

Strafgesetzbuch: StGB

Kommentar

von

Prof. Dr. Nikolaus Bosch, Dr. Jörg Eisele, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, Prof. Dr. Bernd Hecker, Prof. Dr. Jörg Kinzig, Prof. Dr. Walter Perron, Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Prof. Dr. Bettina Weißen, Dr. Ulrike Schittenhelm

29. Auflage

[Strafgesetzbuch: StGB – Bosch / Eisele / Eser / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafgesetzbuch](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65226 4

[Inhaltsverzeichnis: Strafgesetzbuch: StGB – Bosch / Eisele / Eser / et al.](#)

Täterstrafrecht, bei dem der Täter für sein So-Sein oder So-Gewordensein haftbar gemacht wird (vgl. nur zB Jescheck/Weigend 54, Freund MK 2f.). Insoweit ist auch jüngeren Tendenzen zu widersprechen, wonach aufgrund neuerer Ergebnisse der Hirnforschung an die Gefährlichkeit des Täters anzuknüpfen sein soll (näher u. 110ff.); Entsprechendes gilt auch für die Hinwendung zu einem sog. Feindstrafrecht (u. 6).

1. Gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehung. Auch dort, wo die Strafbarkeit durch die Verwirklichung einer negativ bewerteten sozialen Rolle begründet bzw. erhöht wird (zB §§ 152 a III, 152 b II, 180 a I, II Nr. 1, 243 I 2 Nr. 3, 260 I Nr. 1, 260a, 291 II Nr. 2, 292 II Nr. 1), geht es um Tatstrafrecht. Denn auch hier sind es nicht bestimmte „**kriminologische Tätertypen**“, die als solche bestraft werden, vielmehr dienen die fraglichen Merkmale lediglich der Kennzeichnung eines bestimmten Verhaltens, das über die einmalige oder wiederholte Begehung hinaus durch eine besondere Beziehung des Täters zu seiner Tat gekennzeichnet ist (vgl. Roxin I 6/16; and. zB noch Baumann/Weber, 9. A., 102: „reines Täterstrafrecht“).

2. Lehre vom „normativen Tätertyp“. Nach dieser Lehre (vgl. zB Dahm aaO 28ff., Mezger ZStW 60, 360, Schaffstein DStR 42, 38; dazu Kelker aaO 87ff.) sollte zu allen oder jedenfalls gewissen Tatbeständen ein besonderer Tätertyp gehören und die Strafbarkeit deshalb nicht schon durch die in dem betreffenden Tatbestand umschriebene Tat, sondern erst dadurch begründet werden, dass der Täter dem Leitbild des „im Volksbewusstsein lebenden Typus“ (zB des Mörders, Diebes usw.) entspricht. In Wahrheit handelte es sich dabei jedoch nur um eine bestimmte Interpretationsmethode, die am Tatprinzip als solchem nichts ändern wollte und die vor allem bei der Einschränkung der weit gefassten Tatbestände des Kriegsstrafrechts Bedeutung hatte (vgl. Schmidhäuser 7/44; für einen beschränkten Nutzen bei der Strafbarkeitseinschränkung auch heute noch Roxin I 6/12). Ein Relikt dieser Lehre findet sich jetzt noch in §§ 211, 212 („Mörder“, „Totschläger“), ohne dass dies praktische Konsequenzen hätte (vgl. auch 6 vor § 211).

3. „Feindstrafrecht“. Eine **Neuorientierung hin zum Täterstrafrecht** befürwortet Jakobs, wenn er das Bürgerstrafrecht vom „Feindstrafrecht“ scheiden möchte (zB ZStW 97, 751, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende 51ff., Staatliche Strafe, 45ff., HRRS 04, 88, HRRS 06, 289, ZStW 117, 839; ferner Polaino Navarette, Jakobs-FS 529, Polaino-Orts, Roxin-FS-II 98ff.; krit. schon zum Begriff Greco aaO 49ff., GA 06, 104ff., Roxin I 2/126ff., Muñoz Conde aaO 45ff.; zu einem „kriegsrechtlich orientierten Präventivrecht“ vgl. Pawlik aaO mit Kritik von Paeffgen, Ameling-FS 88ff.). Während beim Bürgerstrafrecht einer „an sich kompetenten Person“ mit Strafe widersprochen wird, soll mit dem sich auf dem Recht der Bürger auf Sicherheit gründenden Feindstrafrecht ein „gefährliches Individuum“ als Feind bekämpft und exkludiert werden (krit. zur philosophischen Begründung Gössel, F.C. Schroeder-FS 35ff.; Schünemann, Nehm-FS 221ff.; zur Rechtferdigung aber Pérez del Valle, Jakobs-FS 515). Gegen ein solches Konzept ist jedoch einzuwenden, dass bereits der Begriff des Feindstrafrechts zu vage bleibt und sich somit kaum klären lässt, wen als Feind einzustufen ist (vgl. Eser, in: Eser u. a., Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende 2000, 445, Hörnlé GA 06, 91, Morguet aaO 20ff., Sacher ZStW 118, 608). Auch widerspricht der damit verbundene Abbau der Beschuldigungsgarantien elementarem Grundsätzen und lässt sich kaum in Einklang mit der grundgesetzlich geschützten Menschenwürde, dem Rechtsstaatsprinzip, dem Schuldprinzip und der Unschuldsvermutung bringen (Albrecht ZStW 117, 856, Morguet aaO 256ff., Muñoz Conde aaO 48ff., Volk-FS 501ff., Palazzo, Tiedemann-FS 18ff., Roxin I 2/129, Saliger aaO 115f., Sacher ZStW 118, 608; näher zur verfassungsrechtlichen Dimension Marzahn aaO 53ff.). Letztlich stellt es inhaltlich eine polizeirechtliche Gefahrenbekämpfung ohne konkreten Bezug zu einer Straftat dar (Freund 1/25a, B. Heinrich ZStW 121, 123, Kindhäuser, F.C. Schroeder-FS 95; näher zur Kritik Cancio Meliá ZStW 117, 267ff., Hefendehl StV 05, 158f., 161, Roxin I 2/126ff., Schünemann GA 03, 313; zur Gegenkritik Schick, ZIS 12, 51ff.). Eine davon zu trennende Frage ist, ob und inwieweit sich bereits im geltenden Recht Ansätze oder Tendenzen eines derart beschriebenen „Feindstrafrechts“ – vor allem im Bereich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des Terrorismus – finden lassen (näher Asholt ZIS 11, 184ff.; B. Heinrich ZStW 121, 112ff., Hörnlé GA 06, 82, Kindhäuser, F.C. Schroeder-FS 95ff., Morguet aaO 92ff., Paeffgen, Ameling-FS 98ff.; Schick, ZIS 12, 46ff.; s. auch § 89 a RN 1; krit. zu einem solchen Befund Jäger, Roxin FS II, 77ff.; zum EU-Strafrecht Scheffler, Schwind-FS 127ff.) und eine Orientierung hin zu einem Präventivstrafrecht stattfindet (vgl. auch München NJW 07, 2787, wonach §§ 129 a, 129 b „zumindest auch Polizeirecht in strafrechtlicher Gestalt“ sind, ferner Jakobs ZStW 117, 840; krit. zu dieser Entwicklung Bung HRRS 06, 139f., Hassemer aaO 104ff.). – Umfassend zur Kritik die Beiträge in Vormbaum aaO; zu *internationalen Entwicklungen* Arnold aaO 132ff., B. Heinrich ZStW 121, 105ff., Muñoz Conde aaO 23ff., Sinn ZIS 06, 109ff.; speziell zur Situation in Kolumbien Aponte aaO, Morguet aaO 175ff.

