

Strafgesetzbuch: StGB

Kommentar

Bearbeitet von

Bearbeitet von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, (Gesamtredaktion), Prof. Dr. Walter Perron, Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Prof. Dr. Jörg Eisele, Prof. Dr. Bernd Hecker, Prof. Dr. Jörg Kinzig, Prof. Dr. Nikolaus Bosch, Prof. Dr. Frank Schuster, und Prof. Dr. Bettina Weißen, Unter Mitarbeit von PD Dr. Ulrike Schittenhelm

30., neu bearbeitete Auflage 2019. Buch. Rund 3410 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 70383 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

VI. Prinzipien der Tatbestandsbegrenzung	68	II. Dogmatische Einordnung	125
VII. Kausalzusammenhang und objektive Zurechnung	71	III. Praktische Bedeutung	126
E. Vorwerbarkeit und Schuld; der Schuldtatbestand	103/104	G. Die Einteilung der strafbaren Handlungen	127
I. Das Schuldprinzip	103/104	H. Die Unterlassungsdelikte im Besonderen	134
II. Tat- und Persönlichkeitsschuld ...	105/106	I. Echtes und unechtes Unterlassen	134
III. Funktionen des Schuldweges ...	107	II. Rechtsnatur des Unterlassens	139, 140
IV. Normativer Schuldweg	113	III. Handlungsmöglichkeit	141
V. Vorsatz- und Fahrlässigkeits-schuld	120/121	IV. Tatbestandsmerkmale der Unterlassung	146
VI. Gesinnungsmerkmale	122	V. Rechtswidrigkeit	157
VII. Objektiv gefasste Schuldmerkmale	123	VI. Abgrenzung von Tun und Unterlassen	158
F. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit	124	VII. Sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit	161
I. Begriff	124		

Inhalt des 2. Abschnitts. Das Gesetz regelt in diesem Abschnitt Grundvoraussetzungen der Strafbarkeit. Dabei besteht zwischen den einzelnen Vorschriften zT freilich nur ein recht loser systematischer Zusammenhang, wie überhaupt die „dogmatischen“ Bestimmungen insgesamt kein erschöpfendes und in sich geschlossenes Verbrechenssystem ergeben, sondern nur einzelne Elemente zu einem solchen beitragen. So lässt das Gesetz zwar erkennen, dass es von der überkommenen Verbrechenslehre ausgeht, nach der Rechtswidrigkeit und Schuld allgemeine Verbrechensmerkmale mit verschiedenem Inhalt sind (vgl. zB §§ 32, 34 einerseits, §§ 17, 19, 20, 35 andererseits; Loos, Maiwald-FS, 469). Nicht positiv entschieden ist damit aber zB, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit lediglich Schuldformen sind oder ob sie – zumindest auch – bereits das Unrecht der Tat kennzeichnen. Die §§ 13 ff. beschränken sich vielmehr darauf, besonders bedeutsame Fragen zu regeln.

Aufbau des 2. Abschnitts. Der 1. Titel beginnt mit zwei Bestimmungen (§ 13: Begehen durch Unterlassen, § 14: Handeln für einen anderen), welche die im Bes. Teil beschriebenen Tatbestands-handlungen in gewisser Hinsicht erweitern. Der folgende § 15 stellt zwar klar, dass nur vorsätzliches Handeln strafbar ist, wenn die fahrlässige Begehung nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, lässt aber offen, was unter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verstehen ist; die in §§ 16–18 E 62 und §§ 17, 18 AE enthaltenen Definitionen wurden vom Gesetz nicht übernommen, um die weitere dogmatische Entwicklung nicht zu behindern (BT-Drs. V/4095, S. 8). In einem gewissen inneren Zusammenhang dazu stehen die §§ 16, 17 (Irrtum) und 18 (erfolgsqualifizierte Delikte). Ausschließlich um Fragen der Schuld handelt es sich in den §§ 19–21 (Schuldunfähigkeit bzw. verminderte Schuldfähigkeit). Diesen „Grundlagen der Strafbarkeit“ folgen im 2. und 3. Titel Regelungen über die besonderen Tatformen des Versuchs und der Beteiligung mehrerer. Den Abschluss bilden Vorschriften, die – wenn auch keineswegs erschöpfend – den Ausschluss von Unrecht, Schuld oder Strafe behandeln, wobei der 4. Titel einige aus besonderen Notsituationen sich ergebende Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe betrifft, während der 5. Titel eine Sonderregelung für parlamentarische Äußerungen und Berichte enthält.

