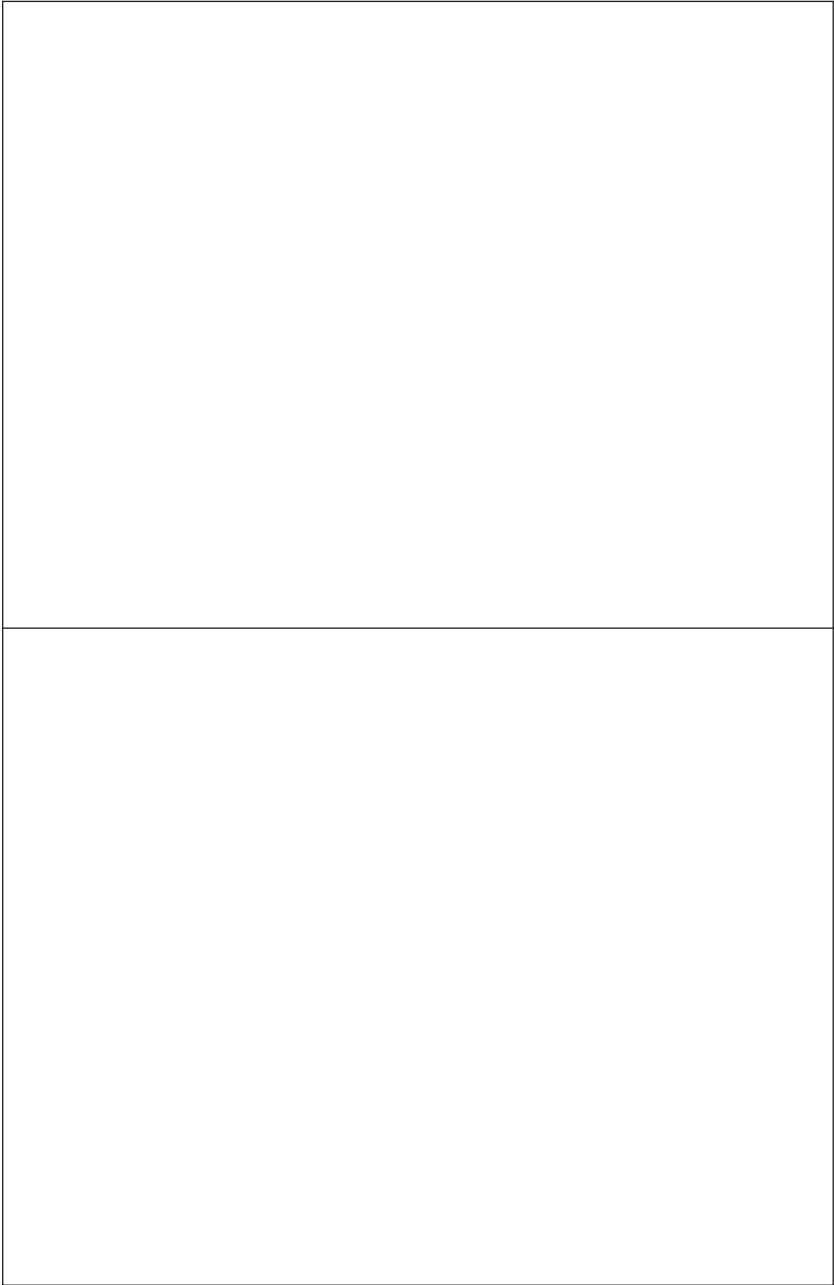


Thomas Rotsch (Hrsg.)

Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik



Nomos



Thomas Rotsch (Hrsg.)

Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für
Internationale Strafrechtsdogmatik



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4666-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8893-2 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Im Januar 2016 ist die ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (www.zis-online.com) zehn Jahre alt geworden.¹ Zu diesem Anlass sind in sechs Ausgaben des Jahres 2016² nahezu 50 Beiträge führender deutschsprachiger Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler erschienen. Das hier vorliegende Buch versammelt diese Beiträge und fügt ihnen sechs weitere, bislang unveröffentlichte Aufsätze von *Gunnar Duttge*, *Andreas Hoyer*, *Ulfrid Neumann*, *Holm Putzke*, *Thomas Rotsch* und *Claus Roxin* hinzu.³

Die Veröffentlichung von Aufsätzen, die über das Internet weltweit kostenlos zugänglich sind, mag begründungsbedürftig erscheinen. Die ZIS verzeichnet mittlerweile über 11.000 Zugriffe pro Monat, auf sämtliche jemals erschienenen Beiträge kann bequem über die Online-Suche und das ebenfalls seit jeher kostenlos zugängliche Archiv ohne Weiteres zugegriffen werden. Seit dem Start der Zeitschrift im Januar 2006 sind weit über 1.000 Beiträge veröffentlicht worden. Dennoch treten immer wieder Autoren mit dem Wunsch einer Buchveröffentlichung von in der ZIS erschienen Beiträgen an mich heran und auch der dem Online-Projekt seit jeher sehr aufgeschlossen gegenüber stehende Nomos Verlag hat mich zu einer Publikation ermuntert. So mag das Buch – jenseits der unbestreitbaren Vorteile der „digitalen Transformation“ – auch als Ausdruck einer romantischen Sehnsucht nach Papier und des wiedererwachenden Wunsches nach analoger Idylle verstanden werden. In diesem Sinne wünsche ich dem Buch eine weite Verbreitung in den Bücherregalen aller am nationalen und internationalen Strafrechtsdiskurs Interessierten. Möge es möglichst häufig in die Hand genommen, intensiv ihn im geblättert und gelesen werden!

1 Auch das fünfjährige Bestehen der Zeitschrift wurde – unter dem Titel „Wissenschaft im Fokus“ – bereits von einer Vielzahl von Autorinnen und Autoren (in den Ausgaben 5/2011, 6/2011 und 7/2011) gewürdigt. Zur Entstehungsgeschichte der ZIS siehe ausführlich *Rotsch*, ZIS 2011, 285.

2 In den Ausgaben 6-11/2016 unter dem Titel „Zehn Jahre ZIS“.

3 Der Beitrag von *Rotsch* wurde mittlerweile publiziert in ZIS 2018, 1.

Vorwort

Ermöglicht hat dieses Projekt einmal mehr der Nomos Verlag und allen voran Frau Anke Maria Tröltzsch, der hierfür herzlich gedankt sei. Ohne das sorgfältige Korrekturlesen meiner Mitarbeiter wäre die Veröffentlichung so nicht möglich gewesen; gedankt sei daher auch an dieser Stelle meinen Wissenschaftlichen Mitarbeitern Clara Bosch, Kevin Kloska und Dr. Markus Wagner sowie meinen studentischen Hilfskräften Frederike Emme, Maximilian Hartwig, Viktoria Kühne, Louise Onimus und Ariana Saati. Der Juristischen Studiengesellschaft Gießen danke ich für die großzügige finanzielle Unterstützung.

Gießen, im Februar 2018

Thomas Rotsch

Inhalt

Grundlagen des Strafrechts

Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda <i>Bernd Schünemann</i>	17
Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts <i>Jochen Bung</i>	59
Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts Eine Replik zu Jochen Bung <i>Katrin Gierhake</i>	71
Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG <i>Tonio Walter</i>	83
Verteilungsgerechtigkeit und Strafe <i>Petra Velten</i>	107
Die ewige Wiederkehr des ermordeten Haustyrannen <i>Gunnar Duttge</i>	133
Krieg im Frieden? Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg <i>Cornelius Prittwitz</i>	147

Allgemeiner Teil des Strafrechts

Muss am deutschen Strafrechtswesen denn unbedingt die Welt genesen? <i>Hans Kudlich, Elisa Hoven</i>	165
Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs Zugleich eine Entgegnung auf Puppes Kritik der <i>condicio per quam</i> <i>Urs Kindhäuser</i>	183
„Lederspray“ <i>redivivus</i> – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Ab- grenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft <i>Thomas Rotsch</i>	233
Zur fakultativen Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB <i>Claus Roxin</i>	265
Abschied vom „Doppelirrtum“ <i>Walter Gropp</i>	287
§ 23 Abs. 3 StGB: grob unverständiges Strafrecht <i>Wolfgang Mitsch</i>	307
Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung <i>Martin Böse</i>	341
Das selbstfahrende Kraftfahrzeug und die Bewältigung dilemmatischer Situationen <i>Armin Engländer</i>	365