II. Täterpersönlichkeit und Deliktsfolgen. Von erheblicher Bedeutung ist die Täterpersönlichkeit dagegen bei der Auswahl und Bemessung der Deliktsfolgen. Freilich kann auch insoweit von einem Täterstrafrecht nicht gesprochen werden, da dies ein Sanktionensystem voraussetzen würde, das ausschließlich oder jedenfalls überwiegend täterbezogen ist. Dies trifft jedoch nur für die Maßregeln der Besserung und Sicherung zu, die den Täter in seiner Gefährlichkeit erfassen wollen. Dagegen ist die Strafe nach geltendem Recht in erster Linie Tatstrafe und nicht Täterstrafe, weil spezialpräventive Zwecke nur im Rahmen der tatschuldangemessenen Strafe verwirklicht werden dürfen (vgl. 8 vor § 38); nur im Fall der §§ 56, 59 tritt der Tätergedanke so deutlich in den Vordergrund, dass hier von einem „täterstrafrechtlichen Zug“ (Schmidhäuser 7/47) gesprochen werden kann.

Vorbem. §§ 13 ff.

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

B. Wesen des Verbrechens und Aufbau des Verbrechensbegriffs

Schriftum: *Altenhain*, Das Anschlussdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallsrechts nach einer individuellen Strafrechtsauffassung, 2002. – *Altpeter*, Strafwürdigkeit und Staffelsystem, 1990. – *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002. – *ders.*, 100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene, ZIS 06, 464. – *ders.*, Ernst Belings Tatbestandslehre und unser heutiger „postfinalistischer“ Verbrechensbegriff, JA 07, 1. – *Ame lung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972. – *ders.*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 82, 617. – *Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005. – *Appel*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998. – *Bacigalupo*, Unrechtsminderung und Tatverantwortung, A. Kaufmann-GedS 459. – *ders.*, Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts, Jakobs-FS 1. – *Baretta*, Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, A. Kaufmann-FS 393. – *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906. – *Bottke*, Das Straftatfordernis der Rechtsgutverletzung, Lampe-FS 463. – *ders.*, Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes, Volk-FS 93. – *Burkhard*, „Irren ist menschlich“, 2008. – *Eisele*, Die Regelbeispieldmethode im Strafrecht, 2004. – *Engisch*, Der Unrechtsatbestand im Strafrecht, DJT-FS I, 401. – *Eser*, Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen, Mestmäcker-FS 1005. – *ders.*, Welches Strafrecht braucht und verträgt der Mensch? – Einige Gedanken zu vernachlässigten Grundfragen, Lüderssen-FS 195. – *Eser/Fletcher* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. I 1987, Bd. II 1988. – *Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS 69 ff. – *ders.*, Straftat u. Straftatssystem, in: Wolter/Freund, Straftat, Strafummessung u. Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, 135 (zit.: in Wolter/Freund). – *ders.*, Rechtsgut, Recht, Deliktssstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 215. – *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1. – *ders.*, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Graf Gleispach-FS 50. – *Greco*, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 08, 234. – *Grupp*, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat, 2009. – *K. Günther*, Die Person der personalen Rechtsgutslehre in: Neumann/Prittitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, 15 ff. – *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968. – *ders.*, Welche Zukunft hat das Strafrecht?, Schlüchter-GedS 133. – *ders.*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 57. – *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002. – *ders.*, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktssstruktur, GA 02, 20. – *ders.*, Das Rechtsgut als materieller Angepunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, 2003, 119. – *ders.*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 07, 1. – *M. Heinrich*, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – Ein Auslaufmodell, Roxin-FS-II 131. – *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, 2011. – *Hesel*, Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen „modernen“ Strafrechts, 2004. – *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005. – *Hilgendorf*, Punitivität und Rechtsgutslehre, NKrimP 10, 125. – *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960. – *ders.*, Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, Spinellis-FS 425. – *A. v. Hirsch*, Rechtsgutstheorie und Deliktssstruktur: eine Annäherung von drei Seiten, GA 02, 2. – *ders.*, Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 13. – *ders.*, Belästigendes Verhalten: Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?, Eser-FS 189. – *ders.*, Harm und Offense: Schädigungsprinzip und Belästigungsprinzip als Kriterien für die Kriminalisierung von Verhalten, Herzberg-FS 915. – *A. v. Hirsch/Wöhlers*, Rechtsgutstheorie und Deliktssstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 196. – *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005. – *ders.*, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 268. – *ders.*, Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 08, 2085. – *Hünerfeld*, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93, 989. – *Jakobs*, Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung, Frisch-FS 81. – *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs usw., ZStW 73, 179. – *ders.*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98, 1. – *Kahlo*, Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 26. – *ders.*, Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Methode strafrechtlicher Begriffsbildung, Küper-FS 249. – *Karst*, Die Entkriminalisierung des § 173 StGB, 2008. – *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954. – *ders.*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 55, 37. – *Arthur Kaufmann*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 54, 653. – *Konath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994. – *ders.*, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 99, 561. – *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtlich-methodologischen Verhältnis, 1999. – *Krieger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000. – *Kühl*, Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, Tiedemann-FS 29. – *ders.*, Beobachtungen zur nachlassenden und begrenzten Legitimationswirkung des Rechtsguts für Strafvorschriften, Heinz-FS, 766. – *Kuhlen*, Strafverbrennung durch einen materiellen Straftatbegriff, in: Wolter, Straftat, Strafummessung u. Strafprozeß, 1996, 77. – *Lampe*, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, Roxin-FS 45. – *Langer*, Die tatbestandsmäßige Strafwürdigkeit, Otto-FS 107. – *Lesch*, Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999. – *Maiwald*, Die Krise der Tatbestandslehre, Puppe-FS 695. – *Maurach*, Schuld u. Verantwortung im Strafrecht, 1948. – *Müller-Dietz*, Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisiierungspflichten, Zipf-GedS 123. – *Mir Puig*, Rechtsgüterschutz durch dialogisches Strafrecht, GA 06, 667. – *Neumann*, „Alternativen: keine“, Zur neuen Kritik an der personalen Rechtsgutslehre in: Neumann/Prittitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“

Wesen des Verbrechens und Aufbau des Verbrechensbegriffs

Vorbem. §§ 13 ff.

