

# Teil I: Einleitung

## § 1 Stellung des Strafrechts in unserem Rechtssystem

**Einführende Aufsätze:** *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre, JuS 1978, 8; *Hettinger*, Zur Systematisierung der Strafrechtsnormen, JuS 1997, L 33; *Rönnau*, Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsbegriff, JuS 2009, 209; *Subr*, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, JA 1990, 303; *Walter*, Einführung in das Strafrecht, JA 2013, 727.

**Zur Vertiefung:** *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-FS 1970, S. 151.

### I. Grundlagen

Das Strafrecht ist neben dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht das dritte Teilgebiet des Rechts<sup>1</sup>, mit welchem die Studierenden der Rechtswissenschaft zu-

1

meist bereits im ersten Studiensemester konfrontiert werden. Dabei sind die Erwartungen, die sich hinter dieser schillernden Materie verbergen, in der Regel groß und geprägt durch Kenntnisse, die insbesondere durch die Medien im Vorfeld vermittelt wurden. Recht schnell wird dann jedoch deutlich, dass der Wissensstoff, der in der Vorlesung „Strafrecht Allgemeiner Teil“ vermittelt wird, mit derartigen Vorkenntnissen recht wenig zu tun hat. Weder geht es hier in erster Linie um Mord, Totschlag oder Kindesmisshandlungen, noch um zeugenvernehmende Richter, trickreiche Anwälte oder zu beeinflussende Geschworene. Im Zentrum steht vielmehr die Struktur einer Straftat, die Einteilung in Kategorien wie Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Täterschaft und Teilnahme oder von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum. Im Hinblick auf die alsbald anstehenden Klausuren werden von den Studierenden dann zumeist die Grundlagen des Strafrechts, die Fragen nach dem Zweck und der Legitimation von Strafe oder auch rechtspolitische Ansätze regelmäßig zurückgedrängt und das Hauptaugenmerk auf die juristische Fallbearbeitung gelegt. Wenn nun das vorliegende Lehrbuch ebenfalls diesen Weg beschreitet, so soll dies keine Leugnung der Wichtigkeit und Notwendigkeit bedeuten, sich mit den Grundfragen des Rechts zu beschäftigen. Nichts kann für eine Gesellschaft schädlicher sein als der linientreue, den Blick nach rechts und links scheuende und statt dessen die abstrakten Prüfungsschemata paukende „Einser-Jurist“, der – durch die inzwischen nahezu flächendeckend eingeführte Freiversuchsregelung gefördert – in viel zu jungen Jahren in verantwortungsvoller Position sitzend über das Schicksal anderer zu entscheiden hat, ohne sich zu irgendeiner Zeit Ge-

<sup>1</sup> Genau genommen ist das Strafrecht ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts, es hat sich jedoch – insbesondere auch in der Gerichtsbarkeit und der juristischen Ausbildung – inzwischen verselbstständigt und ist daher als eigenes Rechtsgebiet anzuerkennen; vgl. zur öffentlich-rechtlichen Natur der Strafe auch *Frister*, 1. Kap. Rn. 2 ff.

danken über die Fragen von Recht und Gerechtigkeit gemacht zu haben. Diese Warnung soll diesem Lehrbuch in der Hoffnung vorangestellt werden, dass die hier nicht behandelten grundsätzlichen Fragen des Rechts im Laufe des Studiums nicht – wie leider viel zu oft – vernachlässigt werden.

- 2 Der genannten Konzeption entsprechend, wird daher in den §§ 1–7 dieses Lehrbuches lediglich ein kurzer Überblick über die Grundlagen des Strafrechts gegeben. Der Schwerpunkt wird dann in den folgenden Abschnitten auf die für die Fallbearbeitung wesentlichen Probleme gelegt. Hierbei werden neben der durchweg für Anfänger geeigneten Darstellung der Materie gesonderte Problemschwerpunkte für Fortgeschrittene herausgehoben und diskutiert. Diese sollen insbesondere den Studierenden im Hinblick auf die Examensvorbereitung eine schnelle Übersicht über die verschiedenen Meinungen in „anerkannten Streitfragen“ vermitteln. Die Anfänger hingegen sollten sich durch diese Problemschwerpunkte nicht entmutigen lassen und können diese beim „ersten Durchgang“ auch überlesen. Was die zitierte Literatur angeht, so wurde – neben den gängigen Kommentaren zum StGB sowie den Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des Strafrechts – ein besonderer Wert auf die Auswertung der juristischen Ausbildungszeitschriften – JA, JuS, JURA, ZJS – gelegt, da sich hierin zumeist Beiträge finden, die auf die besonderen Bedürfnisse der Studierenden zugeschnitten sind.

