



Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft

Nikolaus Wrage

Grenzen der staatlichen Straf Gewalt

Herausgegeben von
Regina Harzer

5



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

XXIII

EINFÜHRUNG 1

I. Die Funktion des materiellen Verbrechensbegriffs 1

II. Begriffsvielfalt 3

III. Begriffliche Abgrenzung 4

IV. Gang und methodischer Ansatz der Untersuchung 5

TEIL 1: KRITISCHE BESTANDSAUFNAHME MATERIELLER BEGRENZUNGSKONZEPTE IM STRAFRECHT 9

I. Absolute Theorien 9

A. Formell-absolute Theorie: der Ungehorsam 9

1. *Kant* 9

2. *Fichte* 13

3. *Feuerbach* 16

4. *Binding* 19

5. Würdigung 20

B. Materiell-absolute Theorien: naturrechtliche Ansätze 21

1. *neminem laedere* 21

2. Sittengesetz 23

3. „Vorgegebene Ordnung“ 24

4. Kernbereich 25

5. „Echte Verbrechen“ 27

6. Würdigung 30

C. Zusammenfassung 34

II. Relative Theorien 35

A. Zum intuitiv-offenen Grundverständnis von Sozialschädlichkeit 35

XII

1. Allgemeines	35
2. „Klassiker“ des Sozialschädlichkeitsgedankens	36
a. <i>Beccaria</i>	36
b. <i>Liszt</i>	38
3. Das Grundproblem des intuitiv-offenen Sozialschädlichkeitsverständnisses	41
B. Rechtsgutsverletzung als Typisierungsversuch	42
1. <i>Birnbaum</i> als Ausgangspunkt	42
2. Systemimmanente und systemtranszendente Funktion des Rechtsguts	45
3. Zur „Systemkritik“ der systemtranszendenten Rechtsgutsfunktion	46
4. Zur „Systemkritik“ durch die systemimmanente Rechtsgutsfunktion	47
5. Einheitlicher Rechtsgutsbegriff?	48
6. Systemkritik durch Interessenschutz?	49
7. Systemkritik durch die sog. personale Unrechtslehre?	50
8. Rechtsgutsbeispiele	51
9. Keine systemkritische Funktion der Rechtsgutslehre	53
10. Tradierte Fehldeutungen	56
C. Begrenzungsversuche zur Rechtsgutslehre als Korrekturmöglichkeit?	61
1. Ansätze zur Typisierung qualifizierter Rechtsgutsverletzungen	61
2. Würdigung	64
D. Ergebnis	66
III. Weitere Typisierungsversuche	67
A. Strafwürdigkeit	67
1. Der Ansatz von <i>Sax</i> u. a.	67
2. Würdigung	68
B. „Nicht-Straftat-an-sich“	69
1. Der Ansatz von <i>Lampe</i>	69
2. Würdigung	72
C. Kulturnormen	72
1. Der Ansatz von <i>M. E. Mayer</i>	72
2. Würdigung	74
D. Gesellschaftsanschauung	75

1. Der Ansatz von <i>Wohlens</i> u. a.	75
2. Würdigung	77
E. Aktwerte	78
1. Der Ansatz von <i>Welzel</i>	78
2. Würdigung	79
F. Lebenswerte	80
1. Der Ansatz von <i>Eb. Schmidt</i>	80
2. Versuch der Positivierung im Wirtschaftsstrafgesetz 1949	81
3. Würdigung	82
G. Gerechtigkeitssinn	83
1. Der Ansatz von <i>Kindhäuser</i>	83
2. Würdigung	85
H. Fairness	85
1. Der Ansatz von <i>Alwart</i>	85
2. Würdigung	86
I. Risiko	87
1. Der Ansatz von <i>Prittwitz</i>	87
2. Würdigung	89
J. Soziologische Theorie	90
1. Der Ansatz von <i>Müssig</i> u. a.	90
2. Würdigung	93
K. Zwei-Legitimationen-Theorie	95
1. Der Ansatz von <i>Goldschmidt</i>	95
2. Würdigung	97
L. Drei-Staatswerte-Theorie	98
1. Der Ansatz von <i>E. Wolf</i>	98
2. Würdigung	102
M. Zwei-Strafrechte-Theorie (sog. Feindstrafrecht)	103
1. Der Ansatz von <i>Jakobs</i>	103
2. Würdigung	107
N. Resümé: Typisierungsansätze materiell nicht begrenzbar	111