A. Tatstrafrecht und Täterstrafrecht

Schrifttum: Albrecht, „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, ZStW 117 (2005), 852. – ders., Vom Präventionsstaat zur Sicherheitsgesellschaft, Hassemer-FS, 3. – Aponte, Krieg und Feindstrafrecht, Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004. – ders., Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit, 30. Strafverteidigertag 2007, 145. – Arnold, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in fünf Thesen, in: Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit, 30. Strafverteidigertag 2007, 121. – Asholt, Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland, ZIS 11, 180. – Bung, Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs, HRSS 06, 317. – Cancio Meliá, Feind-,strafrecht?“, ZStW 117 (2005), 267. – Dahn, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940. – Erb, Feindstrafrecht in der Praxis? Der Fall des Rockers von Anhausen, Wolter-FS 19. – Gössel, Widerrede zum Feindstrafrecht, Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen, F.C. Schroeder-FS 33. – Greco, Über das so genannte Feindstrafrecht, GA 06, 96. – ders., Feindstrafrecht, 2010. – Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, in: Albrecht u.a., Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 100. – B. Heinrich, Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention – Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“, ZStW 121 (2009), 94. – Höffler, Tätertypen im Strafrecht und in der Kriminologie, ZStW 127 (2015), 1018. – Hörmle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“, GA 06, 80. – Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751. – ders., in: Eser u.a., Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende 2000, 51 ff. – ders., Staatliche Strafe, 2004, 45 ff. – ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRSS 04, 88. – ders., Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 839. – ders., Feindstrafrecht? – Eine Untersu-

Vor §§ 13ff. 3–6

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

chung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 06, 289. – *Jäger*, Der Feind als Paradigmenwechsel im Recht, Roxin-FS-II 71. – *Kauffmann/Lalissidou*, Präventivstrafrecht versus Feindstrafrecht, JR 16, 163. – *Kelker*, Zur Legitimation von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007. – *Kindhäuser*, Schuld und Strafe, zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“, F.C. Schroeder-FS 81. – *Leitmeier*, Das Feindstrafrecht – alter Wein aus der Tüte, HRRS 2015, 128. – *Mahrzahn*, Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats, 2010. – *Mezger*, Tat- und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht ZStW 60 (1941), 353. – *Morguet*, Feindstrafrecht – eine kritische Analyse, 2009. – *Muñoz Conde*, Über das Feindstrafrecht, 2007. – *ders.*, Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht, Volk-FS 495. – *Paeffgen*, Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht, Ameling-FS 81. – *Palazzo*, Feindstrafrecht, Strafrecht und Verfassung, Tiedemann-FS 15. – *Pawlak*, Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, 2008. – *Pérez del Valle*, Zur rechtsphilosophischen Begründung des Feindstrafrechts, Jakobs-FS 515. – *Polaino Navarrete*, Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht, Jakobs-FS 529. – *Polaino-Orts*, Grenzen vorverlagerter Strafbarkeit: Feindstrafrecht, Roxin-FS 91 ff. – *Rautenberg*, Rechtsstaatwidriges Feindstrafrecht oder notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung? Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 89a, 89b, 91 StGB, 2014. – *Roxin*, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 09, 544. – *Sacher*, Systemtheorie und Strafrecht, Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, ZStW 118, 574. – *Saliger*, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit, 30. Strafverteidertag 2007, 105. – *Schaffstein*, Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegsstrafrecht, DStR 1942, 33. – *Scheffler*, Freund- und Feindstrafrecht, Schwind-FS 123. – *Schick*, Feindstrafrecht als regulative Idee, 46. – *Schünemann*, Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, GA 03, 299. – *ders.*, Feindstrafrecht ist kein Strafrecht, Nehm-FS 219. – *Silva Sanchez*, Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem status personae, ZStW 118 (2006), 547. – *Sim*, Moderne Verbrechensverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht, ZIS 06, 107. – *Vörbaum* (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009.