## II. Die Aufgabe des Strafrechts: Rechtsgüterschutz

- 3 Der Zweck des Strafrechts im Allgemeinen und der einzelnen Strafbestimmungen im Besonderen liegt im **Schutz bestimmter Rechtsgüter** des Einzelnen und der Allgemeinheit<sup>2</sup>, die der Gesetzgeber jeweils im Einzelfall als so wichtig ansah, dass er eine strafrechtliche Vorschrift erließ, um diese Rechtsgüter unter (strafrechtlichen) Schutz zu stellen<sup>3</sup>. Ein solcher strafrechtlicher Schutz neben den zivilrechtlichen Ansprüchen des Geschädigten (z. B. auf Leistung von Schadensersatz oder Schmerzensgeld) wird vom Gesetzgeber als erforderlich angesehen, um den Rechtsfrieden zu sichern und die Einhaltung der Grundwerte in unserer Gesellschaft zu garantieren<sup>4</sup>. Unmittelbar einsichtig wird die Notwendigkeit eines eigenständigen – und neben dem Zivilrecht stehenden – Strafrechts in denjenigen Bereichen, in denen der Gesetzgeber bereits besonders gefährliche Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die (noch) keinen Schaden verursacht haben und daher – mangels eines „Verletzten“ – auch keine zivilrechtlichen Ansprüche entstehen können (z. B. der Straftatbestand der „Trunkenheit im Verkehr“, § 316 StGB – hier wird allein das Fahren in fahruntauglichem Zustand unter Strafe gestellt, auch wenn es nicht zu einer Fremdschädigung kommt). Ein vergleichbares Problem stellt sich im Bereich der Delikte gegen die Allgemeinheit, bei denen es ebenfalls nicht

2 Hierzu BVerfGE 39, 1 (46); BVerfGE 45, 187 (253); BWME-Eisele, § 2 Rn. 7 ff., 17; Günther, JuS 1978, 8 (9); Jescheck/Weigend, § 1 III 1; Kindhäuser/Zimmermann, § 2 Rn. 6; Krey/Esser, Rn. 5; Kudlich, JA 2007, 90; Rönnau, JuS 2009, 209; ders., GA 2011, 678 (680); Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 2 ff.; Rudolphi, Honig-FS 1970, S. 151; Subr, JA 1990, 303; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 9 ff.; eine abweichende Konzeption vertritt Jakobs, 2/16 ff., 22 ff.: Schutz des Normvertrauens und des Rechtsfriedens; kritisch auch T. Walter, JZ 2019, 649 (651 f.); eine Abkehr vom Rechtsgüterschutz ist auch in BVerfGE 120, 224 zu erkennen; hierzu Otto, JURA 2016, 361.

3 Ob es daneben noch – gleichsam „naturrechtlich vorgegebene“ – Rechtsgüter gibt, auf deren Schutz die Gemeinschaft gar nicht verzichten kann, sei hier dahingestellt.

4 Zur Notwendigkeit des Strafrechts als Sanktionsinstrument vgl. nur BVerfGE 51, 324 (343); Maurach/Gössel, AT 1, § 6 Rn. 1 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 4 ff.

erforderlich ist, dass eine konkrete Person unmittelbar geschädigt wird (wie z. B. bei der Luftverunreinigung, § 325 StGB).

Dabei sind die einzelnen zu schützenden Rechtsgüter dem Gesetzgeber – wie bereits erwähnt – nicht vorgegeben. Vielmehr bestimmt die staatliche Gemeinschaft regelmäßig auf der Grundlage der jeweiligen Gesellschaftsordnung Werte und Grundsätze, die für das menschliche Zusammenleben als wichtig angesehen werden und stellt eine Verletzung derselben unter Strafe<sup>5</sup>. Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die zu schützenden Werte bildet dabei die jeweils geltende Verfassung<sup>6</sup>.

Die zu schützenden Rechtsgüter sind **Grundlage der jeweiligen Strafbestimmung**, die Motivation des Gesetzgebers, warum er eine bestimmte Vorschrift erlassen hat. Diese Motivation ist allerdings im Gesetz selbst nicht ausdrücklich niedergeschrieben, sondern durch Auslegung des Straftatbestandes im Einzelfall zu ermitteln. Dies ist in vielen Fällen recht einfach:

**Bsp.:** Der Tatbestand des Totschlags, § 212 StGB, lautet nicht etwa: „Um menschliches Leben zu schützen wird bestraft, wer einen Menschen tötet“, sondern schlicht: „*Wer einen Menschen tötet [...], wird [...] bestraft*“. Grundlage dieser Strafbestimmung ist jedoch das „menschliche Leben“ als Rechtsgut. – In § 242 StGB, dem Diebstahl, heißt es nicht: „Um das Eigentum zu schützen, wird bestraft, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen wegnimmt“, sondern schlicht: „*Wer einem anderen eine fremde bewegliche Sache [...] wegnimmt, wird [...] bestraft*“.

Schwieriger wird die Beurteilung dann aber schon bei Tatbeständen, die nicht elementare Bedürfnisse des Einzelnen, sondern Bedürfnisse der Allgemeinheit schützen.

**Bsp.:** Der Tatbestand der Bestechung, § 334 StGB, gibt vom Wortlaut her keinen eindeutigen Hinweis auf das geschützte Rechtsgut. Daher ist es auch nicht eindeutig, welches Rechtsgut dieser Vorschrift zugrunde liegt. So wird z. B. angenommen, dass hierdurch „der Staat“ an sich oder „bestimmte staatliche Institutionen“ geschützt werden, teilweise wird die „Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung“, das „Vertrauen der einzelnen Staatsbürger in das Funktionieren der staatlichen Verwaltung“ oder die „Unbestechlichkeit von Amtsträgern“ als Schutzgut angesehen. Andere wiederum sehen den einzelnen Bürger als geschützt an, der nicht einer korrupten Verwaltung ausgesetzt werden soll<sup>7</sup>.