und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, 85 ff. – *Noltenius*, Grenzenloser Spielraum des Gesetzesgebers im Strafrecht?, *ZJS* 09, 15. – *Otto*, Strafwürdigkeit u. Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?, *Schröder-GedS* 53. – *Paefgen*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, *A. Kaufmann-GedS* 399. – *Pawlak*, „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter“, Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, *Otto-FS* 133. – *Peron*, Hat die deutsche Strafatsystematik eine europäische Zukunft?, *Lenckner-FS* 227. – *Puppe*, Der Aufbau des Verbrechens, *Otto-FS* 389. – *Renzikowski*, Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung, *GA* 07, 561. – *Rinck*, Der zweistufige Deliktaufbau, 2000. – *Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, *Lange-FS* 39. – *Romano*, Zur Legitimation der Strafgesetze, Zu Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie, *Roxin-FS* II, S. 155. – *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtfertigungskriterien, 2. A., 1970. – *ders.*, Kriminalpolitik und Strafrechtsystem, 1970. – *ders.*, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts, *Schiemann-Symp.*, 134. – *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, *Honig-FS* 151. – *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006. – *Scheinfeld*, Normenschutz als Strafrechtsgut?, Normentheoretische Überlegungen zum legitimen Strafen, *Roxin-FS* II 183. – *Schild*, Die „Merkmale“ der Straftat und ihres Begriffs, 1979. – *ders.*, Strafbegriff und Grundgesetz, *Lenckner-FS* 287. – *ders.*, Zurechnung zum Verhaltensunrecht, *Jakobs-FS* 601. – *Schmid*, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, 2002. – *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, *Englisch-FS* 433. – *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., *GA* 85, 341. – *ders.*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie 133. – *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957. – *Seelmann*, Rechtsgutsprinzip, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, in: *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie 261. – *ders.*, Verhaltensdelikte: Kulturschutz durch Recht, *Jung-FS* 893. – *Seher*, Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, in: *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie 39. – *Sieber/Cornils* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil 2, 2008. – *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962. – *Sinn*, Straffestellung aufgrund Drittverhalten, Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007. – *ders.*, Die Unterscheidung von Unrecht und Schuld und ihre Bedeutung für die Lehre von der Straftat, *Gießen-FS* 323. – *Spendl*, Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem, *Weber-FS* 3. – *ders.*, zum Begriff des Verbrechens, *Küper-FS*, 597. – *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998. – *Steinberg*, Liberale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutkonzepts – Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung“ des BVerfG vom 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 –, *Rüping-FS* 91. – *Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie 65. – *Stratenwerth*, Zum Begriff des „Rechtsguts“, *Lenckner-FS* 377. – *ders.*, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie 255. – *ders.*, Zur Legitimation von Verhaltensdelikten, in: *v. Hirsch u. a.*, Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006, 157. – *Suhr*, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut u. Tatobjekt im Strafrecht, *JA* 90, 303. – *Stübinger*, Von der alten Imputationen-Lehre zum klassischen Verbrechensbegriff – Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Zurechnungsbegriffs, *RW* 11, 154. – *Stuckenberg*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, *GA* 2011, 653. – *Swoboda*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, *ZStW* 122, 24. – *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung, *Lenckner-FS* 411. – *Vogel*, Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik, *GA* 02, 517. – *Volk*, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus, *ZStW* 97, 871. – *ders.*, Geführte Rechtsgüter, *Roxin-FS* II 215. – *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006. – *v. Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935. – *Wittig*, Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in: *Hefendehl u. a.*, Die Rechtsgutstheorie 239. – *Wöhlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000. – *ders.*, Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur, *GA* 02, 15. – *ders.*, Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik, *Ameling-FS* 129. – *ders.*, Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie, *GA* 12, 600. – *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981 (zit.: aaO). – *ders.*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, *GA-FS* 269. – *ders.*, Zur Dogmatik u. Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen u. Mildern von Strafe, in: *Wolter/Freund*, Straftat, Strafzumessung u. Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, 1 (zit.: in *Wolter/Freund*). – *Zabel*, Die Grenzen des Tabus schutzes im Strafrecht, *JR* 08, 453. – Zum älteren Schrifttum vgl. im Übrigen die 24. A.

I. Wesen der Straftat. Die Straftat ist **Rechtsgutsbeeinträchtigung** – bzw. eine bestimmte Art **8** einer solchen (zB § 263) – und **Pflichtverletzung** (vgl. zB BGH 2 368, Jescheck/Weigend 8, Walter LK 15, W-Beulke 15; zur Straftat als Rechtsverletzung vgl. Renzikowski *GA* 07, 561 ff.).

1. Begriff des Rechtsguts. Im Unterschied zum allgemeinen, auch außerstrafrechtliche Güter **9** umfassenden Begriff des Rechtsguts, wie er zB in § 34 vorkommt (vgl. dort RN 9), geht es hier nur um solche als sozial wertvoll erkannten Lebensgüter, die speziell unter dem besonderen Schutz des Strafrechts stehen (zur Geschichte des „Rechtsguts“ vgl. zB Ameling, Rechtsgüterschutz 15 ff., Eser aaO 1006 ff., Sina aaO, Swoboda *ZStW* 122, 25 ff.; speziell zu Birnbaum Wöhlers *GA* 12, 600 ff.; zur Unterscheidung von Gütern und Rechtsgütern Jakobs, Frisch-FS 81 ff.; zur Europäischen Strafrechtsdogmatik vgl. aber Vogel *GA* 02, 529 f.). Da materieller Kern und Bezugspunkt aller rechtlichen Verbote und Gebote irgendwelche zu schützenden Güter oder Werte sind, liegt auch dem strafrechtlichen Tatbeständen immer ein Rechtsgut zugrunde, gleichgültig, ob es zu Recht oder Unrecht (s. u. 10) in den Rang eines solchen erhoben wurde; Strafvorschriften ohne einen solchen Rechtsgutsbezug gibt es daher nicht (zB M/Zipf I 19/17, Schall JuS 79, 107; vgl. aber auch Jakobs 2/16 ff., Frisch, Müller-Dietz-FS 253, Stratenwerth, Lenckner-FS 377, 386 ff.). Auch bei kollektiven Rechtsgütern ist deren

Vorbem. §§ 13 ff.

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

Schutz zentrale Aufgabe (Hefendehl aaO, Anastasopoulou aaO, 5, 289, 319ff, Roxin, Schünemann-Symp. 139f.). Zu unterscheiden sind die Rechtsgüter (Schutzobjekte) von dem **körperlich-konkreten Angriffs- oder Tatobjekt** (zB bei § 303 die konkrete Sache, vgl. dazu Hefendehl aaO 39, Heinrich 12), wie überhaupt die Rechtsgüter nicht als ein greifbares Etwas der Außenwelt, sondern als gedankliche Gebilde zu begreifen sind (so auch Walter LK 14; and. Hefendehl aaO 28ff., Roxin I 2/66f.). Eine andere Frage ist es, wie man den Rechtsgutsbegriff inhaltlich zu bestimmen hat und wie weit er je nach dem Abstraktionsniveau, auf dem dies geschieht, zu „vergeistigen“ ist (vgl. dazu Suhr JA 90, 306 ff.). Abzustellen ist hier auf das ideell gesehene Objekt als solches; dem entsprechend wird das Rechtsgut definiert als „wertafter Zustand“ (Frisch, Stree/Wessels-FS 70), als „objektiver Wert, den das geschützte Gut in sich schließt“ (Blei I 89), als „vergeistigter ideeller Wert“ (Baumann/Weber/Mitsch 3/18), als „rechtlich geschützter abstrakter bzw. ideeller Wert der Sozialordnung“ (Jescheck/Weigend 257, Walter LK 13) oder als der „von wertvollen Sachverhalten ausgehende Achtungsanspruch“ (Schmidhäuser 2/30). Gesehens wird das Rechtsgut vielfach aber auch als eine Beziehung zu dem Objekt – dies zB iSe Rechts des Individuums bzw. des Staates (vgl. Altenhain, aaO 289ff.), einer „rechtlich anerkannten Interesses an bestimmten Gütern als solchen in ihrer generellen Erscheinungsart“ (M-Zipf I 19/12; ferner Kahlo aaO 27) – oder als eine zugleich die Wirkungsmöglichkeit der Person betonende werhafte „Funktionsheit“ (zB Jakobs 2/15, Otto I 1/32, Rudolphi Honig-FS 163; dazu auch Swoboda ZStW 122, 33 ff.). Eine Variante anderer Art der Rechtsgutslehre ist die Differenzierung zwischen dem Rechtsgut einer Verhaltensnorm und dem einer Sanktionsnorm – hier die Geltungskraft der Verhaltensnorm – als zwei verschiedene Rechtsgutsarten (Freund 1/9, MK 69f.). Zu weiteren Rechtsgutdefinitionen vgl. Köhler 25, Mir Puig GA 06, 667 sowie die Übersicht b. Stratenwerth, Lenckner-FS 378. Krit. Eser aaO 1020 ff., wonach das Opfer „heute hinter dem Rechtsgut nahezu vollkommen verschwunden“ sei (vgl. auch S. 1023 zu der Einbeziehung des Opfers bereits in den Verbrechens- und Strafbegriff); näher Burchard aaO S. 132 ff.