- 3. 1. Tatstrafrecht.** Das StGB knüpft die Strafe an ein **bestimmtes Verhalten** an, das in den Tatbeständen des Bes. Teils umschrieben und dem Täter zum Vorwurf gemacht wird („Tatschuld“; vgl. auch u. 105). Nur die Tat als konkretes Geschehen und nicht eine bestimmte Struktur der Täterpersönlichkeit begründet die Strafbarkeit. Insofern ist das geltende Strafrecht **Tatstrafrecht und nicht Täterstrafrecht**, bei dem der Täter für sein So-Sein oder So-Gewordensein haftbar gemacht wird (näher B/W/M/E-Eisele 1/64; 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).
- 4. 1. Gewerbs-, geschäfts-, gewohnheitsmäßige Begehung.** Auch dort, wo die Strafbarkeit durch die Verwirklichung einer negativ bewerteten sozialen Rolle begründet bzw. erhöht wird, geht es um Tatstrafrecht (Gewerbsmäßigkeit zB in §§ 152a III, 152b II, 180a I, II Nr. 1, 243 I 2 Nr. 3, 260 I Nr. 1, 260a, 291 II Nr. 2; Geschäftsmäßigkeit in § 217; Gewohnheitsmäßigkeit in §§ 284 II, 292 II Nr. 1). Denn auch hier sind es nicht bestimmte „**kriminologische Tätertypen**“ (zu Tätertypen in der Kriminologie Höfller ZStW 127 (2015), 1041ff.), 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. B/W/M/E-Eisele 1/85; Roxin I 6/16).
- 5. 2. Lehre vom „normativen Tätertyp“.** Nach dieser Lehre (vgl. zB Dahm aaO 28ff., Mezger ZStW 60, 360, Schaffstein DStR 42, 38; dazu B/W/M/E-Eisele 1/84; Höffler ZStW 127, 1018ff., 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. Freilich 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 Strafbarkeiteinschränkung 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; freilich sollen diese Bezeichnungen im Rahmen einer Reform der Tötungsdelikte beseitigt werden (Anschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 27; vgl. auch 6 vor § 211).
- 6. 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 Navarrete, 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 Rechtfertigung aber Pérez del Valle, Jakobs-FS 515). Gegen ein solches Konzept ist jedoch einzutragen, dass bereits der Begriff des Feindstrafrechts zu vage bleibt und sich somit kaum klären lässt, wer als Feind einzustufen ist (vgl. Eser, in: Eser u.a., Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende 2000, 445, Hörnle GA 06, 91, Morguet aaO 20ff., Sacher ZStW 118, 608). Auch