Durch die genannten Beispiele wird bereits deutlich, dass die zu schützenden Rechtsgüter in **zwei Gruppen** eingeteilt werden können: die **Individualrechtsgüter**, die dem Schutz des einzelnen Bürgers dienen und die **Allgemeinrechtsgüter**, die primär den Schutz von Gemeinschaftswerten bezwecken<sup>8</sup>. Freilich findet auch dieser Schutz von Gemeinschaftswerten (Staat, Rechtspflege, Umwelt, Sicherheit des Straßenverkehrs) nicht um seiner selbst Willen statt, sondern muss als Reflex wiederum dem Einzelnen dienen. Die Individualrechtsgüter kann man dabei nochmals in zwei große Gruppen unterteilen und zwar in solche, die einzelne Persönlichkeitswerte schützen (Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre)

5 Zur Frage, ob die Strafgesetzgebung lediglich auf gesellschaftliche Veränderungen zu reagieren habe oder auch dazu beitragen könne, eine solche selbst erst herbeizuführen, *Günther*, JuS 1979, 8 (11); *Lackner*, NJW 1976, 1233 (1235).

6 Vgl. hierzu auch BVerfGE 37, 201 (212); *Günther*, JuS 1979, 8 (13); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 5.

7 Vgl. zum Rechtsgut der Amts- bzw. Bestechungsdelikte nur *Schönke/Schröder-Heine/Eisele*, § 331 Rn. 6 ff.

8 Vgl. zu dieser Unterscheidung auch *Hettinger*, JuS 1997, L 33 (L 36); *Rönnau*, JuS 2009, 209 (210 f.).

und solche, die dem Schutz des Eigentums bzw. des Vermögens der einzelnen Personen dienen<sup>9</sup>.

- 8 Entscheidend ist nun, dass jeder Straftatbestand zumindest **ein** anerkanntes Rechtsgut schützt. Ist dies einmal nicht der Fall, dann verstößt die entsprechende Vorschrift gegen die Verfassung, da sich strafrechtliche Vorschriften (die mit ihren Geboten und Verboten, vor allem aber mit den angedrohten Sanktionen, in die Freiheitssphäre des Bürgers eingreifen) nur dadurch legitimieren lassen, dass sie dem Schutz eines bestimmten – von der Gesellschaft anerkannten – Rechtsguts dienen<sup>10</sup>. Möglich ist es jedoch, dass ein Straftatbestand mehrere Rechtsgüter schützt.

**Bsp.:** So schützt die Falsche Verdächtigung, § 164 StGB, nach herrschender Meinung (h. M.) nicht nur den einzelnen Staatsbürger, der sich nicht zu Unrecht staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen ausgesetzt sehen soll, sondern darüber hinaus auch die staatliche Rechtspflege, die nicht durch unrichtige Anzeigen überflüssig in Anspruch genommen werden soll<sup>11</sup>. Diese Einordnung ist nicht ohne praktische Bedeutung. Wie noch zu zeigen sein wird, kann der betroffene Einzelne durch eine Einwilligung in den meisten Fällen das Unrecht der Tat ausschließen<sup>12</sup>. Eine solche Einwilligung ist jedoch nur bei Individualrechtsgütern, nicht aber bei „Allgemeinrechtsgütern“ wie der staatlichen Rechtspflege möglich, sodass beim Straftatbestand des § 164 StGB eine Einwilligung unbeachtlich ist.

- 9 Welche Rechtsgüter im Einzelfall durch den Gesetzgeber geschützt werden, steht nicht ein für alle Mal und unwiderruflich fest. Hier spielen wandelbare Vorstellungen und – wie bereits angesprochen – das Wertesystem einer Gemeinschaft eine entscheidende Rolle<sup>13</sup>.
- 10 Dabei gibt es Rechtsgüter wie das Leben, die körperliche Integrität oder das Eigentum, welche nahezu von jeder Rechtsordnung seit jeher (mit allerdings unterschiedlicher Akzentuierung) geschützt werden. Andere Rechtsgüter, wie z. B. der Schutz der Umwelt, §§ 324 ff. StGB, oder der Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs, §§ 298 ff. StGB, sind erst vor einiger Zeit neu hinzugekommen. Dagegen sind auch Rechtsgüter als nicht mehr (strafrechtlich) schutzwürdig angesehen worden. Beispiele hierfür sind der „Schutz der königlichen Autorität“ (die durch eine Bestrafung wegen Majestätsbeleidigung geschützt wurde)<sup>14</sup> oder „die Reinhaltung der mitmenschlichen Beziehungen vor sexuell unzuchtigen Handlungen“<sup>15</sup> (die vom Kuppeleitatbestand, § 180 StGB a. F., erfasst war). Nicht mehr unter Strafe gestellt ist auch die Homosexualität (§ 175 StGB a. F.). Insoweit hat der Gesetzgeber – jeweils auf der Grundlage der geltenden Verfassung – einen gewissen Gestaltungsspielraum, welche Rechtsgüter er in welchem Umfang unter strafrechtlichen Schutz stellen möchte<sup>16</sup>.

9 Vgl. die Auflistung der verschiedenen Individual- und Allgemeinrechtsgüter bei *Krey/Esser*, Rn. 6.

10 Hierzu *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9 (10); *Günther*, JuS 1978, 8 (9); *Krey/Esser*, Rn. 13; *Rönnau*, JuS 2009, 209; *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 13 ff.; *Subr*, JA 1990, 303.