XIV

IV. Neue Erkenntnisse durch die „Harm Principle“- und „Mediating Principles“-Diskussion?	113
A. „Harm Principle“	113
B. „Mediating Principles“	114
C. Würdigung	115
D. „Mediating principles“ und der neuere Deliktstypendiskurs	117
V. Neuere hegelianisch inspirierte Konzepte	119
A. Die Urlehre	119
1. Der Ansatz von <i>Hegel</i>	119
2. Würdigung	122
B. Suspendierung der konstitutiven Grundannahmen	126
1. Der Ansatz von <i>Herzog</i>	126
2. Würdigung	127
C. Formaler Sollenswiderspruch	128
1. Der Ansatz von <i>Lesch</i>	128
2. Würdigung	130
D. Verletzung des Basisvertrauens	131
1. Der Ansatz von <i>Wolff</i>	131
2. Würdigung	135
E. Verletzung rechtlicher Selbständigkeit	136
1. Der Ansatz von <i>Köhler</i>	136
2. Würdigung	140
F. Zusammenfassung	141
VI. Verfassungsrechtliche Ansätze	143
A. Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG als Sonderregelung	143
B. Die Position des Bundesverfassungsgerichts	143
1. Eckpunkte: Unrechtsabstufungen, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Beurteilungsspielraum und judicial self restraint	143
2. Der ältere Prüfungsmaßstab: BVerfGE 80,182	146
3. Der neuere Prüfungsmaßstab: BVerfGE 90, 145	146
4. Beispiele materieller Überprüfungen von Strafnormen	149
a. Abstrakte Gefährungsdelikte: BVerfGE 28, 175	149

b. Verfassungswidrigkeit von § 218a StGB: BVerfGE 39, 1	149
c. Entkriminalisierungsverbot und Pönalisierungsgebot zum Schutz des nasciturus: BVerfGE 88, 203	151
d. „Verfassungskonforme Reduktion“ von § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB: BVerfGE 110, 226	152
e. Glücksspielstrafrecht: BVerfGE 115, 276	154
f. Strafbewehrung des Geschwisterinzests: BVerfGE 120, 224	155
5. Würdigung	158
C. Verfassungsorientierte Ansätze in der Literatur	164
1. <i>Paulduro</i>	164
2. <i>Lagodny</i>	166
3. <i>Appel</i>	168
4. <i>Stächelin</i>	174
5. Würdigung	178
D. Verhältnismäßigkeitsprinzip als mögliches materielles Begrenzungskonzept im Strafrecht?	180
1. Geeignetheit	180
2. Erforderlichkeit: das Mildere-Mittel-Dilemma	181
3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn	182
a. Kritische Übermaßprüfung durch das „Prinzip des überwiegenden Interesses“?	182
b. Kritische Übermaßprüfung ohne materiellen Verbrechensbegriff?	183
4. Fazit: Praktisch kaum materiell begrenzendes Potenzial des Verhältnismäßigkeitsprinzips	183
E. Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ordnungsbegriff	184
F. Zusammenfassung	185
VII. Zwei historische Exkurse	187
A. Nationalsozialismus	187
1. Die Diskussion ab 1933	187
2. <i>Kerrls</i> Denkschrift „Nationalsozialistisches Strafrecht“	190
3. <i>Larenz</i> : „Vertrag und Unrecht“	193
4. Pflichtverletzung als zentraler Gedanke	195