- 9a **a) Dogmatische Funktion.** Weniger betroffen von diesen unterschiedlichen Sichtweisen ist die dogmatische Funktion bzw. die praktische Leistungsfähigkeit des – hier „positivistisch“ verstandenen – Rechtsgutsbegriffs (vgl. auch Walter LK 8): Er ermöglicht die – im geltenden Recht nur unvollkommene – Systembildung des Bes. Teils. Auch ist er ein Hilfsmittel bei der Auslegung der einzelnen Strafvorschriften (vgl. § 1 RN 48; zu einer objektiven am Rechtsgutgedanken orientierten Urechtsbestimmung Spendl, Weber-FS 16; speziell zu seiner tabestandseinschränkenden Funktion Gössel aaO; krit. jedoch Appel aaO 356, 381 ff.; BVerfGE 120 242 lässt die Leistungsfähigkeit insoweit offen). Die Gleichsetzung mit deren Sinn und Zweck oder der „Abbreviatur des Zweckgedankens“ (Honig, Die Einwilligung des Verletzten [1919], 94, Grünhut, Frank-FG I 8; sog. methodologischer Rechtsgutsbegriff) ist dabei ungenau, weil Rechtsgüter vielfach nur gegen bestimmte Angriffe geschützt sind (zB § 263). Dennoch bleibt nicht zu verkennen, dass gerade in problematischen Fällen auch erst das Rechtsgut noch bestimmt werden muss, so dass die Gefahr zirkelschlüssiger Begründungen nicht von der Hand zu weisen ist (siehe auch Vogel GA 02, 529f., Walter LK 12 vor § 13). Von Bedeutung kann ferner die Unterscheidung sein, ob Rechtsgüter dem Einzelnen oder der Allgemeinheit zugeordnet sind (Individual- bzw. Universalrechtsgüter; zu dem hier bestehenden Meinungsstreit zwischen „monistischen“ und „dualistischen“ Lehren vgl. Hassemer/Neumann NK 128ff. vor § 1, vgl. ferner Günther in: Neumann/Prittitz aaO 15 ff., Wohlers aaO 221 ff.). Zudem ist bei Individualrechtsgütern zu berücksichtigen, ob es sich um höchstpersönliche Güter oder um Vermögensgüter handelt: Erstere spielt zB bei der Notwehr (vgl. § 32 RN 8) und bei der Einwilligung (vgl. 36 vor § 32) eine Rolle, letztere zB in der Konkurrenzlehre (vgl. 23 ff. vor § 52).
- 10 **b) Legitimation der Strafbarkeit.** Zu unterscheiden von diesem „systemimmanenter“ bzw. „positivistisch-dogmatischen“ Verständnis des Rechtsgutsbegriffs ist dessen „**systemkritische**“ Funktion (vgl. Hassemer/Neumann NK 113 vor § 1, Theorie usw. 19ff.; dagegen Hirsch, Spinellis-FS 436, 445; zu den Grenzen einer solchen Unterscheidung vgl. Baretta aaO 395 ff.). Hier geht es um die Frage, welche Güter und unter welchen Voraussetzungen diese strafrechtlich schutzwürdig sind, und damit um Inhalt und Grenzen des staatlichen ius puniendi und eines materiellen Verbrechensbegriffs (für ein Drei-Stufen-Schema M. Heinrich, Roxin-FS-II 148 ff.). Grundforderung für die **Legitimation eines Tatbestandes** hat zu sein, dass sich das Strafrecht auf in besonderem Maße sozial-schädliches Verhalten zu beschränken hat und dass deshalb nur die elementaren und eindeutig substantiellbaren Lebensinteressen des Einzelnen oder der Gesellschaft in den Rang strafrechtlich geschützter Rechtsgüter erhoben werden dürfen (zu Entmaterialisierungstendenzen Krüger aaO 20 ff.; zu Zielkonflikten Eser, Lüderssen-FS 200 f.). Was eine negative Ausgrenzung anbelangt, so können vor allem Gefühle, unmoralische Verhaltensweisen oder solche Verhaltensweisen, die gesellschaftliche Tabus brechen und zu keiner Rechtsgutsverletzung führen, eine Strafbarkeit nicht rechtfertigen (näher Hörnle aaO 52 ff., 108 ff., Kühl, Heinz-FS 776, Roxin I 2/13 ff., 43 ff., Schünemann, Symp. 140 ff.; ferner Frister 3/29, Karst aaO 161 ff., Sternberg-Lieben in: Hefendehl u.a., Die Rechtsgutstheorie 74; Zabel JR 08, 457 jew. zu § 173; vgl. aber auch zu den sog. Verhaltensdelikten Stratenwerth in: Hefendehl ua, Die Rechtsgutstheorie u. in Mediating Principles, 161 f., Seelmann, Jung-FS 898 ff.; für den Schutz von Tabus bzw. Gefühlen Volk, Roxin-FS-II 224 f.). Mehr als eine allgemeine Maxime ist dies jedoch nicht, die, je komplexer die Lebenssachverhalte und je diffuser die einem immer rascheren Wandel unterworfenen Wertvorstellungen in der Gesellschaft werden, letztlich mehr Fragen aufwirft als sie beantwortet. Letztlich wird sich praktisch für jeden Straftatbestand ein Rechtsgut formulieren

lassen, über dessen Gewicht sich dann zudem streiten lässt (vgl. auch Hörnle, Grob anstößiges Verhalten 467, Walter LK 9; vgl. aber auch Roxin I 2/50: „ziemlich konkrete Argumentationsrichtlinien“); besonders anfällig hierfür sind vor allem die Kollektivrechtsgüter (Hörnle aaO 88, Hefendehl aaO 82, Roxin 2/10). Andererseits wird man sich hier trotz gegenläufiger Entwicklungen auf Europäischer Ebene (vgl. Vogel GA 02, 529 f., rechtsvergleichend Bacigalupo, Jakobs-FS 3 ff.) auch im Hinblick auf das *ultima ratio*-Prinzip künftig wieder deutlicher als bisher vergegenwärtigen müssen, dass wirklich nur elementare Interessen des Gemeinschaftslebens des strafrechtlichen Schutzes bedürfen (Sondervotum Hassemer BVerfGE 120 256).