11 Vgl. nur BGHSt 5, 66 (68); *Schönke/Schröder-Bosch/Schittenhelm*, § 164 Rn. 1a; hierzu auch *Krey/Esser*, Rn. 9.

12 Vgl. hierzu ausführlich unten Rn. 453 ff.

13 Vgl. hierzu *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9; *BWME-Eisele*, § 2 Rn. 7 ff.; *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 63; *Rudolph*, Honig-FS 1970, S. 151 (164); *Walter*, JA 2013, 727 (728, 730).

14 Der Gedanke taucht heute allerdings in anderer Form in § 90 StGB, der Verunglimpfung des Bundespräsidenten, wieder auf.

15 Vgl. zu diesem Schutzgut noch BGHSt 18, 283 (285).

16 *BWME-Eisele*, § 2 Rn. 19; *Krey/Esser*, Rn. 14 f.; *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 86 ff.

**Klausurtyp:** Bei der juristischen Fallbearbeitung muss das durch die jeweilige Vorschrift zu schützende Rechtsgut nicht bei jeder Prüfung im Einzelnen festgestellt werden. Es kann jedoch bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale und im Hinblick auf den durch die Vorschrift geschützten Rechtsgutsträger (Einwilligung, Strafantragsberechtigung als Verletzer etc.) eine Rolle spielen und ist in diesen Fällen einer genaueren Prüfung zu unterziehen<sup>17</sup>. Auch im Rahmen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre<sup>18</sup> kann die Bestimmung des Rechtsguts eine gewisse Rolle spielen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass das Strafrecht nicht stets und immer dann einschlägig ist, wenn ein Bürger etwas Unrechtmäßiges tut. Zwar knüpft das Strafrecht – wie noch zu zeigen sein wird – stets an ein **rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten** des Einzelnen an, d. h. eine Bestrafung kann nicht lediglich wegen eines Verstoßes gegen das Sittengesetz oder wegen einer unrechtmäßigen Gesinnung des Täters erfolgen. Es gibt jedoch auch rechtswidrige und schuldhaft Verhaltensweisen, welche der Gesetzgeber nicht unter Strafe gestellt hat, da er den Verstoß nicht als so gravierend angesehen hat, dass mit strafrechtlichen Sanktionen reagiert werden muss. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom **fragmentarischen Charakter des Strafrechts**<sup>19</sup>. Die Anwendung des Strafrechts bzw. die Bestrafung eines Menschen darf lediglich **ultima ratio** sein, wenn ein ganz besonders sozialschädliches Verhalten vorliegt<sup>20</sup>.

**Bsp.:** Wer lediglich falsch parkt oder auf der Autobahn 20 km/h zu schnell fährt, handelt zwar rechtswidrig und kann mit einem Bußgeld belegt werden. Diese Verstöße sind jedoch nicht so gravierend, dass sich hieran eine Strafe knüpft (Abgrenzung des Strafrechts vom bloßen Ordnungswidrigkeitenrecht<sup>21</sup>). – Wer durch Unachtsamkeit mit seinem Fahrrad das Auto seines Nachbarn beschädigt, handelt zwar unrechtmäßig und muss deshalb dem Nachbarn den entstandenen Schaden ersetzen, § 823 BGB. Er macht sich dadurch jedoch nicht strafbar, da in § 303 StGB nur die vorsätzliche, nicht aber die fahrlässige begangene Sachbeschädigung unter Strafe gestellt wird.

Vom geschützten Rechtsgut zu unterscheiden ist der durch die jeweilige Vorschrift geschützte Rechtsgutsträger sowie das „Handlungs-“ oder „Tatobjekt“<sup>22</sup>. Während z. B. § 212 StGB, der Totschlag, als Rechtsgut das „Leben“ schützt, ist Tatobjekt der durch die Tat getötete Mensch. Während § 242 StGB, der Diebstahl, als Rechtsgut das „Eigentum“ schützt, ist Tatobjekt die durch die Tat gestohlene Sache, Rechtsgutsträger ist in diesem Fall der Eigentümer.

17 BWME-Eisele, § 2 Rn. 12; § 7 Rn. 73; Jescheck/Weigend, § 17 IV 3; Krey/Esser, Rn. 8; Rönnau, JuS 2009, 209 (211).

18 Vgl. hierzu unten Rn. 1414 ff.

19 BWME-Eisele, § 2 Rn. 8; Kertai, JuS 2011, 976 (980 f.); Kindhäuser/Zimmermann, § 2 Rn. 6; Rengier, § 3 Rn. 7; Walter, JA 2013, 727 (728); vgl. hierzu bereits Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl. 1902, S. 20.

20 Vgl. hierzu auch Ambos/Steiner, JuS 2001, 9 (10); BWME-Eisele, § 2 Rn. 8, 19; Günther, JuS 1979, 8 (11); Rengier, § 3 Rn. 5 f.; Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 97 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 15; zur Unwirksamkeit des „ultima ratio“ Prinzips in der Praxis vgl. T. Walter, JZ 2019, 649 (652).

21 Vgl. hierzu noch unten Rn. 52.

22 Hierzu BWME-Eisele, § 2 Rn. 10; Hettinger, JuS 1997, L 33 (L 35); Krey/Esser, Rn. 10; Rönnau, JuS 2009, 209 (210); Schladitz, JURA 2021, 770 (775); Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 14; vgl. zur unterschiedlichen Interpretation dieser Begriffe Subr., JA 1990, 303 (305 f.).

