringerung	101
5. Schutzzweck der Norm	103
IV. Risikozuständigkeit	104
1. Grundsatz	104
2. Eigenverantwortlichkeitsprinzip	104
3. Voraussetzungen	105
4. Phase der Gefahrrealisierung	107
5. Verbotene Mitwirkung	108
V. Eingreifen Dritter	108
1. Regressverbot	108
2. Folgerisiken	111
3. Retterfälle	113
VI. Gutachten	114
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	115
§ 12 Einwilligung	116
I. Allgemeines	116
1. Begriff	116
2. Deliktssystematische Einordnung	116
3. Bezug	118
II. Wirksamkeit	118
1. Voraussetzungen	118
2. Bedingungen	119
3. Stellvertretung	119
4. Widerruf	120
5. Willensmängel	120

Inhalt

III. Abgrenzung: Einverständnis	122
1. Begriff	122
2. Voraussetzungen	123
IV. Einverständliche Fremdgefährdung	128
1. Begriff	128
2. Einordnung	129
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	130
Dritter Abschnitt: Der subjektive Deliktstatbestand	131
§ 13 Der Vorsatz	131
I. Allgemeines	131
1. Bedeutung	131
2. Elemente des Vorsatzes	132
3. Deliktssystematische Einordnung	133
II. Zeitpunkt und Gegenstand der Vorsatzzurechnung	133
1. Zeitpunkt	133
2. Gegenstand	134
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	135
§ 14 Arten des Vorsatzes	136
I. Absicht und direkter Vorsatz	136
1. Absicht	136
2. Direkter Vorsatz (dolus directus)	137
II. Bedingter Vorsatz	138
1. Grundlagen	138
2. Zum Meinungsstand	138
3. Folgerungen und Definition	143
III. Verbindung mehrerer Vorsätze und dolus generalis	145
1. Dolus cumulativus und alternativus	145
2. Dolus generalis	146
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	146
Vierter Abschnitt: Rechtswidrigkeit	147
§ 15 Grundlagen	147
I. Allgemeines	147
1. Begriff	147
2. Begründung und Geltungsbereich	147
3. Gutachten	149
II. Der Erlaubnistatbestand	149
III. Wichtige Rechtfertigungsgründe	150
1. Grundsatz	150
2. Überblick	150
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	151

Inhalt

§ 16 Notwehr	152
I. Allgemeines	152
1. Begriff	152
2. Voraussetzungen und Gutachtenaufbau	152
II. Notwehrlage	153
1. Angriff	153
2. Gegenstand	154
3. Gegenwärtigkeit	155
4. Rechtswidrigkeit	157
III. Notwehrhandlung	158
1. Verteidigung	159
2. Erforderlichkeit	159
3. Gebotenheit	161
IV. Subjektive Rechtfertigung	166
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	167
§ 17 Rechtfertigender Notstand	168
I. Begriff und Systematik	168
1. Begriff	168
2. Systematik	168
3. Rechtfertigender und entschuldigender Notstand	168
II. Der rechtfertigende Notstand (§ 34)	169
1. Allgemeines	169
2. Notstandslage	170
3. Notstandshandlung	171
4. Subjektive Rechtfertigung	176
5. Gutachtenaufbau	176
III. Der zivilrechtliche aggressive Notstand (§ 904 BGB)	177
IV. Der defensive Notstand (§ 228 BGB, § 34)	177
1. Begriff und Voraussetzungen	177
2. Rechtsgrundlage	178
3. Gutachtenaufbau	178
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	179
§ 18 Rechtfertigende Pflichtenkollision	180
I. Allgemeines	180
II. Voraussetzungen	180
III. Pflichtverletzung	181
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	181
§ 19 Mutmaßliche Einwilligung	182
I. Allgemeines	182
II. Anwendungsbereich	182
1. Voraussetzungen	182
2. Fallgruppen	183
3. Ermittlung des mutmaßlichen Willens	184
III. Abgrenzung zur hypothetischen Einwilligung	184
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	186

Inhalt

§ 20 Sonstige Rechtfertigungsgründe	187
I. Vorläufige Festnahme (§ 127 Abs. 1 StPO)	187
1. Tat	187
2. Tatfrische	188
3. Mittel der Festnahme	188
4. Subjektive Rechtfertigung	189
II. Zivilrechtliche Selbsthilfe	189
1. §§ 229, 230 BGB	189
2. Weitere Selbsthilferegeln	189
III. Zusendung unbestellter Leistungen (§ 241a BGB)	189
IV. Züchtigungs- und Erziehungsrecht	190
1. Erziehungs- und Sorgerecht	190
2. Schule und Berufsausbildung	191
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	191
 Fünfter Abschnitt: Schuld	 192
§ 21 Grundlagen	192
I. Das Schuldprinzip	192
II. Der Schuldbegriff	192
1. Die Mehrdeutigkeit des Schuldbegriffs	192
2. Schuld im formellen Sinne	193
3. Schuld im materiellen Sinne	193
III. Der Schuldtatbestand	195
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	196
§ 22 Schuldfähigkeit	197
I. Allgemeines	197
II. Schuldunfähigkeit nach § 20	197
1. Zweistufige Merkmalsanordnung	197
2. Rauschzustände	198
III. Einschränkungen	199
IV. Anwendung	199
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	199
§ 23 Actio libera in causa	200
I. Allgemeines	200
1. Grundsätze	200
2. Koinzidenzprinzip	200
II. Das Ausnahmemodell	201
1. Konstruktion	201
2. Einwände	201
III. Das Tatbestandsmodell	202
1. Konstruktionen	202
2. Einwände	202
IV. Folgerungen	203
1. Verfassungswidrigkeit	203