Die Programmierung autonomer Fahrzeuge für Dilemma-
Situationen – ein Notstandsproblem? 393

Ulfrid Neumann

Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht
des Patienten 409

Ingeborg Puppe

Plädoyer für die Rekonstruktion eines einspurigen
Sanktionensystems 427

Andreas Hoyer

Engere Grenzen nur in engen Grenzen – zur Novellierung des
Rechts der Unterbringung gem. § 63 StGB 437

Johannes Kaspar, Philipp Schmidt

Besonderer Teil des Strafrechts

Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und
Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen
Korruptionstatbestände 457

Bernd Heinrich

Die Verfolgungsermächtigung i.R.v. § 129b StGB 491
Notwendige Berücksichtigung völkerrechts- und außenpolitischer
Interessen bei mangelnder Berücksichtigung humanitär-völkerrecht-
licher Wertungen?

Kai Ambos

Der Unfall im Straßenverkehr (§ 142 StGB) 523

Jan Zopfs

Rumpelstilzchen einmal umgekehrt: Wie aus Gold Asche wird
Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.6.2015 – 5 StR 71/15 537

Stephan Stübinger

Inhalt

Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz <i>Jörg Eisele, Rainer Franosch</i>	557
Ausufernd und fehlplatziert: Der Tatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB) im System des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes <i>Tobias Singelnstein</i>	573
Der missratene Tatbestand der neuen Datenhehlerei (§ 202d StGB) <i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i>	591
Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid? <i>Rolf Dietrich Herzberg</i>	609
Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB <i>Michael Kubiciel</i>	635
§ 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes <i>Thomas Weigend, Elisa Hoven</i>	653
„Leben“ – Das Rechtsgut im Hintergrund? Ein Beitrag zur Auslegung von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB <i>Susanne Beck</i>	681
Stalking als Eignungsdelikt <i>Kristian Kühl</i>	701
Perpetuiertes Unrecht Zur Kritik der massenhaften Verfolgung von Schwarzfahrern <i>Heiner Alwart</i>	707
Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben Regierungsentwurf zu §§ 265c, 265d StGB <i>Ralf Krack</i>	723

„Untreuestrafrecht 2.0“ Theoretische und systematische Grundlagen der Dogmatik des § 266 StGB im Rechtsstaat <i>Matthias Jahn, Sascha Ziemann</i>	753
Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB <i>Petra Wittig</i>	779
Sportverbände und Bestechung: Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts? <i>Mark Pieth, Ingeborg Zerbes</i>	797
Strafrecht, Compliance, Pharmamarketing Kriminologische Beobachtungen anlässlich des Entwurfs zu §§ 299a ff. StGB n.F. <i>Ralf Kölbl</i>	815
Strafverfahrensrecht	
Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung <i>Wolfgang Frisch</i>	849
Beweisverwertungsverbote <i>Michael Heghmanns</i>	867
Zur Abgrenzung von Erstbeschwerde (§ 304 StPO) und weiterer Beschwerde (§ 310 StPO), insbesondere bei Verstoß gegen Zuständigkeitsvorschriften <i>Dennis Bock</i>	895

Nebenstrafrecht

Rätselraten im Nebenstrafrecht 917
Hermeneutischer Denksport zu Rindfleisch, Wein und Karamellen
Bernhard Kretschmer

Der Tatbestand der Marktmanipulation zwischen Porsche-Verfahren 939
und 1. Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG)
Zugleich zur Frage der Rückwirkungen des Strafverfahrens auf die
noch anhängigen zivilrechtlichen Streitigkeiten
Carsten Momsen, Sebastian Laudien

Das Strafrecht als Instrument zur Dopingbekämpfung: Wie 959
brauchbar ist das Anti-Doping-Gesetz?
Holm Putzke

Das Unternehmen in der Schildkröten-Formation 973
Der Schutzbereich des Anwaltsprivilegs im deutschen und US-
Strafrecht
Hendrik Schneider

Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen 997
Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile
Roland Hefendehl

Europäisches Strafrecht

Die Zukunft des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor dem 1023
Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Strafrechts
Helmut Satzger

Anforderungen des nationalen Strafverfassungsrechts an die Inbezugnahme EU-rechtlicher Verhaltensnormen und an Rückverweisungsklauseln in nationalen Rechtsverordnungen
Begrenzung des nationalen Grundrechtsschutzes durch den unionsrechtlichen „effet utile“?
Gerhard Dannecker 1037

Die Bekämpfung der transnationalen organisierten Kriminalität in der EU
Bernd Hecker 1057

Die Internationalen Menschenrechte und das Strafrecht
Einige Anmerkungen zur Rechtslage in Deutschland und Brasilien
Martin Heger 1085

Verwertbarkeit von Beweismitteln bei grenzüberschreitender Strafverfolgung
Frank Peter Schuster 1107

Völkerstrafrecht

Völkermord durch Tötung zweier litauischer Partisanen?
Besprechung von EGMR (GC), Urt. v. 20.10.2015 – 35343/05 (Vasiliauskas v. Lithuania)
Hans Vest 1135

Ausländisches Strafrecht, Rechtshilferecht, Strafrechtsvergleichung

Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme nach rechtskräftiger Verurteilung
Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichts der Schweiz 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten
Grischa Merkel 1157

Inhalt

Die Vollstreckung ausländischer freiheitsentziehender Strafurteile über das innerstaatliche Höchstmaß hinaus – eine kritische Analyse des § 54a IRG 1179

Frank Meyer, Suzan Denise Hüttemann

Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre 1207

Otto Lagodny

Verschiedenes

Methode, Stil, Person: Claus Roxin zum 85. Geburtstag 1233

Luis Greco

Verzeichnis der Originalfundstellen 1255

Autorenverzeichnis 1259

Grundlagen des Strafrechts

Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, München

I. Prolog

1. Des zehnjährigen Jubiläums der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik in diesem Jahr eigens zu gedenken, könnte auf den ersten Blick angesichts einer ungefähr 5.000-jährigen Geschichte des *staatlichen* Strafrechts¹ übertrieben erscheinen. Aber angesichts einer erst 250-jährigen Geschichte des *modernen* Strafrechts, dessen Geburtsstunde auf die Publikation von *Cesare Beccarias* „*Dei delitti e delle pene*“ im Jahr 1764 zu datieren ist, sieht die Relation schon etwas anders aus. Und wenn man auf den Beginn der Europäisierung des Strafrechts mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam 1999 oder auf die Wirksamkeit des Statuts von Rom über das Völkerstrafrecht 2002 abhebt, dann füllt das ZIS-Jubiläum sogar den größeren Teil dieser spektakulären Internationalisierung der Strafgewalt aus. Diese zeitliche Parallelität korrespondiert dem von meinem Mitherausgeber *Thomas Rotsch*, dem Herz und Hirn des gesamten Projekts, beschriebenen ZIS-Konzept, „die Herausforderungen anzunehmen, die in einer durch die fortschreitende Globalisierung [...] gekennzeichneten Welt an das Strafrechts herangetragen werden,“ und dabei „insbesondere die Europäisierung und Internationalisierung“ in den Blick

1 Natürlich darf der heutige Begriff des Staates wie des Strafrechts nicht unbesehen für andere Kulturen und Epochen verwendet werden, doch dürfte eine hinreichende „Familienähnlichkeit“ jedenfalls bei sämtlichen Übelszufügungen durch die Obrigkeit in einer kephalen Gesellschaft allein wegen eines vergangenen Frevels bestehen. Dann besteht an der Existenz des Strafrechts im Gottkönigtum der altorientalischen Kulturen kein Zweifel, wobei die geschriebenen Strafrechtsnormen, die wir etwa im Codex Hammurabi (1754 vor unserer Zeit) finden, mit großer Wahrscheinlichkeit den Schlusspunkt einer langen Praxis bilden, ähnlich wie im pharaonischen Ägypten und der chinesischen Xia-Dynastie.