## § 2 Sinn und Zweck von Strafe: Die Straftheorien

**Einführende Aufsätze:** *Ambos/Steiner*, Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene, JuS 2001, 9; *Bock*, Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, JuS 1994, 89; *Foth*, Bemerkungen zur Generalprävention, NStZ 1990, 219; *Hassemer*, Prävention im Strafrecht, JuS 1987, 257; *Lesch*, Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens, JA 1994, 510, 590; *Momsen/Rackow*, Die Straftheorien, JA 2004, 336.

**Zur Vertiefung:** *Hörnle*, Straftheorien, 2011.

- 13** Die Frage, ob die Bestrafung von Menschen für das von ihnen begangene Unrecht sinnvoll ist und welchem Zweck die Strafe zu dienen hat, soll an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden. Denn sowohl die Strafzumessung (d. h. die Frage, welche Strafe letztlich ausgesprochen wird) als auch die Ausgestaltung des Strafvollzugs sind regelmäßig nicht Gegenstand von strafrechtlichen Klausuren im juristischen Staatsexamen. Dennoch soll – da sich diejenigen, die mit Strafrecht befasst sind, jedenfalls irgendwann einmal mit der Frage nach dem Sinn und Zweck von Strafe beschäftigt haben sollten – hier ein kurzer Überblick über die vertretenen Ansätze gegeben werden<sup>23</sup>.

### I. Absolute Straftheorien

- 14** Nach den **absoluten Straftheorien** der sog. „klassischen Schule“ ist die Strafe unabhängig von ihrer gesellschaftlichen Wirkung zu sehen und dient allein dazu, die Rechtsordnung wieder herzustellen und auf das begangene Unrecht zu reagieren. Insofern wirkt sie ausschließlich repressiv. Nach der insbesondere auf *Immanuel Kant* (1724–1804)<sup>24</sup> und *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770–1831)<sup>25</sup> zurückgehenden **Vergeltungstheorie** darf eine staatliche Strafe keinesfalls irgendwelchen praktischen Zwecken dienen, sondern wird allein der Vergeltung wegen verhängt<sup>26</sup>. Der Täter wird also ausschließlich – und zweckfrei – deswegen bestraft, „weil“ er eine Straftat begangen hat. Nur hierdurch könne die Gerechtigkeit, die durch das begangene Unrecht erschüttert wurde, wieder hergestellt werden. Gegen das ausschließliche Abstellen auf die Vergeltung lassen sich jedoch mehrere Einwände vorbringen. So muss es heutzutage als eine wesentliche Aufgabe des Strafrechts angesehen werden, die Grundwerte der Verfassung und das ordnungsgemäße Funktionieren der staatlichen Gemeinschaft zu sichern. Schon von daher verfolgt jede Strafe einen Zweck. Ferner ist gegen den Gedanken, Strafe müsse erfolgen, um begangenes Unrecht wieder gut zu machen, einzuwenden, dass das Geschehene dadurch nicht ungeschehen gemacht werden kann. Insofern kann Strafe höchstens der Begehung neuen Unrechts entgegenwirken. Stellt man schließlich allein auf die Vergeltung begangenen Unrechts ab, so käme es auf die Schuld des Täters an sich gar nicht an. Die Schuld des Täters muss aber eine wesentliche Voraussetzung für dessen Bestrafung sein<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Vgl. vertiefend, *Bock*, JuS 1994, 89; *BWME-Eisele*, § 2 Rn. 20 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 8; *Krey/Esser*, Rn. 130 ff.; *Lesch*, JA 1994, 510 (513 ff.), 590; *Marlie*, ZJS 2008, 41; *Momsen/Rackow*, JA 2004, 336; *Rengier*, § 3 Rn. 9 ff.; *Roxin/Greco*, AT I, § 3; ferner im Überblick *Walter*, JA 2013, 727 (729).

<sup>24</sup> Vgl. exemplarisch *Kant*, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, 2. Aufl. 1798, § 49 E. I.

<sup>25</sup> Vgl. nur *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 101.

<sup>26</sup> Vgl. auch *BVerfGE* 22, 125 (132); in diese Richtung auch heute noch *Lesch*, JA 1994, 590 (596 ff. „funktionale Vergeltungstheorie“); *Köhler*, S. 48 ff.; ferner *T. Walter*, ZIS 2011, 636; *ders.*, JZ 2019, 649.

<sup>27</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Schuldprinzips vgl. unten Rn. 41, 525 ff.

Dieser letzte Aspekt wird von der **Sühnetheorie** beachtet, die darauf abstellt, durch die Strafe würde sich der Täter mit der Rechtsordnung wieder versöhnen, indem er die Tat „sühne“. Die Notwendigkeit einer Sühne setze aber voraus, dass die Tat schuldhaft begangen wurde und der Täter bei ihrer Begehung ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein hatte. Gegen diesen Ansatz ist allerdings einzuwenden, dass jede Sühne ein gewisses Maß an Freiwilligkeit voraussetzt, welches durch die Strafe gerade nicht ermöglicht wird, da Strafe stets ein aufgezwungenes Übel darstellt<sup>28</sup>. 15