Inhalt

2. Differenzierende Betrachtung	204
3. Rückgriff auf § 323a	204
V. Gutachten	204
1. Aufbauprobleme	204
2. Gutachtaufbau	205
VI. Actio libera in causa und § 21	206
VII. Actio libera in causa beim Fahrlässigkeitsdelikt	207
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	207
§ 24 Entschuldigender Notstand	208
I. Allgemeines	208
II. Voraussetzungen	208
1. Notstandslage	208
2. Notstandshandlung	209
3. Keine Zumutbarkeit	209
4. Rettungswille	210
III. Anwendung	211
IV. Unzumutbarkeit und übergesetzlicher Notstand	211
1. Unzumutbarkeit normgemäßen Handelns	211
2. Übergesetzlicher Notstand (§ 35 analog)	212
3. Religiöse Gewissenskonflikte	212
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	212
§ 25 Notwehrexzess	213
I. Allgemeines	213
II. Der intensive Notwehrexzess	213
III. Der extensive Notwehrexzess	215
IV. Der personale Notwehrexzess	216
V. Subjektive Tatseite	216
VI. Putativnotwehrexzess	217
VII. Anwendung	217
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	218
Sechster Abschnitt:Irrtumslehre	219
§ 26 Grundlagen	219
I. Allgemeines	219
1. Irrtumsformen	219
2. Gegenstand des Irrtums	220
3. Rechtsfolgen des Irrtums	220
II. Irrtümer über sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen	221
III. Schematischer Überblick	222
IV. Gutachten	224
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	224

Inhalt

§ 27 Tatumstandsirrtum	225
I. Gesetzliche Regelung	225
1. § 16 Abs. 1	225
2. § 16 Abs. 2	225
II. Gegenstand des Irrtums	226
1. Begriff des Tatumstands	226
2. Abgrenzung zum Subsumtionsirrtum	226
3. Normative Tatumstände	230
4. Tatbestandsalternativen	232
5. Tatumstands- und Verbotsirrtum im Gutachten	232
III. Einzelfragen	233
1. Error in persona vel objecto	233
2. Irrtum über den Kausalverlauf	234
3. Irrtum über den Vollendungszeitpunkt	236
4. Aberratio ictus	237
5. Irrtum bei der actio libera in causa	240
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	240
§ 28 Verbotsirrtum und Irrtum über Entschuldigungsgründe	241
I. Der Verbotsirrtum	241
1. Schuld- und Vorsatztheorie	241
2. Unrechtsbewusstsein	242
II. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums	243
III. Der Irrtum über Entschuldigungsgründe	244
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	245
§ 29 Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen	246
I. Systematik	246
II. Verkenntung einer Rechtfertigungslage	247
III. Der Erlaubnistatumstandsirrtum	248
1. Begriff	248
2. Deliktssystematische Einordnung	248
3. Folgerungen	252
4. Gutachten	252
5. Irrtümer über die Eigenschaften normativer Erlaubnistatbestandsmerkmale	253
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	253
Siebter Abschnitt: Versuch	254
§ 30 Grundlagen	254
I. Allgemeines	254
1. Begriff	254
2. Gutachtaufbau	254
3. Strafwürdigkeit	255
II. Formen des Versuchs	256
1. Tauglicher und untauglicher Versuch	256

Inhalt

2. Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt	258
3. Versuch von Regelbeispielen	258
4. Fahrlässiger Versuch	259
III. Versuch und Wahndelikt	259
1. Abgrenzung	259
2. Normative Tatbestandsmerkmale	260
3. Sonderdelikte	261
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	262
§ 31 Vorbereitung und Versuch	263
I. Allgemeines	263
II. Tatentschluss	265
1. Begriff	265
2. Unbedingtheit	265
3. Vorsatzform	266
III. Unmittelbares Ansetzen	266
1. Voraussetzungen	266
2. Abgrenzung	267
IV. Versuchsbeginn bei der actio libera in causa	268
1. Ausnahmmodell	268
2. Tatbestandsmodell	269
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	269
§ 32 Rücktritt vom Versuch	270
I. Allgemeines	270
1. Grundlagen	270
2. Normzweck	270
3. Tätige Reue	271
II. Bestimmung der Versuchseinheit	271
1. Ausgangspunkt Tatbegriff	271
2. Zeitliche Grenze	271
3. Maßgeblicher Betrachtungszeitpunkt	272
4. Gutachten	273
III. Rücktrittsrelevante Versuchsformen	274
1. Fehlgeschlagener Versuch	274
2. Unbeendeter und beendeter Versuch	275
3. Überblick	276
IV. Rücktritt vom unbeendeten Versuch	276
1. Zum unbeendeten Versuch	276
2. Aufgeben der Tat	279
3. Freiwilligkeit	280
V. Rücktritt vom beendeten Versuch	281
1. Beendeter und nicht fehlgeschlagener Versuch	282
2. Verhindern der Vollendung	282
3. Einzelaktstheorie	282
VI. Rücktritt bei ernsthaftem Bemühen	283

Inhalt

VII.	Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten	283
1.	Fallgruppen	283
2.	Voraussetzungen	284
VIII.	Einzelfragen	285
1.	Rücktritt bei objektiv nicht zurechenbarem Erfolg	285
2.	Rücktritt vom qualifizierten Versuch	285
3.	Erfolgsqualifizierte Delikte	286
4.	Unternehmensdelikte	287
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	287
D. DAS FAHRLÄSSIGE BEGEHUNGSDELIKT		
<hr/>		
§ 33	Fahrlässigkeit	288
I.	Allgemeines	288
1.	Strafbarkeit	288
2.	Fahrlässigkeitsformen	288
3.	Funktion der Fahrlässigkeitshaftung	289
4.	Begriff und historische Entwicklung	290
II.	Die Merkmale der Fahrlässigkeitstat	291
1.	Überblick	291
2.	Gliederung	292
III.	Das zweistufige Fahrlässigkeitsmodell	293
1.	Tatbestandsmerkmale	293
2.	Sorgfaltsgemäße Vorhersehbarkeit	295
3.	Sorgfaltsgemäße Vermeidbarkeit	296
4.	Erlaubte Risiken und Vertrauensgrundsatz	297
5.	Erlaubt riskantes Alternativverhalten	299
6.	Die subjektiven Handlungselemente der Fahrlässigkeit	302
IV.	Das einstufige Fahrlässigkeitsmodell	303
1.	Kritik des zweistufigen Modells	303
2.	Individuelle Vermeidbarkeit	303
V.	Rechtswidrigkeit	305
VI.	Schuld	306
1.	Zumutbarkeit	306
2.	Allgemeine Schulderfordernisse	307
3.	Notwehrexzess	307
VII.	Gutachten: Der Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts	307
1.	Das zweistufige Fahrlässigkeitsmodell	307
2.	Das einstufige Fahrlässigkeitsmodell	308
	Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	309
§ 34	Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen	310
I.	Allgemeines	310
1.	Systematik	310
2.	Konkrete Gefährdungen	310
II.	Erfolgsqualifizierte Delikte	311
1.	Problem	311