zu nehmen, „die nationale Strafrechtsdogmatik aber keineswegs“ auszublenzen.²

2. Freilich wäre diese Zielvorstellung von einem wenig brauchbaren Ausgangspunkt aus formuliert worden, wenn man neueren Stimmen Glauben schenken dürfte, die die kritischen Töne, die bei einer vor der Jahrtausendwende in Berlin großartig inszenierten Nabelschau der Strafrechtswissenschaft³ zu hören waren, schon einige Jahre später wiederholt und zugespitzt haben. Nachdem *Joachim Vogel* 2012 sich denen angeschlossen hatte, die der deutschen Strafrechtswissenschaft „selbstbewusste Provinzialität“ und die Mentalität von „Priestern einer Glaubensgemeinschaft“ sowie eine „verstörende Demokratiefierne“ nachsagten⁴, hat *Kai Ambos* dies vor kurzem abermals wiederholt, für die Zukunft eine von ihm anscheinend bisher vermisste „Offenheit und diskursive Methodik“ eingefordert⁵ und die globale Bedeutung seiner Diatribe durch eine doppelte Publikation in Deutschland und weitere Publikationen in spanischer und portugiesischer Sprache zu unterstreichen unternommen.⁶

3. Weil *Ambos*, wie schon vor ihm *Vogel*, sich hierfür nicht auf inhaltliche Fehler der deutschen strafrechtsdogmatischen Doktrinen, sondern auf deren Resonanzdefizite in internationalen Organisationen und Diskussionsforen beruft, also auf einer pragmatischen Metaebene argumentiert, könnte man geneigt sein, schlicht auf derselben pragmatischen Ebene zurückzufragen, wie er sich denn dann beispielsweise die große Resonanz der von ihm jährlich in Göttingen veranstalteten Sommerschule für lateinamerikanische Nachwuchswissenschaftler im Straf- und Strafprozessrecht erklärt, die den stattlichen Kursbeitrag⁷ und die erheblichen Reise- und Aufenthaltskosten aufzubringen bereit sind, um u.a. und vor allem mit

2 *Rotsch*, ZIS 2011, 285.

3 Siehe Eser/Hassemmer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, und dazu *meine Rezension* in GA 2001, 205.

4 *Vogel*, JZ 2012, 25 mit Zitaten von *Fletcher*, *Donini* und *Stuckenberg* und dazu bereits meine Entgegnung: *Schünemann*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 223.

5 *Ambos*, GA 2016, 177.

6 Der Beitrag erscheint ausweislich *Ambos*, GA 2016, 177 (Sternchenfußnote) auch in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, *Revista Penal* und *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

7 2015 für die 2-wöchige Sommerschule 1.500 € p.P. (cedpal@uni-goettingen.de).

Claus Roxin den (so *Ambos* selbst) „Star unter den in Lateinamerika aktiven deutschen Strafrechtslehrern“⁸ zu hören – also eben den, der unbestritten das Niveau einer elaborierten Strafrechtsdogmatik mit ihrer systematischen Entfaltung von am Regelungsproblem selbst entwickelten Lösungen repräsentiert, wie sie nun einmal im deutschsprachigen Diskussionsraum die akademische Messlatte bildet.⁹ Aber um das von *Ambos* gezeichnete und durch seinen trilingualen Beitrag auf weite Verbreitung berechnete Zerrbild auch auf der Objektebene richtig zu stellen, ist es als erstes und vor allem geboten, den Gegenstandsbereich (das Strafrecht) und die Wissenschaftslogik (konventionell formuliert: das Wesen) der Strafrechtsdogmatik sowie ihre gesellschaftliche Aufgabe zu rekapitulieren.

II. Der Begriff des Strafrechts und seiner Dogmatik

1. In der (Straf-)Rechtsdogmatik geht es um mit einem intersubjektiven Richtigkeitsanspruch¹⁰ auftretende Aussagen über das geltende Recht. Damit dieser Anspruch erhoben werden kann, muss zunächst einmal als Minimalvoraussetzung das Widerspruchsverbot beachtet werden, woraus sich wiederum die Notwendigkeit ergibt, sämtliche einzelnen Aussagen in ein

8 *Ambos/Malarino*, GA 2016, 336.