## II. Relative Straftheorien

Dagegen gehen die **relativen Straftheorien** der sog. „modernen Schule“ davon aus, dass mit der Verhängung von Strafe jeweils die Verfolgung eines bestimmten Zwecks verbunden sein muss. Strafe dürfe nicht repressiv (d. h. in die Vergangenheit orientiert), sondern müsse präventiv (d. h. in die Zukunft gerichtet) wirken. Der Hauptzweck von Strafe liege letztlich nicht darin, vergangenes Unrecht zu vergelten oder zu sühnen, sondern künftige Straftaten zu verhindern. Dabei haben sich im Rahmen der relativen Theorien zwei verschiedene Ansätze entwickelt. 16

### 1. Generalprävention

Nach der Theorie der **Generalprävention**, die insbesondere von *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775–1833)<sup>29</sup> zu Beginn des 19. Jahrhunderts entwickelt wurde, steht die Wirkung der Strafe auf die Allgemeinheit im Mittelpunkt der Betrachtung. Auf die Wirkung der Strafe für den betroffenen Straftäter komme es hingegen nicht an. Durch die Verhängung von Strafe werde das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung und das Vertrauen der Allgemeinheit gestärkt, da sich in einer Gesellschaft, in der die Begehung von Unrecht bestraft werde, die übrigen Mitglieder wohl fühlten und dadurch motiviert würden, selbst die Gesetze einzuhalten. Das so gewonnene Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung würde letztlich dazu führen, dass sich die Bürger insgesamt rechtstreu verhalten („positive Generalprävention“)<sup>30</sup>. Darüber hinaus führe die Bestrafung Einzelner aber auch dazu, dass andere künftig von der Begehung von Straftaten abgehalten werden. Denn dadurch werde ein gewisser Abschreckungseffekt erzielt („negative Generalprävention“)<sup>31</sup>. Gegen dieses alleinige Abstellen auf die Wirkungen der Strafe auf die Allgemeinheit ist jedoch vorzubringen, dass der einzelne Straftäter dadurch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns degradiert würde, was einen Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt<sup>32</sup>. Zudem ist zu bezweifeln, dass die Bestrafung anderer auf potentielle Straftäter abschreckende Wirkung hat, werden doch viele Straftaten aus einem spontanen Entschluss heraus und ohne „vernünftige Abwägung“ hinsichtlich der Folgen begangen. Auch noch so hohe Strafandrohungen selbst bei Bagatelldelikten würden nicht dazu führen, dass künftig keine Straftaten mehr begangen werden<sup>33</sup>. 17

28 Vgl. *Lesch*, JA 1994, 510 (513); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 22.

29 Vgl. z. B. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, §§ 12, 13; vgl. auch *Hoerster*, GA 1970, 273.

30 Vgl. hierzu auch BVerfGE 45, 187 (256); BVerfG NJW 2004, 2073 (2075); *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9 (12); *Frister*, 2. Kap. Rn. 20 ff.; *Jakobs*, 1/4 ff.; *Momsen/Rackow*, JA 2004, 336 (338 f.); *Roxin/Greco*, AT I, § 3 Rn. 26.

31 Vgl. hierzu *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9 (12); *Momsen/Rackow*, JA 2004, 336 (336 f.).

32 Vgl. hierzu auch *Calliess*, NJW 1989, 1338 (1340); *Lesch*, JA 1994, 510 (519).

33 Vgl. zur Kritik auch zusammenfassend *Lesch*, JA 1994, 510 (517 f.).

## 2. Spezialprävention

- 18 Auch die Theorie der **Spezialprävention**, die vor allem auf *Franz v. Liszt* (1851–1919)<sup>34</sup> zurückgeht und Ende des 19. Jahrhunderts begründet wurde, stellt im Wesentlichen auf den Zweckgedanken ab, rückt dabei jedoch nicht die Wirkungen einer Strafe auf die Allgemeinheit, sondern die Wirkung der Strafe für den betroffenen Einzelnen in den Mittelpunkt. Es komme allein auf den einzelnen Straftäter an, der als Zentralgestalt der Straftat im Mittelpunkt der Betrachtung stehen müsse. Dabei solle die Strafe einerseits zur Besserung des Täters führen und eine Appellfunktion dahingehend besitzen, dass er fortan ein straffreies Leben führe („positive Spezialprävention“), andererseits solle sie bei nicht besserungsfähigen Tätern die Gesellschaft vor diesen schützen („negative Spezialprävention“). Dieser Theorie ist zuzugeben, dass sie den Täter nicht zum Objekt staatlichen Handelns macht. Allerdings lassen sich auch hiergegen entscheidende Einwände erheben. Wenn es nämlich letztlich lediglich darauf ankommt, ob der Täter durch die Strafe gebessert oder jedenfalls die Gesellschaft vor ihm geschützt wird, dann wird die konkret von ihm begangene Tat ausgeblendet. Zudem versagt der Besserungszweck in denjenigen Fällen, in denen der Täter aus einer einmaligen, nicht mehr wiederkehrenden Situation gehandelt hat (z. B. bei einem Täter, der infolge eines Vatertraumas seinen Vater tötet; er wird dieses Delikt ebenso wenig noch einmal begehen können wie der Regierungschef eines totalitären Regimes, der nach Absetzung desselben keine Mordbefehle mehr erteilen kann). Eine Strafe wäre nach dieser Theorie auch dann nicht mehr zulässig, wenn der Täter das Delikt aus anderen Gründen nicht mehr verwirklichen kann (Bsp.: der erblindete Kunstfälscher, der kein Bild mehr fälschen kann). Andererseits kann das alleinige Abstellen auf die Besserung des Täters aber auch zu unangemessen harten Strafen führen (Bsp.: der Ladendieb, der schon mehrfach billige Produkte für seinen eigenen Lebensunterhalt entwendet hat und angibt, er werde dies auch weiterhin tun; er müsste bis zu seiner „Besserung“, mithin möglicherweise bis an sein Lebensende eingesperrt werden, was dem Schuldgrundsatz widerspräche)<sup>35</sup>.