c) Verfassungsrechtliche Anforderungen. Auch die Werteordnung der **Verfassung**, auf die hier häufig rekurriert wird, ist als Erkenntnisquelle nur von begrenztem Wert, weil ihr hinreichend sichere Aussagen darüber, welche der in ihr enthaltenen Werte mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden dürfen oder gar müssen, vielfach nicht entnommen werden können und sich so zahlreiche neue Rechtsgüter schaffen ließen (vgl. auch Eser, Mestmäcker-FS 1019, Hesel aaO 173 ff., Lagodny aaO 145 ff., Sacher aaO 142 f., Walter LK 9; zu verfassungsrechtlichen Schutz- und Pönalisiereungspflichten Müller-Dietz, Zipf-GedS 123 ff.; zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht s. auch 30 ff. vor § 1). Im Übrigen stehen sich Rechtsgutslehre und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Strafgesetzgebung aber keineswegs unvereinbar gegenüber. Das BVerfG misst die Strafgesetze traditionell am **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (Übermaßverbot), wobei es demnach Sache des Gesetzgebers ist, die Strafzwecke und die zu schützenden Güter festzulegen (BVerfGE 23 133, 50 162, 120 240; s. auch Appel aaO 177, Lagodny aaO 143, 179, wonach keine sehr hohen verfassungsrechtlichen Hürden bestehen). Neuerdings wird betont, dass für strengere Anforderungen durch die Rechtsgutslehre kein Raum sei, und damit zugleich die Bedeutung der Rechtsgutslehre für die Legitimation von Straftatbeständen in Frage gestellt (BVerfGE 120 241 f. [zum Inzestverbot des § 173]; ferner EGMR FamRZ 2012, 937 u. dazu Kubiciel ZIS 12, 282 ff., Jung GA 12, 617 ff., § 173 RN 1). Die Entscheidung hat deutliche Kritik hervorgerufen (Greco ZIS 08, 234, M. Heinrich, Roxin-FS-II 140 ff.; Hörnle NJW 08, 2085, Noltenius ZJS 09, 15, Roxin StV 09, 544, Scheinfeld, Roxin-FS-II 183, Zabel JR 08, 453; vgl. auch schon zuvor Schünemann in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 145). Richtig daran ist zunächst aber, dass der Gesetzgeber nicht durch vorpositive Wertungen gebunden sein kann (Hilgendorf NKrimP 10, 125, Romano, Roxin-FS-II 166, Stuckenberg GA 11, 657). Bei der Frage, welche Zwecke mit der Strafgesetzgebung verfolgt werden können, greifen Rechtsgutslehre und verfassungsrechtliche Anforderungen aber ineinander; das Verhältnismäßigkeitsprinzip setzt als Bezugspunkt seinerseits ein zu schützendes Gut voraus, wofür die Rechtsgutslehre Anhaltspunkte liefern kann, ohne dass damit das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung vorgegeben wäre (vgl. auch Greco ZIS 08, 238, Hassemer in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 60, Hefendehl GA 07, 5 f., Noltenius ZJS 09, 17, Roxin I 2/92, StV 09, 549, Stächelin aaO 163 ff.). Umgekehrt liefert aber auch die Verfassung für die Frage der Wertigkeit eines Rechtsgutes wichtige Anhaltspunkte (BVerfGE 27, 29, Baumann/Weber/Mitsch 3/12, Stächelin aaO 80 ff.), wobei es einer Verletzung eines Verfassungsguts aber nicht zwingend bedarf (BVerfGE 90 173 ff., 120 240; s. aber auch Bottke, Lampe-FS 488 f.). Trotz eines zunächst abweichend beschriebenen Ausgangspunktes sieht dann auch BVerfGE 120 224 ff. Rechtsgüter als schützenswert an, die gar nicht vom Gesetzgeber als Zweck des Strafgesetzes benannt, sondern auf Grundlage der Rechtsgutslehre im Schriftum entwickelt wurden (vgl. auch Sondervotum Hassemer BVerfGE 120 257, Kühl, Heinz-FS 769, Steinberg, Rüping-FS 102 f.); ferner spricht es selbst von der „ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“ (BVerfGE 120 239 f.; dazu aber auch Bottke, Volk-FS 104). Freilich weicht es von den Begrenzungen der Rechtsgutslehre wieder ab, wenn es ausdrücklich offenlässt, ob nicht ein nur moralwidriges Verhalten eine Strafvorschrift verfassungsrechtlich legitimieren kann; wenn, sodann unscharf auf eine „kulturhistorisch begründete, nach wie vor wirkkräftige gesellschaftliche Überzeugung von der Strafwürdigkeit“ abgestellt wird, läuft dies sogar auf den Schutz von bloßen Moralvorstellungen hinaus (s. BVerfGE 120 248 f., Stratenwerth in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie u. in Mediating Principles, 161 f., Stuckenberg GA 11, 659; mit Recht dagegen Hassemer aaO 257 f., Greco ZIS 08, 235 ff., Roxin StV 09, 545). Insgesamt wird das BVerfG damit aber den eigenen, an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gestellten Anforderungen nicht gerecht, wonach Strafrecht nur eingesetzt werden soll, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verboteinsein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“ (vgl. auch BVerfGE 27, 29, 88 257 f.). Derartige Begründungsmängel lassen sich auch nicht mit dem Verweis auf einen nicht unerheblichen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers kaschieren (so aber zB BVerfGE 90 172 f., 120 240); denn andernfalls würde die verfassungsrechtliche Überprüfung von Strafgesetzen, die für den Bürger mit besonders gravierenden Eingriffen verbunden sind, unterlaufen (vgl. Hassemer aaO 255, 272, Bottke, Volk-FS 104, 107 ff., Hörnle NJW 08, 2088, Noltenius ZJS 09, 17 f., Swoboda ZStW 122, 46 ff.; Zabel JR 08, 456, Ziethen NStZ 08, 617 f.; krit. zur Zubilligung eines weiten Ermessensspielraums auch Appel aaO 182, Hefendehl aaO 44 f., Hörnle aaO 31 ff., Roxin I 2/87; näher Sternberg-Lieben in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 77 ff.). Im Übrigen weist auch der **ultima ratio-Grundsatz** deutliche Bezüge zur verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung, wonach der Gesetzgeber grundsätzlich auf gleich wirksame, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkende Mittel zurückzugreifen hat, auf (so auch Appel aaO 177, Hilgendorf NKrimP 10, 125, Kühl, Tiedemann-FS 41, Heinz-FS 772, Roxin I 2/87, Stratenwerth/Kuhlen 2/20). Letztlich bleibt noch darauf hinzuweisen,

Vorbem. §§ 13 ff.

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

sen, dass bei der Strafgesetzgebung die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Schuldprinzip, das der Berücksichtigung präventiver Erwägungen Grenzen setzt, eingeengt wird (vgl. auch Appel aaO 578; ferner u. 103/104).