widerspricht der damit verbundene Abbau der Beschuldigtengarantien elementaren Grundsätzen und lässt sich kaum in Einklang mit der grundgesetzlich geschützten Menschenwürde, dem Rechtstaatsprinzip, dem Schuldprinzip und der Unschuldsvermutung bringen (Albrecht ZStW 117, 856, Morguet aaO 256 ff., Muñoz Conde aaO 48 ff., Volk-FS 501 ff., Palazzo, Tiedemann-FS 18 ff., Roxin I 2/129, Saliger aaO 115 f., Sacher ZStW 118, 608; näher zur verfassungsrechtlichen Dimension Marzahn aaO 53 ff.). 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, 267 ff., Hefendehl StV 05, 158 f., 161, Roxin I 2/126 ff., Schünemann GA 03, 313; zur Gegenkritik Schick, ZIS 12, 51 ff.). 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, 184 ff.; B. Heinrich ZStW 121, 112 ff., Hörnle GA 06, 82, Kindhäuser, F.C. Schroeder-FS 95 ff., Morguet aaO 92 ff., Paeffgen, Ameling-FS 98 ff., Rautenberg aaO, 29 ff., Schick, ZIS 12, 46 ff.; Zöller, GA 16, 90; s. auch § 89a RN 1; krit. zu einem solchen Befund Jäger, Roxin FS II, 77 ff.; zum EU-Strafrecht Scheffler, Schwind-FS 127 ff.) und eine Orientierung hin zu einem Präventivstrafrecht stattfindet (vgl. auch München NJW 07, 2787, wonach §§ 129a, 129b „zumindest auch Polizeirecht in strafrechtlicher Gestalt“ sind; krit. zu dieser Entwicklung Bung HRRS 06, 139 f., Hassemer aaO 104 ff.). Abgesehen von kriminalpolitischen Aspekten werden die Grenzen einer solchen Entwicklung freilich nur vom Verfassungsrecht gezogen. – Umfassend zur Kritik die Beiträge in Vormbaum aaO; zu *internationalen Entwicklungen* Arnold aaO 132 ff., B. Heinrich ZStW 121, 105 ff., Muñoz Conde aaO 23 ff., Sinn ZIS 06, 109 ff.; speziell zur Situation in Kolumbien Aponte aaO, Morguet aaO 175 ff.

II. Täterpersönlichkeit und Deliktsfolgen. Von erheblicher Bedeutung ist die Täterpersönlichkeit dagegen bei der Auswahl und Bemessung der Deliktsfolgen (näher B/W/M/E-Eisele 1/75 ff.). Freilich kann auch insoweit von einem Täterstrafrecht nicht gesprochen werden, da dies ein Sanktionsystem 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).

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. – ders., Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung des Völkerstrafrechts, Wolter-FS 1285. – Ameling, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972. – ders., Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 82, 617. – Anastasopoulou, Deliktsarten zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005. – Appel, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998. – Bacigalupo, Unrechtsminderung und Tatverantwortung, A. Kaufmann-GS 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 Straftaterfordernis der Rechtsgutsverletzung, Lampe-FS 463. – ders., Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes, Volk-FS 93. – Brockmann, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 2015. – Burchard, „Irren ist menschlich“, 2008. – Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004. – Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-FS I, 401. – Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht, ZStW 127 (2015), 616. – ders., Personale Rechtsgutslehre und normativer Individualismus, Neumann-FS 547. – 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. Rechtvergleichende Perspektiven, Bd. I 1987, Bd. II 1988. – Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS 69 ff. – ders., Straftat u. Straftatsystem, in: Wolter/Freund, Straftat, Strafzumessung u. Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, 135 (zit.: in Wolter/Freund). – ders., Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsguttheorie 215. – ders., Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 16, 16. – 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-GS 133. – ders., Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsguttheorie 57. – Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002. – ders., Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA 02, 20. – ders., Das Rechtsgut als materieller Angelpunkt einer Strafform, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsguttheorie, 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 Rechtsguttheorie ge-

Vor §§ 13ff.