## III. Vereinigungstheorien

- 19 Da insoweit keine der genannten Theorien vollständig überzeugen kann, haben sich heutzutage mehrere sog. **Vereinigungstheorien** gebildet, die je nach Ausprägung zwar den Schwerpunkt auf den einen oder anderen Aspekt legen, im Ergebnis aber die genannten Theorien miteinander verbinden<sup>36</sup>. Erwähnt werden soll hier nur exemplarisch der Ansatz, dass zwar grundsätzlich vom Gedanken der Spezialprävention auszugehen sei, diese jedoch, was die Strafhöhe angeht, nach oben durch generalpräventive Gesichtspunkte begrenzt werden müsse, um dem Schuldprinzip zu genügen<sup>37</sup>. Dagegen wird in der Rechtsprechung (insbesondere

34 Niedergelegt u. a. im „Marburger Programm“ 1882, abgedruckt in ZStW 3 (1883), 1; vgl. auch *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Aufsätze und Vorträge Bd. 1, 1905, S. 126, 176.

35 Vgl. zur Kritik zusammenfassend *Lesch*, JA 1994, 590 (592 ff.).

36 Vgl. hierzu *Bunz*, JURA 2011, 14 (17); *Jescheck/Weigend*, § 8 V; *Kluszczewski*, Rn. 22 ff.; *Krey/Esser*, Rn. 146 ff.; *Lesch*, JA 1994, 590 (595 ff.); *Momsen/Rackow*, JA 2004, 336 (339 f.); *Rengier*, § 3 Rn. 21 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 26; ferner BVerfGE 21, 391 (403 f.); BVerfG NJW 2004, 739 (745); BVerfG NJW 2004, 2073; BGHSt 24, 40 (42).

37 Vgl. zu dieser „rein präventiven Vereinigungstheorie“ z. B. *Rengier*, § 3 Rn. 24; *Roxin/Greco*, AT I, § 3 Rn. 51 ff.; ferner *Greco*, GA 2021, 266 (268 ff.); *Jakobs*, 1/48 ff.



auch in derjenigen des BVerfG) auch der Vergeltungsgedanke zum Zweck des Schuldausgleichs mit berücksichtigt<sup>38</sup>.

Das **Strafgesetzbuch** selbst enthält keine Festschreibung irgendeiner Straftheorie. Es kommen jedoch mehrere Aspekte an verschiedenen Stellen zur Geltung. So ist nach § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB die Schuld Grundlage für die Zumessung der Strafe. Da der Begriff der Schuld ein eher repressiver Gesichtspunkt ist, denn die Schuld des Täters zum Zeitpunkt der Tat hat nichts mit der Wirkung der Strafe auf den Täter oder die Gesellschaft zu tun, spricht dies für eine Berücksichtigung des Sühne- oder Vergeltungsgedankens. Andererseits enthält § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB einen ausschließlich spezialpräventiven Ansatz: Es wird auf die Wirkungen abgestellt, die von der Strafe für das weitere Leben des Täters zu erwarten sind. Sowohl einen spezialpräventiven als auch einen generalpräventiven Ansatz enthält § 47 Abs. 1 StGB, wonach eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur verhängt werden soll, wenn sie zur Einwirkung auf den Täter (Spezialprävention) oder zur Verteidigung der Rechtsordnung (Generalprävention) unerlässlich ist. Dagegen wird in § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB mit der „besonderen Schwere der Schuld des Verurteilten“ wiederum eher der Sühne- und Vergeltungsgedanke berücksichtigt. 20

### § 3 Strafrecht und Verfassungsrecht

**Einführende Aufsätze:** *Blaue*, Die Zeitweiligkeit des Rechts – Das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot und die Lex mitior-Regel (Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 3, 4 OWiG bzw. §§ 1, 2 StGB), ZJS 2014, 371; *Bott/Krell*, Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, ZJS 2010, 694; *Haft*, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, 477; *Hettinger*, Die zentrale Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 II GG), JuS 1986, L 17, L 33; *Kertai*, Strafbarkeitslücken als Argument, JuS 2011, 976; *Lenckner*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz nullum crimen sine lege, JuS 1968, 249, 304.

**Rechtsprechung:** **RGSt 71, 323** – Leichenbeschimpfung (analoge Anwendung von Strafvorschriften in der NS-Zeit); **BVerfGE 25, 269** – Verjährungsunterbrechung (zur Reichweite des Rückwirkungsverbots); **BVerfG NJW 2008, 3627** – Polizeikontrolle (PKW ist keine Waffe).