Inhalt

2. Restriktive Auslegung	311
3. Beteiligung	312
III. Gutachtenaufbau	312
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	313
<hr/>	
E. UNTERLASSUNGSDELIKTE	
<hr/>	
§ 35 Grundlagen	314
I. Echte und unechte Unterlassungsdelikte	314
II. Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen	314
1. Verhältnis von Tun und Unterlassen	314
2. Einzelfragen	316
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	317
§ 36 Unechte Unterlassungsdelikte	318
I. Allgemeines	318
1. Äquivalenz	318
2. Deliktsaufbau (Überblick)	318
II. Deliktsmerkmale	319
1. Erfolgseintritt	319
2. Unterlassen	319
3. Normativer Handlungsspielraum und Zumutbarkeit der Handlung	320
4. Kausalität	321
5. Garantenstellung	323
6. Objektive Zurechnung	324
7. Vorsatz und Irrtum	325
8. Fahrlässigkeit	326
III. Versuch und Rücktritt	326
1. Versuchsbeginn	326
2. Rücktritt	327
IV. Zur Begründung von Garantenstellungen	328
1. Verpflichtungsgründe	328
2. Überwachergarantenstellung kraft Risikoherrschaft	330
3. Beschützergarantenstellung kraft institutioneller Fürsorge	334
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	337
§ 37 Echte Unterlassungsdelikte	338
I. Allgemeines	338
II. Deliktsmerkmale	338
1. Objektiver Tatbestand	338
2. Sonstige Deliktsmerkmale	339
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	339

Inhalt

F. BETEILIGUNG

§ 38 Grundlagen	340
I. Allgemeines	340
1. Begriffe	340
2. Strafgrund der Teilnahme	341
II. Akzessorietät	343
1. Schuldunabhängigkeit der Beteiligung	343
2. Akzessorietät der Teilnahme	343
3. Akzessorietätslockerung	344
III. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	346
1. Überblick	346
2. Subjektive Theorie	346
3. Materiell-objektive Theorie	347
4. Anwesenheit am Tatort	348
5. Sonderdelikte und eigenhändige Delikte	349
6. Beweisfragen	349
IV. Beteiligung bei Fahrlässigkeit	350
1. Fahrlässige Beteiligung an vorsätzlicher Tat	350
2. Vorsätzliche Beteiligung an fahrlässiger Tat	350
3. Fahrlässige Beteiligung an fahrlässiger Tat	350
V. Beteiligung beim Unterlassungsdelikt	351
1. Aktive Teilnahme am Unterlassungsdelikt	351
2. Beteiligung durch Unterlassen	352
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	354
§ 39 Alleintäterschaft	355
I. Begriffe	355
1. Unmittelbarer Täter	355
2. Mittelbarer Täter	355
3. Nebentäter	355
II. Mittelbare Täterschaft	356
1. Zurechnungsprinzip	356
2. Exzess des Tatmittlers	356
3. Gutachten	356
III. Wichtige Fallgruppen mittelbarer Täterschaft	357
1. Defizite auf Tatbestandsebene	357
2. Defizite auf Rechtfertigungsebene	359
3. Defizite auf Schuldebene	359
4. Organisatorische Machtapparate	361
5. Unterlassen	362
6. Selbstverletzungen	363
IV. Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft	366
1. Grundsatz	366
2. Stellen von Fallen	367

Inhalt

V. Irrtumsprobleme	368
1. Irrtum über die Tatherrschaft	368
2. Objektverwechslung beim Vordermann	370
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	371
§ 40 Mittäterschaft	372
I. Allgemeines	372
1. Begriff	372
2. Zurechnungsprinzip	372
II. Voraussetzungen	372
1. Gemeinschaftliche Tatbegehung	372
2. Gemeinsamer Tatentschluss	373
3. Sondermerkmale	374
4. Sukzessive Mittäterschaft	374
III. Versuchsbeginn	375
1. Grundsatz	375
2. Schein-Mittäterschaft	376
IV. Exzess und Irrtum	376
1. Exzess eines Mittäters	377
2. Objektverwechslung	377
3. Irrtum über Verfolger	377
V. Anwendung	377
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	379
§ 41 Anstiftung	380
I. Voraussetzungen	380
II. Haupttat	380
III. Bestimmen	380
1. Definition	380
2. Anstiftung bei bereits gefasstem Tatentschluss	382
3. Zeitpunkt der Anstiftung	383
4. Anstiftung durch Unterlassen	383
5. Adressat	384
IV. Anstiftervorsatz	384
V. Irrtumsprobleme	386
1. Anstiftung zur Verletzung eigener Güter	386
2. Objektverwechslung des Haupttäters	386
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	388
§ 42 Beihilfe	389
I. Voraussetzungen	389
II. Hilfeleistung	389
1. Formen der Beihilfe	389
2. Kausalität	390
3. Alltägliche Handlungen	391
4. Beihilfe durch und zu Unterlassungen	394
5. Sukzessive Beihilfe	395
III. Gehilfenvorsatz	396