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

schah, GA 07, 1. – *ders.*, Eine soziale Rechtsgutstheorie, 577. – *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 Erlaubnistaatbestandsirrtum, 2005. – *Hilgendorf*, Punitivität und Rechtsgutslehre, NKrimP 10, 125. – *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960. – *ders.*, Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, Spinelli-FS 425. – *A. v. Hirsch*, Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur: 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 Offence: Schädigungsprinzip und Belästigungsprinzip als Kriterien für die Kriminalisierung von Verhalten, Herzberg-FS 915. – Die Rechtfertigung der Kriminalisierung: Personale Rechtsgutslehre und das anglo-amerikanische Harm principle, Neumann-FS 587. – *A. v. Hirsch/Wohlers*, Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsgutstheorie 196. – *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005. – *dies.*, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsgutstheorie 268. – *dies.*, Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 08, 2085. – *Hinnerfeld*, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93, 989. – *Hwang*, Freiheitsverkürzung im Namen des Rechtsgüterschutzes, ZStW 125 (2013), 209. – *Jahn/Brodowski*, Krise und Neuauflau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, JZ 2016, 969. – *Jakobs*, Recht und Gut – Versuch einer *strafrechtlichen* Begriffsbildung, Frisch-FS 81. – *Jeschek*, 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-dogmatisch-methodologischen Verhältnis, 1999. – *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000. – *Kudlich*, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 127 (2015), 635. – *Kühl*, Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, Tiedemann-FS 29. – *ders.*, Beobachtungen zur nachlassenden und begrenzten Legitimierungswirkung des Rechtsguts für Strafvorschriften, Heinz-FS 766. – *Kuhlen*, Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?, in: Wolter, Straftat, Strafzumessung u. Strafprozeß, 1996, 77. – *Lampe*, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, Roxin-FS 45. – *Landau*, Das ultima-ratio-Prinzip im Strafrecht, Schlick-FS 523. – *Langer*, Die tatbestandsmäßige Strafwürdigkeit, Otto-FS 107. – *Lesch*, Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999. – *Maiwald*, Die Krise der Tatbestandslehre, Puppe-FS 695. – *Martins*, Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutslehre, ZStW 125 (2013), 234. – *Maurach*, Schuld u. Verantwortung im Strafrecht, 1948. – *Müller-Dietz*, Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten, Zipf-GS 123. – *Mir Puig*, Rechtsgüterschutz durch dialogisches Strafrecht, GA 06, 667. – *Neumann*, „Alternativen; keine“. Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre in: Neumann/Prittitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ 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-GS 53. – *Paeffgen*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, A. Kaufmann-GS 399. – *ders.*, Das Rechtsgut – Ein obsoletter Begriff?, Wolter-FS 125. – *Pawlak*, „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter“, Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, Otto-FS 133. – *Peron*, Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, Lenckner-FS 227. – *Prittitz*, Strafrecht als propria ratio, Roxin-FS-II, 23. – *Puppe*, Der Aufbau des Verbrechens, Otto-FS 389. – *Renzikowski*, Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 07, 561. – *Rinck*, Der zweistufige Deliktaufbau, 2000. – *Rödiger*, 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 Rechtspflichtmerkmale, 2. A., 1970. – *ders.*, Kriminalpolitik und Strafrechtsystem, 1970. – *ders.*, Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts, Schünemann-Symp., 134. – *ders.*, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA 13, 433. – *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-FS 151. – *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006. – *Scheinfeld*, Normschutz als Strafrechtsgut?, Normentheoretische Überlegungen zum legitimaten 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*, Prinzipiengestützte 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*, Straffreistellung 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. – *Spandel*, Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem, Weber-FS 3. – *ders.*, zum Begriff des Verbrechens, Küper-FS, 597. – *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998. – *Steinberg*, Liberale Po-

tentiale 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 Rechtsguttheorie 65. – ders., Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der Beschimpfung religiöser Bekennnisse, FS Paetgen 31. – *Stratenwerth*, Zum Begriff des „Rechtsguts“, Lenckner-FS 377. – ders., Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsguttheorie 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 Zurechnungsbegriff, 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. – *Völk*, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus, ZStW 97, 871. – ders., Gefühlte Rechtsgüter, Roxin-FS-II 215. – *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006. – v. *Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtsystems, 1935. – *Wittig*, Rechtsguttheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in: Hefendehl u.a., Die Rechtsguttheorie 239. – *Wöhlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000. – ders., Rechtsguttheorie und Deliktsstruktur, GA 02, 15. – ders., Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik, Ameling-FS 129. – ders., Die Güterschulzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsguttheorie, GA 12, 600. – *Wölter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftat-System, 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. Milderung 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/B-Satzger 29; zur Straftat als Rechtsverletzung vgl. Renzikowski GA 07, 561ff.).