9 Aber beileibe nicht nur hier und schon gar nicht unter Inanspruchnahme eines spezifischen Deutschtums, weshalb ja gerade *Roxin* hierfür und als Bezeichnung der von seinem Lehrstuhl an der Ludwig-Maximilians-Universität München vertretenen Forschungsrichtung den später auch für die ZIS namensgebenden Begriff der (nicht mit dem innerstaatlichen Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB zu verwechselnden) „internationalen Strafrechtsdogmatik“ geprägt hat, pikanterweise zu einer Zeit, da *Ambos* als Münchener Habilitand und in diesem Geiste seine „Ansätze zu einer Dogmatisierung des Völkerstrafrechts“ ausarbeitete (Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts, 2002, bes. S. 517 ff.).

10 D.h. Wahrheitsanspruch, wenn man den Wahrheitsbegriff nicht durch das empiristische Sinnkriterium von vornherein auf deskriptive Aussagen beschränkt. Dazu umfassend in rechtshistorischer Perspektive *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft: Geschichte der Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933), 2012; ferner *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemmer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 385 ff.; Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008.

widerspruchsfreies Gesamtsystem zu fügen.¹¹ Dessen zentrale Begriffe müssen, weil es um Sollenssätze geht, aus normativen Prinzipien bestehen,¹² die wegen der existenziellen Bedeutung des Strafrechts für das rechtsunterworfenen Individuum wie für die Gesamtheit der Bevölkerung Teil der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Verfassung sein müssen, also der fundamentalen Grundsätze einer (zumindest auch) rechtlich verfassten Gesellschaft. Daraus ergeben sich zugleich die beiden zentralen Fragen, die die Strafrechtsdogmatik beantworten muss: Warum und wozu überhaupt Strafrecht, und wonach soll sich die Strafe richten? Für die Antwort benötigen wir natürlich, um nicht zirkulär zu argumentieren, ein nicht zu enges und für das weitere Abschreiten der hermeneutischen Spirale¹³ hinreichend elastisches Vorverständnis. Als Strafrecht in einem weiteren Sinn möchte ich denjenigen Teil des Rechtssystems bezeichnen, der die Verhängung von negativen Sanktionen aus Anlass eines unangenehmen Ereignisses gegen Menschen oder Menschengruppen regelt.¹⁴

-
- 11 Zu den Konsequenzen von *Kants* von einem System abhängig gemachten Wissenschaftsbegriff (Vorrede zu *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786: „Eine jede Lehre, wenn sie ein System, das heißt ein nach Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis sein soll, heißt Wissenschaft [...] [wobei die] Prinzipien [...] [solche] der rationalen Verknüpfung der Erkenntnisse in einem Ganzen sein können“) für die Jurisprudenz vor allem aus zivilrechtlicher Perspektive instruktiv *Rückert*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 13 (41 ff.). Selbstverständlich ist mit der Notwendigkeit eines dogmatischen Systems nicht eine irrig für semantisch geschlossen gehaltene Begriffspyramide gemeint, die für bei ihrem Bau noch nicht bedachte Konstellationen vermöge der „Genealogie der Begriffe“ zu synthetischen Aussagen führende Deduktionen ermöglichen würde.
 - 12 Zur Unterscheidung von *Normen* und *Prinzipien* allgemein *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 49 ff. (73 ff., 219 ff., 336 f.); *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, S. 14 ff. (46 ff.); *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 71 ff.; die im Text angesprochenen zentralen Prinzipien rangieren noch eine Abstraktionsstufe höher, sie bilden sozusagen die axiologische Ursuppe eines ganzen Rechtsgebiets wie die Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats im öffentlichen Recht oder der Privatautonomie im Privatrecht.
 - 13 So die *Winfried Hassemer* zu verdankende Reformulierung des „hermeneutischen Zirkels“ (Tatbestand und Typus, 1968, S. 107 f., und dazu *Schünemann*, in: Neumann/Herzog [Hrsg.], *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 239).
 - 14 Für speziellere Fragestellungen wie etwa nach der Realisierbarkeit eines genuine Strafrechts gegen juristische Personen müsste natürlich ein spezifischerer Begriff der Strafe entwickelt werden, sei es entsprechend dem Vorschlag von *Greco* durch