Strafrechtliche Vorschriften sind in vielfacher Weise geprägt von verfassungsrechtlichen Vorgaben. Diese spiegeln sich nicht nur in einzelnen strafrechtlichen Bestimmungen wider, sie beeinflussen darüber hinaus auch die Auslegung von Vorschriften im konkreten Einzelfall. So wird insbesondere das Strafprozessrecht vielfach auch als „Seismograph der Staatsverfassung“ angesehen<sup>39</sup>. Doch auch im Allgemeinen Teil des Strafrechts finden sich verfassungsrechtliche Konkretisierungen an vielen Stellen. 21

**Bsp.:** Aus Grundrechten kann sich im Einzelfall eine Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens ergeben<sup>40</sup>, so kollidiert z.B. die von den Beleidigungsvorschriften, §§ 185 ff. StGB, geschützte Ehre des einen oftmals mit der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG, oder der Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 2 GG, des anderen.

38 Vgl. zu dieser „vergeltenden Vereinigungstheorie“ BVerfGE 22, 125 (132); BVerfGE 45, 187 (253 f., 258 f.); BVerfGE 109, 133 (167 f.); vgl. auch BGHSt 20, 264 (266 f.); BGHSt 24, 132 (133 f.); aus der Literatur *Krey/Esser*, Rn. 157 ff.; kritisch hierzu *Lesch*, JA 1994, 590 (595).

39 Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017; § 2 Rn. 1.

40 Vgl. hierzu unten Rn. 510.

- 22 Im Folgenden sollen einige wesentliche Grundsätze des Verfassungsrechts dargestellt werden, die sich entweder in ausdrücklichen Regelungen des StGB niedergeschlagen haben oder die auf andere Weise auf das Strafrecht einwirken.

### I. Grundsatz „nulla poena sine lege“

- 23 An erster Stelle ist dabei der Grundsatz „**nulla poena sine lege**“ (keine Strafe ohne Gesetz) zu nennen, der in Art. 103 Abs. 2 GG und wortgleich in § 1 StGB seinen Niederschlag gefunden hat: „*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*“. Etwas konkreter wird dieser Grundsatz auch in Art. 7 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gefasst, die in Deutschland im Range eines einfachen Bundesgesetzes gilt<sup>41</sup>: „*Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden*“.
- 24 Dieses **Gesetzlichkeitsprinzip** versteht sich nicht von selbst. So stellte z. B. die „**Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.**“ (Carolina) aus dem Jahre 1532 noch darauf ab, dass ein Richter nach seinem Ermessen auch dann bestrafen könne, wenn eine Strafe im konkreten Fall zwar nicht ausdrücklich vorgesehen war, die Tat jedoch der allgemein geltenden Ordnung widersprach<sup>42</sup>. Erst **Anselm v. Feuerbach** formulierte im Jahre 1801 den Satz „nulla poena sine lege“<sup>43</sup>, der bald Eingang in die im 19. Jahrhundert erlassenen Strafgesetzbücher fand und heute Verfassungsrang hat<sup>44</sup>. Ursprünglich entstammte dieser Grundsatz der Idee der **Generalprävention**: Wenn die Bestrafung des Täters andere von der Begehung von Straftaten abhalten soll, dann müssen diese wissen, was sie konkret zu unterlassen haben<sup>45</sup>. Daher muss das strafbare Verhalten für jeden nachvollziehbar niedergeschrieben sein. Heute wird dieser Grundsatz als Ausprägung des **Rechtsstaatsprinzips** angesehen<sup>46</sup>. Um in ausreichendem Maße Rechtssicherheit zu gewährleisten, muss jeder Bürger wissen, welches Verhalten strafbar ist und welches nicht<sup>47</sup>. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der **Garantiefunktion des Strafrechts**. Schließlich ist auch das Prinzip der **Gewaltenteilung** betroffen: Der Gesetzgeber (und nicht der Richter als Rechtsanwender) hat abstrakt zu bestimmen, welche Verhaltensweisen er als strafbar ansieht<sup>48</sup>.

41 Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); *Eisele*, JA 2000, 424 (427); *B. Heinrich*, JURA 2003, 167 (169); zum Einfluss der EMRK auf das deutsche Strafrecht *Eisele*, JA 2005, 390; *Kühl*, ZStW 100 (1988), 406, 601; zum Bestimmtheitsgrundsatz im Europäischen Strafrecht ferner *Satzger*, JuS 2004, 943 (947).

42 Vgl. auch den durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber eingeführten § 2 RStGB i. d. F. des Gesetzes vom 28. Juni 1936 (RGBl. 1936 I, S. 839): „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach den Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

43 *V. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1801, S. 18 ff.; hierzu *Haft*, JuS 1975, 477 (477 f.).

44 Seine erste verfassungsrechtliche Verankerung in Deutschland fand durch Art. 116 der Weimarer Reichsverfassung im Jahre 1919 statt.

45 Hierzu *Kertai*, JuS 2011, 976 (977); *Jeschek/Weigend*, § 15 III; *Walter*, JA 2013, 727 (730).

46 Vgl. BVerfGE 95, 96 (130 ff.); BVerfGE 105, 135 (152 ff.); BVerfGE 126, 170 (194 f.); *B. Heinrich*, JURA 2003, 167 (170); *Roxin/Greco*, AT I, § 5 Rn. 1 ff.

47 BVerfGE 45, 363 (370); BVerfGE 78, 374 (382).

48 Vgl. zu diesem Aspekt auch *Krey/Esser*, Rn. 98, 103; *Roxin/Greco*, AT I, § 5 Rn. 18 ff.