1. Begriff des Rechtsguts. Im Unterschied zum allgemeinen, auch außerstrafrechtliche Güter umfassenden Begriff des Rechtsguts, wie er zB in § 34 vorkommt (vgl. dort RN 9), geht es hier nur um solche als sozial wertvoll erkannten Lebengüter, die speziell unter dem besonderen Schutz des Strafrechts stehen (zur Geschichte des „Rechtsguts“ vgl. zB Ameling, Rechtsgüterschutz 15ff., 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.; zum Völkerstrafrecht Ambos, Wolter-FS 1285 ff.; zur Europäischen Strafrechtsdogmatik vgl. aber auch Vogel GA 02, 529 f.). Da materieller Kern und Bezugspunkt aller rechtlichen Verbote und Gebote irgendwelche zu schützenden Güter oder Werte sind, liegt auch den 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 Schutz zentrale Aufgabe (näher Hefendehl aaO, Anastasopoulou aaO, 5, 289, 319 ff., Roxin, Schünemann-Symp. 139 f.; Sternberg-Lieben, Paetgen-FS 33 f.). Zu unterscheiden sind die Rechtsgüter (Schutzobjekte) von dem **körperlich-konkreten Angriffs- oder Tatobjekt** (zB bei § 303 die konkrete Sache, vgl. dazu B/W/M/E-Eisele 1/10, 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 28 ff., Roxin I 2/66 f.). 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 Engländer ZStW 127, 619 ff., Suhr JA 90, 306 ff.). Abzustellen ist hier auf das ideell gesehene Objekt als solches; dem entsprechend wird das Rechtsgut definiert als „werthafter Zustand“ (Frisch, Stree/Wessels-FS 70), als „objektiver Wert, den das geschützte Gut in sich schließt“ (Blei I 89), als „vergeistigter ideeller Wert“ (B/W/M/E-Eisele 2/10), 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). Geschen wird das Rechtsgut vielfach aber auch als eine Beziehung zu dem Objekt – dies zB iSe Rechte des Individuums bzw. des Staates (vgl. Altenhain, aaO 289 ff.), eines „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 „Funktionseinheit“ (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 69 f.).

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. etwa die Definition in § 184h; siehe auch § 1 RN 48, Brockmann aaO 128 ff., 9a