Inhalt

IV. Verhältnis zur Anstiftung	396
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	396
§ 43 Versuchte Beteiligung	397
I. Allgemeines	397
II. Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1)	397
1. Der Versuch	398
2. Verbrechenscharakter der Haupttat	399
3. Vorsatz	400
4. Gutachtenaufbau	400
III. Strafbare Vorbereitungen (§ 30 Abs. 2)	401
1. Überblick	401
2. Sich-Bereiterklären (Var. 1)	401
3. Annahme des Erbietens (Var. 2)	401
4. Verabredung (Var. 3)	402
5. Gutachtenaufbau	402
IV. Verhältnis zum vollendeten Delikt	403
V. Rücktritt vom Versuch der Beteiligung (§ 31)	403
1. Überblick	403
2. Verhältnis zu § 24	404
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	404

G. KONKURRENZEN

§ 44 Grundlagen	405
I. Gutachten	405
1. Problemstellung	405
2. Funktion der Konkurrenzen	405
3. Prüfungsreihenfolge	405
4. Überblick	407
II. Begriffe	407
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	408
§ 45 Kriterien der Handlungseinheit	409
I. Überblick	409
II. Handlung im „natürlichen“ Sinne	409
III. Natürliche Handlungseinheit	410
1. Voraussetzungen	410
2. Iterative und sukzessive natürliche Handlungseinheit	411
IV. Tatbestandliche Handlungseinheit	411
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	412
§ 46 Gesetzeskonkurrenz	413
I. Allgemeines	413
1. Funktion, Begriff und Formen	413
2. Rest-Relevanz des zurücktretenden Gesetzes	413
II. Spezialität	414

Inhalt

III. Subsidiarität	414
IV. Konsumtion	415
1. Abgrenzung	415
2. Bei unechter Tateinheit	415
3. Bei unechter Tatmehrheit	416
4. Straflosigkeit der Begleittat	416
V. Gutachten	416
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	417
§ 47 Tateinheit und Tatmehrheit	418
I. Grundlagen der Tateinheit	418
1. Begriff	418
2. Festsetzung des Strafrahmens	418
3. Funktion	418
II. Voraussetzungen der Tateinheit	419
1. Überblick	419
2. Tateinheit durch identische und teilidentische Handlungen	419
3. Tateinheit durch Klammerwirkung	420
4. Tateinheit aufgrund natürlicher Handlungseinheit	422
5. Tateinheit beim Unterlassen	423
6. Tateinheit und Beteiligung	423
III. Tatmehrheit	424
1. Voraussetzungen	424
2. Prinzipien der Gesamtstrafenbildung	424
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	425
§ 48 In dubio pro reo, Wahl- und Postpendenzfeststellung	426
I. Der Grundsatz „in dubio pro reo“	426
1. Begriff und Anwendungsbereich	426
2. Gutachten	427
II. Wahlfeststellung	427
1. Entscheidungssituation	427
2. Gleichartige Wahlfeststellung	427
3. Ungleichartige Wahlfeststellung	428
III. Postpendenz und Praependenz	429
1. Postpendenz	429
2. Praependenz	430
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	430
Definitionen	431
Stichwortverzeichnis	451

§ 2 Zur Legitimation des Strafrechts

I. Die strafrechtlichen Normen

1. Begriff

- 1 In einem der freien Entfaltung des Einzelnen dienenden demokratischen Gemeinwesen hat das Recht die Aufgabe, soziale Integration durch eine gewaltlose Verständigung darüber zu leisten, wie die unterschiedlichen Interessen der Bürger miteinander in Einklang zu bringen sind.¹ Die **Interessenkoordination** erfolgt im Recht durch Normen. Normen sind (gesetzliche) Regeln, die sagen, welche Verhaltensweisen von Rechts wegen erlaubt (rechtmäßig) oder verboten (rechtswidrig) sind. Die Strafgesetze lassen sich in zweierlei Weise als Normen interpretieren, und zwar als Verhaltensnormen und als Sanktionsnormen:²

2. Verhaltens- und Sanktionsnormen

- 2 a) **Verhaltensnormen:** Dem Umstand, dass § 239 Abs. 1 das Einsperren eines Menschen unter Strafe stellt, lässt sich zunächst entnehmen, dass es verboten ist, einen anderen einzusperren. § 32 Abs. 1 besagt dagegen, dass eine durch Notwehr gebotene Handlung erlaubt ist. Weil in diesen Fällen das im jeweiligen Gesetzestatbestand umschriebene Verhalten verboten oder erlaubt wird, spricht man von strafrechtlichen Verhaltensnormen. Solche **Verbote und Erlaubnisse** gelten entweder für jedermann – es handelt sich dann um **allgemeine Normen** – oder nur für bestimmte Personen;³ im letztgenannten Fall handelt es sich um **Sondernormen**. Jede Straftat setzt einen Verstoß gegen eine Verhaltensnorm voraus.⁴
- 3 Den Verboten und Erlaubnissen entsprechen **Gebote und Freistellungen**. Während die strafrechtlichen Verbotsnormen die Verwirklichung des gesetzlich umschriebenen Geschehens untersagen, also ein Unterlassen vorschreiben, ordnen die Gebotsnormen die Verhinderung des gesetzlich umschriebenen Geschehens an, schreiben also ein aktives Tun vor. So gebietet zB § 323c, bei Unglücksfällen zumutbare Hilfe zu leisten. Während Erlaubnisse von Verboten befreien – man darf in Notwehr einen anderen verletzen –, befreien Freistellungen von Geboten. So kann man zB von einer gebotenen Rettung freigestellt sein, wenn man sich selbst in einer Notstandssituation nach § 34 befindet. Auch bei den strafrechtlichen Gebotsnormen gibt es solche, die sich an jedermann richten, und solche, die nur bestimmte Personen, sog. Garanten, verpflichten.⁵
- 4 b) **Sanktionsnormen:** Die Strafgesetze lassen sich ferner als Normen interpretieren, die sich an den sog. Rechtsstab – Staatsanwaltschaft und Gerichte – wenden und vorschreiben, dass jemand unter bestimmten Bedingungen in einer bestimmten Weise

1 Näher hierzu *Kindhäuser* ZStW 107 (1995), 701 (711 ff); Grundlegendes zu den einschlägigen Begriffen bei *Hollerbach*, Selbstbestimmung im Recht, 1996, 6 ff, 15 ff.