III. Magisch- und archaisch-primitives Strafrecht

1. In magisch-primitiven Gesellschaften genügt dabei ein magischer Zusammenhang zwischen der Person und dem Ereignis.¹⁵ Auf der nächsten Stufe der Entwicklung muss zwischen der zu bestrafenden Person und dem unangenehmen Ereignis ein spezifischer Zusammenhang bestehen, entweder in Gestalt der Kausalität des Verhaltens der Person für das Ereignis oder in Gestalt eines sozialen Status, kraft dessen das für das Ereignis kausale Verhalten eines anderen auch der Person selbst zugerechnet wird. Diese Zurechnungsform herrscht typischerweise in archaisch-primitiven Gesellschaften, die die Haftung an die bloße Kausalität oder an die bloße Zugehörigkeit zu einer Sippe knüpfen. Reste einer derartigen Strafrechtskonzeption haben bis heute in vielen Rechtsordnungen überlebt, etwa in den zahlreichen Beispielen einer strafrechtlichen Kausalhaftung im Rechtskreis des Common Law.¹⁶ Daneben wird auch die Sippenhaftung immer noch in totalitären Systemen praktiziert. Und auch die Anknüpfung an andere Formen des gesellschaftlichen Status kommt bis heute vor und ist sogar wieder auf dem Vormarsch, so etwa in Gestalt der Verantwort-

den Eingriff in angeborene Rechte (Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 653 ff.; *ders.*, GA 2015, 503 [512 f.], was die eine Ersatzfreiheitsstrafe kennende Geldstrafe ein-, die Geldbuße nach OWiG aber ausschließt!), sei es in der von mir bisher bevorzugten Weise durch die reine Repressivität (*Schünemann*, ZIS 2014, 1; *ders.*, GA 2015, 274 [279 ff.], was eine Verhängung allein wegen des vergangenen Ereignisses bedeutet und deshalb allein durch das Schuldprinzip legitimiert werden kann), sei es durch eine Kombination von beidem.

- 15 Wobei auch die Reihenfolge zwischen Ereignis und Sanktion umgekehrt werden kann, beispielsweise wenn Menschen der Gottheit geopfert werden, damit es zukünftig regnet. Ob man auch derartige Phänomene unter einen tentativen Begriff des Strafrechts fassen sollte, kann hier offen bleiben.
- 16 Dazu z.B. *Leigh*, *Strict and vicarious liability*, 1983; *Clarkson/Keating*, *Criminal Law*, 3. Aufl. 1994, S. 197 ff.; *Smith/Hogan/Ormerod*, *Criminal Law*, 13. Aufl. 2011, S. 155 ff.; *Jones/Christie*, *Criminal Law*, 1992, S. 59 ff. Zur aktuellen Diskussion unter besonderer Berücksichtigung der strict liability bei sexuellem Mißbrauch *Leonard*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2003), 691. Die historische Analyse von *Leonard* zeigt dabei sehr schön, dass die zuletzt in Guantanamo (dazu *Schünemann*, GA 2003, 299 [312 f.]; *ders.*, in: Moreno Hernández [Hrsg.], *Globalización e internacionalización del derecho penal*, 2003, S. 115) kulminierende Neigung, das Strafrecht als eine Art staatsterroristisches Instrument einzusetzen, auf dem Sonderweg des Common Law beruht, dessen Strafrechtsdenken nicht auf der Aufklärung und der idealistischen Philosophie, sondern auf dem Puritanismus und Utilitarismus beruht.

lichkeit des militärischen Befehlshabers gemäß Art. 28 des Rom-Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof¹⁷ oder auch tendenziell in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die die Handlungen, die aus einer hierarchisch aufgebauten Organisation heraus begangen werden, direkt dem Anführer dieser Organisation zurechnet, in einem Wirtschaftsunternehmen also dem Vorstand.¹⁸ Ob es sich dabei um ein Relikt oder gar einen Rückfall in primitive Strafrechtsformen oder um moderne Einsichten in legitime Bedürfnisse des Strafrechts handelt, bildet das selbstverständliche Thema einer analytisch-kritischen Strafrechtswissenschaft.