Vor §§ 13ff. 10, 10a

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

Kudlich ZStW 127, 637ff.; zu einer objektiven am Rechtsgutsgedanken orientierten Unrechtsbestimmung Spendl, Weber-FS 16; speziell zu seiner tatbestandseinschränkenden Funktion Gössel aaO; krit. jedoch Appel aaO 356, 381ff.; BVerfG 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 erkennen, 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 Brockmann aaO 127f., 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 15ff., Wöhlers aaO 221ff.). Zudem ist bei Individualrechtsgütern zu berücksichtigen, ob es sich um höchstpersönliche Güter oder um Vermögensgüter handelt: Erstere spielen zB bei der Notwehr (vgl. § 32 RN 8) und bei der Einwilligung (vgl. 36 vor § 32) eine Rolle, letztere zB in der Konkurrenzlehre (vgl. 23ff. 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. Bareta aaO 395ff.). 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 148ff.). 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 substantielleren Lebensinteressen des Einzelnen oder der Gesellschaft in den Rang strafrechtlich geschützter Rechtsgüter erhoben werden dürfen (zu Entmaterialisierungstendenzen Krüger aaO 20ff.; zu Zielkonflikten Eser, Lüderssen-FS 200f.). 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 52ff., 108ff., Kühl, Heinz-FS 776, Roxin I 2/13ff., 43ff., GA 13, 440, Schünemann, Symp. 140ff.; ferner Frister 3/29, Karst aaO 161ff., Landau, Schlick-FS 532, Sternberg-Lieben in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie 74, Paeffgen-FS 34, Zabel JR 08, 457 jew. zu § 173; vgl. aber auch zu den sog. Verhaltensdelikten Stratenwerth in: Hefendehl u. a., Die Rechtsgutstheorie u. in Mediating Principles, 161f., Seelmann, Jung-FS 898ff.; für den Schutz von Tabus bzw. Gefühlen Volk, Roxin-FS-II 224f.). 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 – wie etwa Schutz des Sports beim Doping (vgl. §§ 1, 4 AntiDopG) – für jeden Straftatbestand ein Rechtsgut formulieren lassen, über dessen Gewicht sich dann zudem streiten lässt (vgl. auch Hörnle, Grob anstößiges Verhalten 467, Kudlich ZStW 127, 640ff., 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, 529f., rechtsvergleichend Bacigalupo, Jakobs-FS 3ff.) auch im Hinblick auf das ultima ratio-Prinzip künftig wieder deutlicher als bisher vergegenwärtigen müssen, dass wirklich nur elementare Interessen des Gemeinschaftslebens des straf. Schutzes bedürfen (Sondervotum Hassemer BVerfG 120 256).
- 10a 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 Engländer ZStW 127, 619ff., Eser Mestmäcker-FS 1019, Hesel aaO 173ff., Lagodny aaO 145ff., Sacher aaO 142f., Walter LK 9; zu verfassungsrechtlichen Schutz- und Pönalisierungspflichten Müller-Dietz, Zipf-GS 123ff.; zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht s. auch 30ff. vor § 1). Im Übrigen stehen sich Rechtsgutslehre und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Strafgesetzgebung aber keineswegs unvereinbar gegenüber (vgl. auch B/W/M/E-Eisele 1/15ff.; zust. Roxin GA 13, 450). Das BVerfG misst die Strafgesetze traditionell am **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (Übermaßverbot), wobei es demnach Sache des Gesetzgebers ist, die Strafzwecke und die zu schützenden Güter festzulegen (BVerfG 23 133, 50 162, 120 240; s. auch Appel aaO 177, Lagodny aaO 143, 179, wonach keine sehr hohen verfassungsrechtlichen Hürden bestehen; s. aber auch Roxin GA 13, 451f., wonach etwa das Zugänglichmachen von Tierpornografie iSd § 184a verfassungswidrig ist). 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 (BVerfG 120 241f. [zum Inzestverbot des § 173]; ferner EGMR FamRZ 2012, 937 u. dazu Kubiciel ZIS 12, 282ff., Jung GA 12, 617ff., § 173 RN 1). Die Entscheidung hat deutliche Kritik hervorgerufen (Greco ZIS 08, 234, M. Heinrich, Roxin-FS-II 140ff.; Hörnle NJW 08, 2085, Noltenius ZJS 09, 15, Roxin StV 09, 544, Paeffgen, Wolter-FS 152ff., 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 (Engländer, Neumann-FS 556 ff., Hilgendorf NKrimP 10, 125, Romano, Roxin-FS-II 166, Stuckenbergs GA 11, 657) und es keine Rechtsgüter gibt, die exklusiv zur Normierung von Strafvorschriften ermächtigen (Frisch NStZ 16, 22). 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 Rechtsgutstheorie 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., Sternberg-Lieben, Paeffgen-FS 37 f.). Umgekehrt liefert aber auch die Verfassung für die Frage der Wertigkeit eines Rechtsgutes wichtige Anhaltspunkte (BVerfG 27 29, B/W/M/E-Eisele 2/16, Stächelin aaO 80 ff.), wobei es einer Verletzung eines Verfassungsguts aber nicht zwingend bedarf (BVerfG 90 173 ff., 120 240; s. aber auch Bottke, Lampe-FS 488 f.). Trotz eines zunächst abweichend beschriebenen Ausgangspunktes sieht dann auch BVerfG 120 224 ff. Rechtsgüter als schützenswert an, die gar nicht vom Gesetzgeber als Zweck des Strafgesetzes benannt, sondern auf Grundlage der Rechtsgutstheorie im Schrifttum entwickelt wurden (vgl. auch Sondervotum Hassemer BVerfG 120 257, Kühl, Heinz-FS 769, Steinberg, Rüping-FS 102 f.); ferner spricht es selbst von der „ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“ (BVerfG 120 239 f.; dazu aber auch Bottke, Volk-FS 104). Freilich weicht es von den Begrenzungen der Rechtsgutstheorie 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. BVerfG 120 248 f., Stratenwerth in: Hefendehl u.a., Die Rechtsgutstheorie u. im Mediating Principles, 161 f., Stuckenbergs 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 Verbotein hinweg in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“ (vgl. auch BVerfG 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 BVerfG 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., Hwang ZStW 125, 209 ff., Roxin I 2/87; näher Sternberg-Lieben in: Hefendehl u.a., Die Rechtsgutstheorie 77 ff.). Im Übrigen weist auch der **ultima-ratio-Grundsatz bzw. Subsidiaritätsgrundsatz**, sofern er nicht nur als bloßes rechtspolitisches Postulat verstanden wird, deutliche Bezüge zur verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsprüfung auf, wonach der Gesetzgeber grundsätzlich auf gleich wirksame, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkende Mittel zurückzugreifen hat (so auch Appel aaO 177, Hilgendorf NKrimP 10, 125, Landau, Schlick-FS 530, Kühl, Tiedemann-FS 41, Heinz-FS 772, Roxin I 2/87, GA 13, 443 f., Prittitz, Roxin-FS-II, 23 ff., Stratenwerth/Kuhnen 2/20; i. e. auch Jahn/Brodowski JZ 16, 970). Dabei ist stets genau zu prüfen, welche alternativen Regelungsmechanismen dem Gesetzgeber – etwa im Zivil- oder Verwaltungsrecht – zur Verfügung stehen (näher – auch zu den damit verbundenen Problemen – Jahn/Brodowski JZ 16, 976 ff., die darauf abstellen, ob das Regelungsziel offensichtlich durch mildere Instrumente erreicht werden kann). Letztlich bleibt noch darauf hinzuweisen, 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).