2 Näher zur strafrechtlichen Normentheorie *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, 29 ff mwN; Überblick bei *LK-Walter* Vor § 13 Rn 17.

3 ZB gilt das Verbot in § 348 nur für Amtsträger, die mit der Errichtung öffentlicher Urkunden befasst sind, während die Erlaubnis nach § 218a Abs. 2 den Eingriff durch einen Arzt voraussetzt.

4 Demgemäß werden strafbare Verstöße gegen allgemeine Normen „Allgemeindelikte“ und strafbare Verstöße gegen Sondernormen „Sonderdelikte“ genannt, vgl § 8 Rn 16.

5 Strafbare Verstöße gegen Jedermann-Gebote werden „echte Unterlassungsdelikte“ genannt, während Pflichtverletzungen von Garanten Sonderdelikte sind, die als „unechte Unterlassungsdelikte“ bezeichnet werden; näher § 8 Rn 14 f.

strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen ist. So ordnet § 239 Abs. 1 zB an, dass der Täter einer Freiheitsberaubung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe zu bestrafen ist. Da diese an den Rechtsstab adressierten Normen die Verhängung einer Sanktion zum Gegenstand haben, werden sie als Sanktionsnormen bezeichnet. Sanktionsnormen sind maW spezifische Verhaltensnormen (Sondernormen) für den Rechtsstab. Ein Verstoß gegen diese Sondernormen ist im Übrigen seinerseits durch weitere Verhaltensnormen abgesichert, zB durch die Verbote der Strafvereitelung im Amt (§ 258a) und der Rechtsbeugung (§ 339).

c) **Legitimationsbedarf:** Da die Verhängung von Kriminalstrafe das schärfste staatliche Reaktionsmittel ist und am intensivsten in die (grundrechtlich geschützte) Freiheitssphäre des Bürgers eingreift, steht das Strafrecht unter einem besonders hohen Legitimationsdruck. Hierbei sind die Verhaltens- wie auch die Sanktionsnormen zu rechtfertigen. Es ist also einerseits zu begründen, welche Verhaltensnormen überhaupt in den Kreis der strafrechtlich sanktionierten Normen aufgenommen werden dürfen. Andererseits bedarf es des Nachweises, dass die Kriminalstrafe ein gerechtes und sachdienliches Sanktionsmittel zur Ahndung von Verstößen gegen Verhaltensnormen ist.

5

II. Zur Legitimation der Verhaltensnormen (Rechtsgüterschutz)

Die strafrechtlichen Verhaltensnormen dienen nach heute ganz hM dem Schutz von Rechtsgütern.⁶ **Rechtsgüter** sind solche Eigenschaften von Personen, Sachen oder Institutionen, die – wie zB Leib, Leben, Freiheit, Eigentum, Rechtspflege – der freien Entfaltung des Einzelnen in einer rechts- und sozialstaatlich verfassten demokratischen Gesellschaft dienen.⁷ Das Strafrecht schützt diese Güter durch Normen, indem es Verhaltensweisen, durch die sie gefährdet oder verletzt werden, untersagt oder Verhaltensweisen, die ihrer Sicherung oder Erhaltung dienen, vorschreibt.⁸ Je nachdem, ob das geschützte Gut dem Einzelnen oder im Allgemeininteresse einer Institution – zB Verfassungsorganen (§ 105) oder dem Beweisverkehr (§ 267) – rechtlich zugeordnet ist, spricht man von **Individual- oder Kollektivrechtsgütern**.⁹ Allerdings untersagt das Strafrecht nicht jede Beeinträchtigung von Rechtsgütern, sondern hebt bestimmte Verhaltensweisen hervor, die – unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen¹⁰ – vom Gesetzgeber als besonders sozialschädlich angesehen werden. Daher werden Schutzlücken durchaus in Kauf genommen; man spricht insoweit vom **fragmentarischen Charakter** des Strafrechts.¹¹ So ist etwa der bloße Entzug einer

6

6 *Gimbernat Ordeig GA* 2011, 284 ff.; *Neumann Fischer-FS* 183 ff.; *Swoboda ZStW* 122 (2010), 24 ff. Krit. zur Rechtsgutslehre *Engländer ZStW* 127 (2015), 616 ff.

7 Im Einzelnen ist die Rechtsgutsbestimmung umstritten; häufig werden Rechtsgüter – ohne dass hierin ein sachlicher Unterschied liegt – auch als rechtlich positiv bewertete Interessen, Zustände o.Ä. definiert, vgl. *Roxin/Greco I* § 2/7; ausf. *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, 38 ff.; *NK-Hassemer/Neumann Vor* § 1 Rn 108 ff.

8 Zu Inhalt und Grenzen der Kriminalpolitik vgl. *NK-Hassemer/Neumann Vor* § 1 Rn 49 ff.

9 *W-Beulke/Satzger Rn* 11; *Zimmermann*, Unrecht der Korruption, 2018, 197 ff.; eingehend *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; Kollektivrechtsgüter werden teils auch (gleichbedeutend) als Universalrechtsgüter bezeichnet.

10 Nur in seltenen Ausnahmefällen ergibt sich aus dem GG eine Pflicht des Gesetzgebers, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 2 GG; *BVerfGE* 39, 1 (47).