- 10b **d) Alternative Konzeptionen.** Das inzwischen auch in Deutschland vermehrt diskutierte „**Harm Principle**“ (Schädigungsprinzip) und das „**Offence Principle**“ (Störungs- bzw. Belästigungsprinzip) des angelsächsischen Rechtskreises weisen inhaltliche Bezüge zur Rechtsgüterlehre auf (vgl. Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law, 1984 ff.; vgl. dazu näher in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie, die Beiträge von A. v. Hirsch 13 ff., Kahlo 26 ff., Seelmann 261 ff., Stratenwerth 255 ff., Wittig, 239 ff.; ferner A. v. Hirsch, GA 02, 2 ff., Eser-FS 189, Roxin I 2/123 ff., speziell zu § 173 s. Karst aaO 173 ff.). Das „**Harm Principle**“ erfasst dabei Schädigungen als Beeinträchtigungen der Interessen anderer Individuen, während das „**Offence Principle**“ unter engeren Voraussetzungen Belästigungen unterhalb dieser Grenze einbeziehen soll. Freilich ist zumindest mit einem deutlichen Fragezeichen zu versehen, ob diese Prinzipien eine eindeutige und solide Basis für die Legitimation von Strafbestimmungen sein können (s. auch Bacigalupo, Jakobs-FS 13, Swoboda ZStW 122, 39 f.); so ist etwa das Belästigungsprinzip trotz aller Präzisierungsversuche noch recht unscharf, wenn hierfür entscheidend sein soll, „ob ein Verhalten andere in grober Weise rücksichtslos oder respektlos behandelt“ (so v. Hirsch, Eser-FS 195 ff. mit Bsp., Herzberg-FS 922 ff.). Vor allem darf aber auch hier die verfassungsrechtliche Perspektive nicht außer Acht gelassen werden. Insgesamt: Patentrezepte der Rechtswissenschaft für den Gesetzgeber gibt es bei dem „in letzter Zeit unter die Räder gekommenen“ Rechtsgüterschutzprinzip im Strafrecht (so Hassemer, Schlüchter-GedS 151) nicht und kann es auch nicht geben. Auch das in diesem Zusammenhang zT ins Feld geführte „**viktimodogmatische Prinzip**“ kann letztlich kein entscheidendes Korrektiv sein (vgl. näher u. 70 b).
- 11 **2. Pflichtverletzung.** Das Verbrechen ist zugleich Pflichtverletzung (vgl. o. 8, aber auch Hassemer, Schlüchter-GedS 154 FN 75, Hefendehl aaO 48 ff.). Durch die Rechtsgutsverletzung allein kann die Straftat noch nicht hinreichend gekennzeichnet werden. Denn einmal kann ein Verhalten auch strafbar sein, obwohl es im Einzelfall an der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts fehlt (untauglicher Versuch). Zum Anderen genügt umgekehrt für das Strafrecht in keinem Fall schon die bloße Rechtsgutsverletzung iSd Verursachung eines negativ bewerteten Zustandes (and. im Zivil- und öffentlichen Recht, wo schon die Verursachung einer Verletzung oder Gefährdung Rechtsfolgen auslösen kann). So hat zB auch der völlig korrekt fahrende Kraftfahrer, dem ein Kind in das Auto läuft, ein Rechtsgut verletzt; gleichwohl fehlt es hier an einer wesentlichen Verbrechensvoraussetzung. Entscheidend ist für das Strafrecht vielmehr immer auch das „Wie“ der Rechtsgutsverletzung. Ausgehend davon, dass es bestimmte Güter durch die Sanktionierung von Verhaltensnormen schützen will, die zu einem im Hinblick auf die Rechtsgüter richtigen Verhalten motivieren sollen, ist es vielmehr gerade die in der Missachtung der Norm liegende Pflichtverletzung, welche die bloß kausale Herbeiführung der Rechtsgutsverletzung zum Verbrechen macht. Dabei wird diese Pflichtverletzung sowohl durch den besonderen „*Handlungsunwert*“ (u. 52/53 ff.) als auch durch den besonderen „*Gesinnungsunwert*“ (u. 119 f.) charakterisiert, die beide das *Verhalten* des Täters als sozialethisch besonders verwerlich erscheinen lassen und damit strafwürdig machen.
- 12 **II. Aufbau des Verbrechensbegriffs.** Um die Straftat als Ganzes durch allgemeine Merkmale theoretisch zu erfassen, wird sie – zurückgehend auf Beling (Die Lehre vom Verbrechen [1906], 7; dazu Ambos JA 07, 1) – üblicherweise als eine **tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung** bestimmt, eine Definition, die auch Eingang in die Gesetzgebung (§ 1 OWiG) und Rspr. gefunden hat (zu dieser vgl. zB RG 61 247, 66 397, BGH 1 132, 9 375; krit. zu dieser Definition Puppe NK 3 ff., Otto-FS 390 ff.; zur Entwicklung der Verbrechenslehre vgl. zB Gallas ZStW 67, 2 ff., Jescheck/Weigend 199 ff., Roxin I 7/12 ff.; zur „personalen Straftatlehre“ Freund MK 24 ff.; für ein „postfinalistisches Verbrechensmodell“ mit den Kategorien „Einheit aus Unrecht und Schuld, Opportunitätsregeln und Prozessrecht“ Walter aaO 196 ff., LK 27; für eine Definition des Verbrechens als „Machtmisbrauch“ Sinn aaO 295 ff.). Dabei bedeutet die *Tatbestandsmäßigkeit* der Handlung, dass sie mit den vom Gesetz umschriebenen Merkmalen eines bestimmten Deliktstypus übereinstimmt; die *Rechtswidrigkeit* bezeichnet das den Widerspruch zu den generellen Sollens-Anforderungen des Rechts ausdrückende negative Werturteil über die Tat, während die *Schuld* den Sachverhalt meint, auf Grund dessen dem Täter aus seiner Tat ein Vorwurf gemacht werden kann. Damit wird der Verbrechensbegriff zwar äußerlich in einzelne Elemente „zerlegt“, doch ändert dies nichts daran, dass das deliktische Geschehen immer in seiner Gesamtheit zu sehen ist, wenn auch unter dem veränderten Blickwinkel der jeweiligen Verbrechenskategorie. Daraus ergibt sich zB, dass ein bestimmtes Deliktsmerkmal an einer späteren Stelle im Deliktaufbau nicht deshalb keine Bedeutung mehr haben kann, weil es bereits an früherer Stelle in Erscheinung getreten ist (vgl. zum Ganzen Roxin I 7/4 ff., Schild, Die „Merkmale“ usw. 32 ff., wonach die Straftatmerkmale nur als „Momente“ des Ganzen und im Ganzen der Einheit der Straftat gedacht werden können). – *Zum Ausland bzw. rechtsvergleichend* vgl. Sieber/Cornils aaO 351 ff., ferner Ambos ZIS 06, 467 ff., Freund MK 110 ff., Helmert aaO, Jescheck ZStW 98, 1 ff., Tiedemann, Lenckner-FS 420 ff., Vogel GA 1998, 127 ff. – Zur *Europäischen Strafrechtsdogmatik* Killmann, in: Sieber u. a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, Vogel GA 02, 519, 530 ff., vgl. ferner den Vorschlag eines AT für „Europa-Delikte“ in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 91 ff.; zum Europäischen Strafrecht näher 25 ff. vor § 1. – Zur *völkerrechtlichen Straftatlehre* zB Ambos aaO 517 ff., Jesse, Der Verbrechensbegriff des Römischen Staats, 2009, 21 ff., Satzger 15/16 ff., Werle 395; zum Völkerstrafrecht näher 20 ff. vor § 1.

Umstritten ist, ob es zwischen der tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung und ihrer Strafbarkeit noch weitere Systemstufen in Form der **Strafwürdigkeit** und/oder **Strafbedürftigkeit** gibt, wobei diese Begriffe zT allerdings mit unterschiedlichem Inhalt versehen werden (vgl. zB Altpeter aaO, Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungsgründe usw. [1976] 242 ff., Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus usw. [1985] 30 ff., Frisch, Stree/Wessels-FS 77 ff. u. in: Wolter/Freund 152, 162 ff., Lampe, Roxin-FS 62 ff., Langer, Das Sonderverbrechen [1972] 275 ff., 327 ff., Otto-FS 107, Otto, Schröder-GedS 53, Roxin I 23/34 ff., Schmidhäuser 2/5 ff., Wolter GA 96, 208 ff. u. in Wolter/Freund 1 ff.). Für die Strafwürdigkeit ist dies jedoch schon deshalb zu verneinen, weil sie nur mit Inhalten angefüllt werden könnte, die sachwidrig dem – per se schon strafwürdigen – Unrecht und der Schuld entzogen werden (vgl. näher zB Otto aaO, Volk aaO; and. zB Langer aaO). Ebenso ist mit der Strafwürdigkeit idR auch die Strafbedürftigkeit iSd Notwendigkeit einer Bestrafung gegeben (vgl. zB Rudolphi SK 12 vor § 19).