d) Alternative Konzeptionen. Das auch in Deutschland diskutierte „**Harm Principle**“ (Schädigungsprinzip) und das „**Offence Principle**“ (Störungs- bzw. Belästigungsprinzip) des angelsächsischen Rechtskreises weisen inhaltliche Bezüge zur Rechtsguterlehre 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., Neumann-FS 587 ff., Eser-FS 189, Roxin I 2/123 ff., speziell zu § 173 s. Karst aaO 173 ff.; zum Völkerstrafrecht Ambos, Wolter-FS 1293 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.; krit. auch Sternberg-Lieben, Paeffgen-FS 35 f.). Vor allem darf aber auch hier die verfassungsrechtliche Perspektive nicht außer Acht gelassen werden.

2. Pflichtverletzung. Das Verbrechen ist zugleich Pflichtverletzung (vgl. o. 8, aber auch Hassemer, Schlüchter-GS 154 FN 75, Hefendehl aaO 48 ff.). Durch die Rechtsgutsverletzung allein kann

Vor §§ 13ff. 12-14

Allgemeiner Teil. Die Tat – Grundlagen der Strafbarkeit

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 „*Handlungsumwert*“ (u. 52/53 ff.) als auch durch den besonderen „*Gesinnungsumwert*“ (u. 119 f.) charakterisiert, die beide das *Verhalten* des Täters als soziethisch 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 deliktsche 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 Deliktsaufbau 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/Cornili 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 volkerrechtlichen Straftatlehre* zB Ambos aaO 517 ff., Jesse, Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts, 2009, 21 ff., Satzger 15/16 ff., Werle 395; zum Völkerstrafrecht näher 20 ff. vor § 1.
- 13 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-GS 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 (Otto aaO, Volk aaO; and. zB Langer aaO).
- 14 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 ausnahmsweise 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 Strafanspruchs betreffen (daher auch Freispruch bei ihrem Fehlen bzw. Vorliegen) und daher zum Gesamtstatbestand gehören (vgl. Eisele aaO 113, Krahla 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