11 Vgl. hierzu *Hefendehl JA* 2011, 401 ff.; *Kühl/Tiedemann-FS* 29 (35 ff.); *Vogel/StV* 1996, 110 ff.

fremden Sache grds¹² nicht strafbar. Bei einzelnen Verhaltensnormen kann außerdem problematisch sein, ob sie überhaupt ein (legitimes) Rechtsgut schützen.¹³

- 7 Rechtsgut ist die rechtlich positiv bewertete Eigenschaft als solche, also zB das Lebendig- und Gesundsein eines Menschen oder die Funktionsfähigkeit der Verwaltung. Der konkrete Mensch oder das konkrete Objekt, dessen positiv bewertete Eigenschaft negativ verändert wird, wird demgegenüber als **Tat- oder Handlungsobjekt** bezeichnet.¹⁴ Exemplarisch: Tötet A den B durch einen Gewehrschuss, so ist B das Handlungsobjekt eines Totschlags iSv § 212. Dass A zugleich die Eigenschaft des B, lebendig zu sein, zerstört, ist die Verletzung des von der Norm des § 212 geschützten Rechtsguts. Denn das Tötungsverbot schützt das Rechtsgut Leben.

III. Zur Legitimation der Sanktionsnormen (Strafe)

- 8 Die für das Strafrecht grundlegende Frage, woher der Staat das Recht nimmt, seine Bürger zu bestrafen, wird seit Jahrhunderten im Grundsatz wie im Detail unterschiedlich beantwortet.¹⁵ Weitgehend außer Streit ist heute lediglich, dass der Staat berechtigt ist, zur Gewährleistung einer friedlichen Koexistenz seiner Bürger besonders sozialschädliche Verhaltensweisen mit Strafe zu bedrohen. Hierbei ist das Strafrecht als *ultima ratio* zu verstehen,¹⁶ das subsidiär nur eingreifen darf, wenn keine milderen Mittel ausreichen. Umstritten ist dagegen vor allem, ob mit der Androhung und Verhängung von Strafe bestimmte Zwecke verfolgt werden dürfen oder nicht.¹⁷

1. Absolute Theorien

- 9 Die absoluten Straftheorien gehen davon aus, dass Strafe keinen anderen Zweck verfolgen darf als denjenigen, Antwort auf ein Fehlverhalten zu sein: „*punitur, quia peccatum est*“.¹⁸ Die maßgebliche absolute Straftheorie ist die in ihrer heutigen Fassung insbesondere durch *Kant* und *Hegel* geprägte **Vergeltungstheorie**.¹⁹
- 10 Nach *Kant* besteht die Aufgabe von Strafe in der Durchsetzung von Gerechtigkeit. Strafe darf immer nur gegen den Täter verhängt werden, weil er verbrochen hat. Denn ansonsten – bei zweckhafter Strafe – werde der Mensch bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt.

12 Ausnahmen sind zB §§ 248b und 274 Abs. 1 Nr. 1.

13 Vgl etwa für das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten nach § 173 *Schubarth* Dencker-FS 273 ff; zum Verbot des Pseudo-Drogenhandels nach § 29 Abs. 6 BtMG MK-Kotz/Oğlakcioğlu § 29 BtMG Rn 1769 f; zum Verbot von Comic-Pornografie MK-Hörnle § 184c Rn 6; allgemein zu den verfassungsrechtlichen Grenzen bei der Bestimmung von Rechtsgütern NK-Paeffgen/Zabel Vor § 32 Rn 11 ff mwN.

14 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele § 2/10; Krey/Esser Rn 10; LK-Walter Vor § 13 Rn 14.

15 Vgl nur NK-Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn 263 ff; Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017; Hoerster, Muss Strafe sein?, 2012; Jakobs ZStW 107 (1995), 843 ff; Kindhäuser ZStW 107 (1995), 701 ff; Köhler 37–46; Lesch JA 1994, 510 ff, 590 ff. Tendenziell gegen jede Form der Bestrafung Abraham, Sanktion, Norm, Vertrauen, 2018, 260 ff. Zur Legitimation eines auf Unschädlichmachung gerichteten sur. Feindstrafrechts Jakobs HRRS 2006, 288 ff; Pawlik, Der Terrorist und sein Recht, 2008; abl. Roxin/Greco I § 2/129; Zimmermann GA 2010, 507 (522).

16 Jahn/Brodowski JZ 2016, 969 ff; vgl auch die Beiträge in Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990.

17 Zur Problematik lesenswert *Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908.

18 So die auf *Protagoras* und *Seneca* zurückgehende Formel.

19 Vgl *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes, 1981; *ders.* Otto-FS 191 ff. Demgegenüber betonen moderne Varianten der Vergeltungstheorie durchaus die Zweckhaftigkeit von Strafe, vgl *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *Walter* JZ 2019, 649 ff. Zur (bedeutungslosen) Sühnetheorie vgl *Haft*, Der Schulddialog, 1978.

Des Weiteren müsse Gerechtigkeit verwirklicht werden, weil die Verwirklichung von Gerechtigkeit ein kategorischer Imperativ sei. Gehe die Gerechtigkeit unter, so habe es keinen Wert mehr, dass Menschen auf Erden lebten.²⁰ Demgegenüber begreift *Hegel* die Straftat als Verletzung des Rechts iSe Negierung des Rechts: Die Rechtsverletzung erhebe einen Anspruch auf Geltung, dem die Strafe als „Verletzung der Verletzung“ und somit als „Wiederherstellung des Rechts“ beuge: Strafe sei Negation der Negation des Rechts.²¹

Gegen absolute Straftheorien spricht, dass Strafe (als Grundrechtseingriff) nur durch ihre soziale Notwendigkeit zu rechtfertigen ist; eine zweckfreie Strafe ist illegitim.²² Allerdings scheint der Gedanke des vergeltenden Schuldausgleichs in § 46 Abs. 1 S. 1 angelegt zu sein, wonach die Schuld des Täters die Grundlage für die Höhe der Strafe bildet.