Ausnahmsweise anders ist dies lediglich bei einem Teil der jenseits von Unrecht und Schuld liegenden **objektiven Bedingungen der Strafbarkeit** und der **Strafausschließungs- und Strafaufhebungegründe** (näher dazu u. 124 ff. sowie 127 ff. vor § 32). Weil unter den Strafbarkeitsbedingungen usw. aber auch solche sind, die nicht auf dem ausnahmsweisen Fehlen der Strafbedürftigkeit, sondern darauf beruhen, dass eine bestehende Strafbedürftigkeit im Konflikt mit anderen außerstrafrechtlichen Interessen zurücktreten muss (u. 124 u. 128 vor § 32), kann auch die Strafbedürftigkeit nicht das gemeinsame Dach für eine eigene Deliktskategorie sein. Gleichwohl sind auch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen usw. insofern zusätzliche Straftatmerkmale, als sie – iU zu den Prozessvoraussetzungen – gleichfalls die materiellen Voraussetzungen für das Entstehen des staatlichen Strafan spruchs betreffen (daher auch Freispruch bei ihrem Fehlen bzw. Vorliegen) und daher zum Gesamtatbestand gehören (vgl. Eisele aaO 113, Krahf aaO 10). Sie in einer weiteren Deliktsstufe „sonstiger Strafbarkeitsvoraussetzungen“ zusammenzufassen, wäre daher die systematische Konsequenz. – Außerhalb des Deliktsystems bleiben die Fälle fehlender Strafbedürftigkeit, in denen, anders als bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen usw., lediglich ein **Abssehen von Strafe** – hier iVm einem den Täter gleichfalls in seinen Grundrechten berührenden Schuld spruch, der seinerseits bereits eine Rechtsfolge der Tat darstellt (60 vor § 38; vgl. dazu auch Appel aaO 467, Schild, Lenckner-FS 310 f.) – oder eine **Verfahrenseinstellung** gem. §§ 153 ff. StPO die Folge ist (vgl. Roxin I 23/41 ff.; zum Bagatellprinzip vgl. auch u. 70 a). Selbst wenn deren Einbeziehung in das Straftat system oder dessen „Verlängerung“ in das Prozessrecht im Hinblick auf die Strafgesetzgebung der Gegenwart ein gangbarer Weg sein sollte (vgl. mit Unterschieden im Einzelnen zB Frisch, Stree/Wessels-FS 98 ff. u. in Wolter/Freund 201 ff., Freund ebd. 44 ff., Nauke, Maurach-FS 203 [zu § 153 StPO], Wolter, in Wolter/Freund 5 ff.), blieben Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld doch immer die Grundbausteine eines solchen Systems.

1. Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit. Die hM vertritt entsprechend der Definition des Verbrechens als einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung einen „**dreistufigen**“ Verbrechensbegriff, bei dem die Rechtswidrigkeit zu der Tatbestandsmäßigkeit hinzukommen muss (zB Baumann/Weber/Mitsch 12/1 ff., Frister 7/8 ff., Gallas ZStW 67, 19, 27, Heinrich 87 ff., Heuchemer aaO 161 ff., Hirsch aaO 371 bzw. 1935 ff., Kühl 1/22 ff., L-Kühl 6, 17, Roxin I 10/16 ff. [and. noch Offene Tatbestände usw. 121 ff., 173 ff.], Welzel 49 ff.; weitere Nachw. Vorauf. RN 16). Hingegen geht die **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen** von einem „Gesamt-Unrechtstatbestand“ aus (zB Engisch, ZStW 70, 583 ff., Freund MK 216, Arthur Kaufmann ZStW 76, 564 ff., Koriath aaO 322 ff., Otto I 5/23 ff., Rinck aaO 309 ff. (mit zT eigener Konzeption), Schünemann GA 85, 348 ff., Walter aaO 87 ff., LK 158; dagegen und gleichwohl für einen zweistufigen Deliktaufbau Schmidhäuser Engisch-FS 454 [krit. dazu Roxin ZStW 83, 383 ff.]; gegen eine Trennung von Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsstufe auch Lesch aaO 274 f., Rönnau LK 12 ff. vor § 32, Schmid aaO 84 ff., 98): Danach ist der Tatbestand nicht nur „ratio cognoscendi“, sondern „ratio essendi“ der Rechtswidrigkeit, dh er bestimmt für den konkreten Fall abschließend die Grenzen von Recht und Unrecht, indem er nicht nur die delikttypischen, sondern alle die Rechtswidrigkeit betreffenden Merkmale umfasst. Da dazu aber auch das Fehlen von Rechtfertigungsgründen gehört, das für die Unrechtsbewertung die gleiche Bedeutung hat wie das Vorliegen der unrechtsbegründenden („positiven“) Tatbestandsmerkmale, gehört nach dieser Lehre das Nichtvorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts bereits zum Tatbestand iSe „Gesamtunrechtstatbestands“. Deshalb ist zB eine Körpervorverletzung in Notwehr in diesem Sinne schon nicht „tatbestandsmäßig“. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit werden auf diese Weise zu einer einheitlichen Wertungstufe verbunden, was zu einem „**zweistufigen**“ Deliktaufbau führt. Da der Tatbestand in der Umschreibung eines Delikttypus auch schuldtypisierende Merkmale enthalten kann (vgl. u. 122 f.), kann diese Verschmelzung freilich nur solche Merkmale des „positiven“ Tatbestands erfassen, die ihrerseits unrechtfertigend sind. Bedeutung hat diese Lehre beim Irrtum über rechtfertigende Tatumstände (zB Putativnotwehr) erlangt: Sind diese lediglich „negative“ Merkmale des Tatbestands, so soll die irrtümliche Annahme solcher Umstände unmittelbar zur Anwendung des § 16 (Vorsatzausschluss) führen (vgl. aber auch u. 19), während bei einem „**dreistufigen**“ Verbrechensaufbau die Behandlung solcher Irrtumsfälle zunächst offen bleibt (Vorsatzausschluss analog § 16, Rechtsfolgenverweisung iSd § 16, bloßer Verbotsirrtum; vgl. § 16 RN 14 ff.).

a) Kritik am dreistufigen Deliktaufbau. Zuzustimmen ist der Lehre v. d. neg. Tbm. insofern, als es für die strafrechtliche Bewertung eines Verhaltens nur *zwei Wertkategorien* geben kann: Die

Vorbem. §§ 13 ff.