XVI

5. Zusammenfassung	196
B. DDR	197
1. Die „Grundsätze des sozialistischen Strafrechts“	197
2. Die Legaldefinitionen im DDR-StGB und OWG	198
3. Würdigung	200
C. Zusammenfassung	202
VIII. Ergebnis der Bestandsaufnahme	203
TEIL 2: EIGENE AUFFASSUNG	205
I. Vorüberlegungen	205
A. Materieller Verbrechensbegriff und Demokratieprinzip	205
B. Der materielle Verbrechensbegriff als mögliches Korrektiv zur Praxis der Strafgesetzgebung	207
1. Erhöhung der Publizität	207
2. Stärkung des mittelbaren Demokratieprinzips	212
3. Ausgleich zu einer widersprüchlichen Gewaltenteilungspraxis	214
4. Durchsetzungsfähigere Strafrechtswissenschaft	217
5. Unterstützung der Legislative	219
6. Fazit	220
C. Trennung von Recht und Moral	221
D. Abkehr vom intuitiv-offenen Sozialschädlichkeitsverständnis	223
1. Intuitiv-offenes Sozialschädlichkeitsverständnis und die Freiheit des Individuums	224
2. Einbruchsstelle für Moralvorstellungen	224
3. Strukturkonservatismus	226
4. Faktische Unwirksamkeit des Ultima-Ratio-Prinzips und Beliebigkeit der Formwahl (Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht)	227
5. Nähe zum Täterstrafrecht	228
6. Paradigmenwechsel: vom intuitiv-offenen zum idealtypisch-geschlossenen Sozialschädlichkeitsverständnis	231
E. Dekonstruktion des rechtsgutsbasierten Präventionsgedankens	231

1. Rechtsgutsprävention durch Repression: Skizzierung der allgemeinen Auffassung	231
2. Festhalten am Rechtsgutsparadigma?	233
a. Kein kritisches Potenzial	233
b. Dominanz der Form über den Inhalt	234
c. Von der Kritikresistenz zur Kritikimmunsierung	235
d. Fazit	236
3. Prävention durch Strafrechtsnormen?	237
a. Vorüberlegung: bekannte und unbekannte Strafnormen	237
b. Unmittelbar präventive Wirkweise einer bekannten Strafnorm?	238
c. Mittelbare präventive Wirkweise einer bekannten Strafnorm?	238
(1) Spezialpräventive Funktion: Abschreckung des Täters?	238
(2) Negativ generalpräventive Funktion: Abschreckung Aller?	240
(3) Positiv-generalpräventive Funktion durch Primärnormbildung?	241
(4) Positive Generalprävention durch Vertrauensbestätigung?	244
d. Zur unmittelbaren bzw. mittelbaren Wirkweise unbekannter Strafnormen	246
e. Fazit: Präventive Funktion von rechtsgutsbasierten Strafrechtsnormen nicht hinreichend plausibel belegbar	246
4. Paradigmenwechsel: von der positiv generalpräventiven Rechtsgutslehre zum positiv generalpräventiven materiellen Verbrechensbegriff	247
F. Zum Umgang mit dem Kumulationsgedanken	248
II. Herleitung des materiellen Verbrechensbegriffes	251
A. Ineinandergreifen von Ultima-Ratio-Gedanken und materiellem Verbrechensbegriff	251
B. Idealtypisch-geschlossenes Sozialschädlichkeitsverständnis: die Kernwertentscheidung als Grundlage materiellen Strafrechts	252
1. Zentrale Rolle des Grundgesetzes	252
2. Kernwertentscheidung und verfassungsrechtliche Identitätsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)	254
C. Zur Kernwertfunktion von Art. 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG	256