2. Relative Theorien

Die relativen Straftheorien sehen die Strafe dagegen als gerechtfertigt an, wenn sie einen bestimmten (legitimen) Zweck erreicht: „*punitur, ne peccetur*“. Relative Straftheorien sind die Spezial- und die Generalprävention, wobei letztere wiederum in den beiden Varianten einer negativen und einer positiven Generalprävention vertreten wird. Zunehmend werden außerdem expressive Straftheorien vertreten. 11

a) **Spezialprävention:** Adressat der Spezialprävention ist der konkrete Täter, der durch die Bestrafung von künftigen Taten abzuhalten sei. Dies geschieht nach *Franz v. Liszt*, der mit seinem sog. Marburger Programm das moderne Verständnis der Spezialprävention entscheidend geprägt hat,²³ durch 12

- **Besserung** (Resozialisierung) des besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrechers (Erziehung, Kastration usw);
- **Abschreckung** des nicht besserungsbedürftigen Verbrechers (Abschreckung durch warnend gemeinte Strafen);
- **Unschädlichmachung** (zB Sicherungsverwahrung) des nicht besserungsfähigen Verbrechers.

Die Idee der Spezialprävention ist im Ansatz plausibel und in § 2 StVollzG als Aufgabe des Strafvollzugs beschrieben. Sie trifft aber eher auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung²⁴ als auf die Strafe zu. 13

b) **Negative Generalprävention:** Adressat der negativen Generalprävention ist die Allgemeinheit. Die Strafe soll verhindern, dass (noch) andere als der konkrete Täter Straftaten begehen. Sie soll also einen psychologischen Zwang auf potenzielle Täter ausüben und sie durch das angedrohte Strafübel in den Bahnen des Rechts halten.²⁵ 14

20 Metaphysik der Sitten, Erster Teil, II. Teil, 1. Abschnitt, Allgemeine Anmerkung E; zu *Kants* Strafrechtslehre *Byrd/Hruschka* JZ 2007, 957; *Hruschka* Puppe-FS 17; *Küper* Jung-FS 485.

21 Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 99 ff; vgl auch *Seelmann* Jakobs-FS 635 ff.

22 *NK-Hassemer/Neumann* Vor § 1 Rn 105.

23 ZStW 3 (1883), 1 ff; ihren gesetzlichen Niederschlag hat die Spezialprävention u.a. in §§ 46, 47 gefunden.

24 Dazu § 1 Rn 22.

25 So insbesondere die sog. psychologische Zwangstheorie *Feuerbachs*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, §§ 13 ff; näher hierzu *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie *Feuerbachs*, 1962 sowie *Greco*, Lebendiges und Totes in *Feuerbachs* Straftheorie, 2009. Zur Anwendung in der Rspr s. exemplarisch AG Hamburg NSTZ 2018, 284 (286).

Eine so verstandene Generalprävention ist negativ bezeichnet, weil sie die Strafe als Mittel der Abschreckung begreift:

- Durch die **Androhung der Strafe** sollen alle Normadressaten von der Begehung der betreffenden Straftat abgehalten werden;
- durch die **Vollstreckung des Strafurteils** wird der Ernst der Androhung verdeutlicht.

15 Gegen diese Präventionstheorie wird neben dem Einwand der Verdinglichung des Bestraften, an dem zur Abschreckung anderer ein Exempel statuiert wird,²⁶ vor allem die Unbeweisbarkeit der abschreckenden Wirkung angeführt. Indes ist die Annahme einer solchen Wirkung evolutionsbiologisch plausibel²⁷ und zumindest in Bezug auf einige Deliktstypen auch spieltheoretisch beweisbar.²⁸

16 c) **Positive Generalprävention:** Auch nach der Lehre von der positiven Generalprävention wendet sich die Strafe an die Allgemeinheit, soll jedoch nicht abschrecken, sondern – positiv – Rechtstreue und Vertrauen in die Rechtsordnung bestärken.²⁹ Nach diesem Ansatz ist Zweck der Androhung und Verhängung von Strafe die Sicherung der Geltung elementarer Normen freiheitlicher sozialer Integration.³⁰ Es geht im Strafrecht nicht – wie im Polizeirecht – um Gefahrenabwehr, sondern um die Garantie der Erwartung in die wechselseitige Einhaltung der sanktionierten Verhaltensnormen. Jeder Bürger soll davon ausgehen können und dürfen, dass (möglichst) alle anderen die Norm zur Entscheidungsrichtlinie ihres Handelns machen. Das Strafrecht hat zu zeigen, dass diese wechselseitigen Erwartungen berechtigt und verlässlich sind, dass also derjenige, der sein eigenes Handeln an dieser Erwartung ausrichtet, nicht (dauerhaft) enttäuscht wird und umlernen muss.

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

18 d) **Expressive Straftheorie:** Die expressiven Straftheorien betonen den kommunikativen Charakter von Strafe, dh ihre Funktion im Rahmen der gesellschaftlichen Verständigung über Kriminalität und Verbrechen.³¹ Einerseits transportiere der Schuldpruch

26 Hassemer, Warum Strafe sein muss, 2. Aufl. 2009, 84; vgl. auch Rn 10. Dagegen Hoerster, Muss Strafe sein?, 2012, 137 ff.

27 Mackie *Criminal Justice Ethics* 1 (1982), 3 (8 ff).

28 Vgl. Walter ZIS 2011, 636 (638 ff); Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, 26.

29 Zur historischen Entwicklung von der Spezialprävention hin zur positiven Generalprävention in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vgl. Terlinden, Von der Spezial- zur positiven Generalprävention, 2009.