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

Rechtswidrigkeit, in der das Werturteil über die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehende Tat liegt, sowie die mit der Schuld begründete persönliche Vorwerbarkeit, die ein Unwerturteil über den Täter enthält (vgl. auch Puppe NK 11ff.). Demgegenüber hat die Tatbestandsmäßigkeit nicht die Bedeutung einer besonderen Wertungsstufe (vgl. zB Schünemann GA 85, 349, Wolter aaO 143; vgl. aber auch Jakobs 6/51 ff., W-Beulke 115). Zwar ist der Tatbestand nicht lediglich, wie die ältere Lehre angenommen hat, eine wertfreie Beschreibung objektiver Eigenschaften von Handlungen (vgl. zB Beling aaO 147, 178 ff.; dazu Eisele aaO 109). Ebenso wenig kann die tatbestandsmäßige Handlung selbst wegen der darin liegenden Rechtsgutsverletzung als wertneutral angesehen werden. Ein *rechtliches* Werturteil ist damit jedoch noch nicht verbunden, denn ob die Handlung im Einzelfall tatsächlich dem Recht widerspricht, ergibt sich erst, wenn auch die Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen entschieden ist (vgl. auch Paeffgen aaO 408: nur „bedingtes Werturteil“; and. Gropp 6/13 ff.). Daran ändert sich auch nichts, wenn man davon ausgeht, dass die dem Tatbestand zugrunde liegende Norm nicht die endgültige, durch Rechtfertigungsgründe schon inhaltlich von vornherein begrenzte Verhaltensnorm ist („Du sollst nicht töten, außer im Fall der Notwehr usw.“), sondern eine zunächst noch allgemeine, nicht durch entsprechende Erlaubnisvorbehalte eingeschränkte Verbots- oder Gebotsnorm („Du sollst nicht töten“). Denn auch eine mit der Tatbestandsmäßigkeit gegebene „Normwidrigkeit“ (Hirsch LK¹¹ 6 vor § 32, Welzel 50, 80; krit. zB Otto I 5/27, Rönnau LK 12 vor § 32) dieser Art hat für sich allein noch kein sachliches Gewicht, vielmehr ist es hier erst das Zusammenspiel mit den neben den generellen Verbotsnormen tretenden Erlaubnissätzen (Rechtfertigungsgründe), das zu der für das Recht allein maßgeblichen Wertkategorie „rechtswidrig“ bzw. „rechtmäßig“ führt (Rönnau LK 12 vor § 32).

- 17 **b) Kritik an der Lehre v. d. neg. Tbm.** Zwar gibt es gesetzliche Tatbestände, die bereits alles enthalten, was endgültig auch die Rechtswidrigkeit des fraglichen Verhaltens ausmacht und wo deshalb Umstände, die sonst erst zur Rechtfertigung führen würden, bereits den Tatbestand ausschließen, weil dieser andernfalls seinen Sinn völlig verlieren und nicht einmal mehr „unrechtsindizierend“ wirken würde (vgl. zB zu § 240 II u. 66, Roxin I 10/16 ff.). Die Regel ist dies aber nicht. Hier widerspricht vielmehr die Lehre v. d. neg. Tbm. allgemeinen systematischen Erwägungen und der Methode des Gesetzes, das bei der Umschreibung deliktischen Verhaltens in den Tatbeständen des Bes. Teils zunächst von bestimmten „Leitbildern“ oder „Deliktstypen“ ausgeht (vgl. Gallas ZStW 67, 17, ferner zB Dreher, Heinitz-FS 219, Jescheck/Weigend 244 ff., L-Kühl 17, Roxin I 10/19, Wolter aaO 144 f., Tiedemann, in: Eser/Fletcher aaO 1009). Soweit diese durch Unrechtsmerkmale geprägt werden, ist der Tatbestand daher „Unrechtstypus“, dh er fasst die Umstände zusammen, die für das Unrecht einer bestimmten Deliktsart spezifisch sind (u. 45). Im Wesentlichen auf dasselbe läuft es hinaus, wenn stattdessen vielfach auch davon gesprochen wird, der Tatbestand umschreibe die „Verbotsmaterie“ (vgl. Welzel 49, Jescheck/Weigend 245, Stratenwerth/Kuhlen 7/8, Tiedemann aaO 1008). Von solchen Verhaltenstypen muss nun aber auch die Lehre v. d. neg. Tbm. ausgehen, dh auch nach ihr müssen die „positiven“ den „negativen“ Tatbestandsmerkmalen vorangestellt werden, weil über die Ausnahmen vom Verbot erst entschieden werden kann, wenn das Verbot als solches feststeht (vgl. auch Stratenwerth/Kuhlen 7/13).
- 18 Da es sich dabei jedoch um **zwei Wertungsvorgänge** handelt, sollte dem auch durch eine entsprechende Systembildung Rechnung getragen werden (so auch Tiedemann aaO 1010), zumal diese Wertungen durchaus eigenen Gehalt haben. Dies zeigt sich schon daran, dass die mit einer Einschränkung des „positiven“ Tatbestands – etwa durch Herausnahme einzelner Personengruppen oder Handlungen – verbundene Erweiterung des strafrechtlichen Handlungsspielraums nicht notwendigerweise auf der Anerkennung vorrangiger Werte beruhen muss, sondern auch ganz andere Gründe haben kann, dies uU sogar mit dem Ergebnis, dass das fragliche Verhalten außerstrafrechtlich rechtswidrig bleiben kann (auf dieser Möglichkeit beruht zB die durch BVerfGE 88 203, 273 f. verfassungsrechtlich als zulässig angesehene „Fristenlösung“ bei § 218; vgl. dazu jetzt § 218a I u. dort RN 12 ff.). Dagegen liegt den Rechtfertigungsgründen immer eine positive und auf das gesamte Recht „durchschlagende“ Wertentscheidung in dem Sinne zugrunde, dass entweder in sozialen Konfliktsituationen ein bestimmtes Gegeninteresse höher bewertet wird oder dass in gewissen Grenzen das fehlende Interesse des Verletzten als hinreichender Grund für die Preisgabe des geschützten Rechtsguts anerkannt wird (vgl. auch BVerfG aaO, Jescheck/Weigend 250, Roxin I 10/21; and. Rödig aaO 51). Hinzu kommt, dass Einschränkungen des „positiven“ Tatbestands immer auf eine entsprechende Beschränkung der gerade diesem Tatbestand zugrundeliegenden Verbotsnorm zurückzuführen sind, während Rechtfertigungsgründe in aller Regel in den Bereich verschiedener Verbote und Tatbestände hineinwirken (vgl. auch Roxin I 10/20). Auch dies spricht dafür, dass die Rechtfertigungsgründe nicht nur „negative Tatbestandsmerkmale“ sind, sondern dass sie in Gestalt besonderer Erlaubnissätze mit eigenem Gehalt zu den abstrakten, zunächst nur an den typischen Unrechtssachverhalten orientierten Verbotsnormen hinzutreten. Mit der Lehre v. d. neg. Tbm., welche die Rechtfertigungsgründe als bloße Ausnahmen von einem Verbot begreift, wäre ferner nicht zu begründen, dass und warum der von der tatbestandsmäßigen Handlung Betroffene bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zur Duldung des Eingriffs in seine Rechtsgüter verpflichtet sein kann, was bei einem tatbestandslosen Verhalten nicht der Fall zu sein braucht (vgl. W-Beulke 126, Wolter aaO 145 f.; zu den durch Rechtfertigungsgründe geschaffenen Duldungspflichten vgl. 10f. vor § 32). – Vgl. näher die 25. A.
- 19 **c) Praktische Bedeutung des Streits.** Im umgekehrten Verhältnis zum theoretischen Aufwand steht die praktische Bedeutung, wenn man nicht System- über Sachfragen entscheiden lässt. Insbes.