XVIII

1. Normierung eines Ideals	256
2. Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung	256
3. Zur „Handhabbarmachung“ des Menschenwürdebegriffs	258
a. Konkreter Inhalt durch den Begriff „Menschenbild“?	259
b. Konkreter Inhalt durch den Begriff des „Geistwesens“? – der Ansatz von <i>Hösle</i>	261
(1) Darstellung der Auffassung	261
(2) Würdigung	263
(3) Neues durch biologische bzw. ontologische Varianten?	264
c. Konkretisierung der Menschenwürde durch die sog. Objektformel	266
(1) Allgemeine Lesart des Anwendungsbereichs: Verhältnis zwischen Staat und Individuum	266
(2) Die Objektformel im Verhältnis der Individuen untereinander	267
d. Moralische Autonomie und rechtliche Autonomie	268
e. Handhabbarmachung des Begriffs Menschenwürde für die äußere Sphäre der Rechtsverhältnisse zwischen Personen: rechtliche Autonomie und Objektformel	269
4. Zur Identitätsnorm Art. 20 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG	271
a. Inhalt der Identitätsnorm	271
b. Verhältnis Art. 20 GG zu Art. 1 GG	272
5. Kernwert: rechtliche Autonomie	273
D. Rechtliche Autonomie und die Ziele der Staatstätigkeit	273
E. Rechtliche Autonomie und die Funktion des Strafrechts	275
F. Rechtliche Autonomie und Ultima-Ratio-Prinzip zwischen Staatsaufgaben und der Funktion des Strafrechts: vom horizontalen zum vertikalen Verständnis	277
G. Rechtliche Autonomie und die dreistufige Täter-Opfer-Nähe	279
1. Vorüberlegungen	279
2. Wahrnehmung der rechtlichen Autonomie	280
3. Drei Stufen der Täter-Opfer-Näheverhältnisse am Maßstab der Opferindividualisierung	281
a. Vertragsbereich	281
b. Nichtvertragsbereich mit Individualisierungsmöglichkeit	282

c. Nichtvertragsbereich ohne Individualisierungsmöglichkeit	282
H. Materielles Verbrechen auf den drei Täter-Opfer-Nähestufen	283
1. Rechtlicher Autonomieverlust im Vertragsbereich (Stufe 1)	283
a. Autonomie und Vertragsschluss	283
b. Anforderungen an den Selbstschutz	284
(1) Selbstschutz im Vertragsbereich und materiell verbrecherische Nötigungshandlungen	284
(2) Selbstschutz im Vertragsbereich und materiell verbrecherische Täuschungshandlungen	285
α) Konkludente Täuschungshandlungen	285
β) Ausdrückliche Täuschungshandlungen	287
γ) Wesentlicher Vertragsgegenstand	289
c. Ausdehnung der Prinzipien des Vertragsbereiches auf Störungen in der Vertragsabwicklung?	289
d. Zusammenfassung: Materielles Verbrechen im Vertragsbereich	291
2. Rechtlicher Autonomieverlust im Nichtvertragsbereich mit Individualisierungsmöglichkeit (Stufe 2)	292
a. Rechtliche Autonomie im Nichtvertragsbereich	292
b. Anforderungen an den Selbstschutz	292
(1) Offensiver Selbstschutz – „Handelnsollen“ des Opfers zur Verhinderung der Verletzung eigener rechtlicher Autonomie?	293
(2) Defensiver Selbstschutz – Ertragenmüssen von Handlungen gegen die Regeln des optimalen Zusammenlebens in der Gesellschaft	296
(3) Rechtliche Autonomie und Einwilligung	299
(4) Einwilligung und Moral	299
(5) „Staatlicher Paternalismus“? Die Aufforderung zur eigenen Tötung als Sonderfall der Autonomie	302
c. Zusammenfassung: Materielles Verbrechen im Nichtvertragsbereich mit Individualisierungsmöglichkeit	305
3. Rechtlicher Autonomieverlust im Nichtvertragsbereich ohne Individualisierungsmöglichkeit (Stufe 3)	306
a. Entmaterialisierter Bezug zur individuellen rechtlichen Autonomie	306