30 Daher wird die positive Generalprävention auch als „Integrationsprävention“ verstanden; zu den im Detail differenzierten Varianten der positiven Generalprävention vgl. nur Baumann GA 1994, 368; NK-Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn 288 ff; Jakobs 1/4 ff; Kargl *Rechtstheorie* 1999, 371 ff; Kindhäuser Schroeder-FS 81 ff; Neumann Jakobs-FS 435 ff, jew. mwN. Zum notwendigen Zusammenspiel von positiver und negativer Generalprävention Zimmermann, Unrecht der Korruption, 2018, 296 ff.

31 Grundlegend Feinberg *Monist* 49 (1965), 397 ff; näher Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, 31 ff; NK-Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn 105; Seher *Merkel-FS* 493 ff; Zürcher, Legitimation von Strafe, 2014; vgl. auch Fischer, Über das Strafen, 2018, 71 ff; Reemtsma, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters, 1999. Allg. zur Symbolwirkung des Strafrechts Peters JR 2020, 414 ff.

gegenüber dem Täter einen Tadel und trage diesem an, das Strafübel als symbolische Reaktion der Enttäuschung über den durch sein Verhalten ausgedrückten Mangel an Rechtstreue anzunehmen: Betrachtete er seine Tat aus der Perspektive der anderen, müsste er von sich selbst enttäuscht sein und die Strafe als Vergeltung akzeptieren.³² Andererseits komme der strafende Staat den emotionalen Bedürfnissen des Tatopfers entgegen und bringe ihm gegenüber mit Bestrafung des Verantwortlichen zum Ausdruck, die ihm widerfahrene Ungerechtigkeit ernst zu nehmen.³³

3. Vereinigungstheorie

Die in der Rspr und großen Teilen der Lehre vertretene Vereinigungstheorie kombiniert Elemente der absoluten und relativen Straftheorien. Die Strafe soll grds zweckhaft sein, jedoch durch das Schuldprinzip iSd Vergeltungstheorie begrenzt werden.³⁴ 19

Teils werden die Elemente der Vereinigungstheorie auch auf einzelne Aspekte der Strafe bezogen;³⁵ so soll 20

- die Strafandrohung abschreckend generalpräventiv,
- die Strafverhängung vergeltend (schuldangemessen) und
- die Strafvollstreckung spezialpräventiv ausgerichtet sein.

IV. Das Verhältnis von Strafrecht und Moral

Das (Straf-)Recht ist eine gegenüber der Moral eigenständige Normenordnung, die sich allein an den Vorgaben der Menschenrechte sowie des Unions- und Verfassungsrechts auszurichten hat (**Trennung von Recht und Moral**). Entsprechend wird dem Täter (nur) seine fehlende Rechtstreue, nicht aber mangelnde Sittlichkeit vorgeworfen.³⁶ Gleichwohl stehen Strafrecht und Moral nicht beziehungslos nebeneinander. Es ist zwar möglich und wissenschaftstheoretisch auch sinnvoll, eine (Straf-)Rechtsordnung gänzlich unabhängig von ethischen Fragestellungen zu beschreiben und zu analysieren.³⁷ Jedoch muss das Strafrecht in einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung (vgl § 92 Abs. 2) ein Mindestmaß an rechtsethischer Legitimation aufweisen,³⁸ sodass eine basale Verschränkung besteht. Dies zeigt sich schon daran, dass der strafrechtliche Schuldspruch von der hM als **sozial-ethischer Tadel** bezeichnet wird.³⁹ Einige Normen des StGB nehmen auch mehr oder weniger ausdrücklich auf ethische Wertungen Bezug (zB §§ 34, 228). Es ist daher ohne Weiteres zulässig, im Rahmen der teleologischen Auslegung strafrechtlicher Normen⁴⁰ gerechtigkeits-theoretisch zu argumentieren. 21

32 Abl. zum Zwang einer Selbstverbesserung des Täters *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 1971, 58.

33 Krit. zu diesem Ansatz *Zimmermann* ZIS 2013, 102 (113 f).

34 Vgl BVerfGE 21, 391 (403 f); 54, 100 (108); *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017, 52 ff; *Jescheck/Weigend* § 8 V; zur Rspr des BVerfG, welches bislang die positive Formulierung einer eigenen Straftheorie abgelehnt hat, ausf. *Roxin* Volk-FS 602 ff; zu aktuellen Entwicklungen *Roxin* GA 2015, 185 ff.

35 Vgl NK-*Hassemer/Neumann* Vor § 1 Rn 240; *Schroeder* Otto-FS 165 ff, jew. mwN.

36 Näher zum strafrechtlichen Schuldvorwurf § 21 Rn 10.

37 Zur wissenschaftstheoretischen Leistungsfähigkeit des sog. Rechtspositivismus s. die Kontroversen zwischen *Dreier* NJW 1986, 890 ff und *Hoerster* NJW 1986, 2480 ff sowie *Hruschka* JZ 1992, 429 ff und *Hoerster* ARSP 79 (1993), 416 ff.

38 Vgl *Merkel* in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, 171 (174 m. Fn 7): „Das Strafrecht muß seine tragenden Grundsätze auf das Fundament der Ethik stellen.“ Die Strafgesetze „dürfen den Grundsätzen der Moral nicht widersprechen.“

39 BVerfGE 25, 269 (286); BGHSt 20, 264 (266); *Frisch* NSTz 2016, 16 (19 ff).

40 Dazu § 3 Rn 11.

§ 2 A. DAS STRAFGESETZ

22 WIEDERHOLUNGS- UND VERTIEFUNGSFRAGEN

- > Was ist unter Verhaltensnormen, was unter Sanktionsnormen zu verstehen und wer ist ihr jeweiliger Adressat? (Rn 1 ff)
- > Welchem Zweck dienen die strafrechtlichen Verhaltensnormen? (Rn 6 f)
- > Was ist unter absoluten, was unter relativen Straftheorien zu verstehen? (Rn 8 ff)