b. Rematerialisierung des Individualbezugs	309
(1) Rematerialisierung des Individualbezugs durch einen Angriff auf den Bestand staatlicher Institutionen i. S. d. Art. 20 GG	309
α) Originäre Zuständigkeit einer staatlichen Institution und Ungehorsam im Über-Unterordnungs-Verhältnis	311
β) Angriffe auf den Bestand einer Behörde: die Rematerialisierung des Individualbezugs durch Art. 20 GG	313
γ) Wertungswidersprüche? Ergänzende Überlegungen	315
(2) Rematerialisierung des Individualbezugs durch das Nothilfeprinzip	315
α) Die Quasi-Nothilfehandlung	315
β) Weniger intensive Konstellationen	318
γ) Zur Gefahr illegitimer Strafrechtsausdehnung. Ergänzende Überlegungen	319
(3) Systemgerechtigkeit	320
f. Zusammenfassung: Materielles Verbrechen im Nichtvertragsbereich ohne Individualisierungsmöglichkeit	323
4. Gesamtdefinition des materiellen Verbrechensbegriffs	323
I. Vorschlag für Art. 103 Abs. 3 GG de lege ferenda	323
III. Skizzierung der Konsequenzen	325
A. Zur grundsätzlichen Limitierungsfunktion von Art. 103 Abs. 3 GG in der vorgeschlagenen Fassung	325
B. Die Limitierungsfunktion von Art. 103 Abs. 3 GG in der vorgeschlagenen Fassung im Vergleich mit <i>Roxins</i> 9-Punkte-Liste	326
1. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : „Willkürliche“, „rein ideologisch motivierte“ oder „gegen Grundrechte verstoßende“ Strafgesetze sind unzulässig	326
2. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : „Umschreibung gesetzlicher Zielvorstellungen“ kein „tatbestandslegitimierendes Rechtsgut“	328
3. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : keine Rechtsgutsverletzung bei „Unmoral, Unsittlichkeit oder sonstiger Verwerflichkeit eines Verhaltens“	328

4. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : Verstöße gegen „eigene Menschenwürde“ oder „Würde der Menschheit“ kein hinreichender Bestrafungsgrund	330
5. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : „Schutz von Gefühlen kann nur bei Bedrohungsgefühlen als Rechtsgut anerkannt werden“	332
a. Zur Beleidigung, § 185 StGB	333
b. Zur Aufforderung zu Straftaten, § 111 StGB	335
c. Zur Belohnung und Billigung von Straftaten, § 140 StGB	336
d. Zur Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen gemäß § 166 StGB	337
e. Störung der Religionsausübung § 167 StGB	338
f. Zusammenfassung	339
6. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : keine legitime Strafdrohung bei „bewusster Selbstschädigung, deren Ermöglichung und Unterstützung“ möglich	340
7. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : „Überwiegend symbolische Strafrechtsnormen sind abzulehnen“	342
8. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : „Tabus sind keine Rechtsgüter“	344
9. Limitierungshypothese <i>Roxins</i> : „Schutzobjekte von ungreifbarer Abstraktheit sind keine Rechtsgüter“	347
10. Zusammenfassung	348
C. Weitere Konsequenzen	349
1. Vorsatz und Fahrlässigkeit	349
2. Versuch	351
3. Unterlassen	353
4. Die „Gefährdung“ als materielles Verbrechen	355
5. Pönalisierung von Handlungen gegen die „Allgemeinheit“ bzw. entmaterialisierte überindividuelle Interessen?	359
6. Materielle Eigenständigkeit des Ordnungswidrigkeitenrechts	361
7. „Bagatellen“ und „Pönalisierungspflichten“	363
8. Materieller Verbrechensbegriff und transnationales Strafrecht	364

ABSCHLUSSBETRACHTUNGEN 369

I. Zusammenfassung der Arbeit 369

A. Zur kritischen Bestandsaufnahme der materiellen
Begrenzungsversuche im Strafrecht 369

B. Zur eigenen Auffassung 370

II. Schlussbewertung und Ausblick 375

LITERATURVERZEICHNIS XXVII