2. In den auf religiösen Wahn gegründeten Gottesstaaten sollte das Strafrecht mehr oder weniger die Hölle schon auf Erden vorwegnehmen, weshalb die als Vergeltung präsentierte Strafe in Wahrheit bei den meisten Delikten in einem sich bis zum Sadismus steigenden Übermaß („Overkill“) bestand.¹⁹ Da die grauenhaften Höllenstrafen nach dem überwiegend, vor allem von der katholischen Kirche und auch in der protestantischen Confessio Augustana von 1530 anerkannten christlichen Dogma im

17 Denn weil Art. 28 den Vorgesetzten aus einem Vorsatzdelikt bestraft, wenn er sich fahrlässig verhalten hat, ist es offenbar im Grunde genommen sein Status, der seine Verantwortung begründet, und nicht seine persönliche Schuld. Darin liegt zwar nicht die Legitimation, aber die logische Auflösung des von *Weigend* und *Ambos* registrierten Widerspruchs (*Weigend*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi [Hrsg.], Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1397; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 705); in der Kommentierung von *Fenrick*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), Commentary on the Rome statute of the international criminal court, 3. Aufl. 2016, Art. 28 Rn. 11, wird freilich nicht einmal dieser Widerspruch anerkannt, was für einen Autor aus dem Bereich des Common Law bezeichnend ist.

18 Dazu mit zahlreichen Nachweisen *Schünemann*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 621 (623 ff.).

19 Eindrucksvoll die „Fünf (Körper-)Strafen“ für 3.000 Delikte im alten China (dazu *Nienhauser* [Hrsg.], The Grand Scribe's Records, 1994, S. 69), von denen etwa die Todesstrafe des langsamen Zerstückerlns (Lingchi) mit einem Zerstückerlnsrekord von 500 Teilen bis 1905 oder 1908 praktiziert wurde (*Brook/Bourgon/Blue*, Death by a Thousand Cuts, 2008), oder die europäischen Leibes- und Lebensstrafen des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit (anschaulich *Heinemann*, Der Richter und die Rechtsgelehrten, Neudruck 1969, Abb. 101 ff.; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 1963, S. 6 ff.); auf Einbruchsdiebstahl stand nach Art. 185 der Bambergensis bei Männern Erhängen, bei Frauen Ertränken, dieselbe Rechtsfolge auch auf den einfachen Diebstahl im 2. Rückfall (Art. 188), während beim 1. Rückfall nur die Ohren abgeschnitten wurden (Art. 187).

Jenseits sogar ewig wahren würden, war das normative Strafrechtsprinzip der „Übervergeltung“ also in der damaligen ungeschriebenen Verfassung der auf Gottesgnadentum gegründeten christlichen Gemeinwesen implizit enthalten.²⁰ Und auch der Begriff der Straftat ergab sich zum großen Teil aus göttlicher Offenbarung, weshalb etwa *Benedikt Carpzov* noch im 17. Jahrhundert die Bibel wie eine Rechtsquelle behandelt hat²¹ und im Islam die hadd-Vergehen das Recht Gottes verletzen.

IV. Dessen Überwindung in der Aufklärung und die Geburt des modernen rechtsstaatlichen Strafrechts

1. Erst die Aufklärung, laut *Immanuel Kant* die Befreiung des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit,²² hat, vor allem in Gestalt von *Beccaria* und *Hommel*, das Strafrecht aus der intellektuellen und moralischen Dunkelheit der christlichen Überlieferung in die Helligkeit der Vernunft und Humanität transponiert, und zwar durch die Doktrin vom Sozialschaden als seinem einzigen legitimen Zweck.

Beccaria schrieb wörtlich: „Die Vermehrung des Menschengeschlechts [...] vereinigte die ersten Wilden. Die ersten Zusammenschlüsse zogen notwendigerweise die der anderen nach sich, um gegen erstere sich zu behaupten. [...] Es war somit die Notwendigkeit, welche die Menschen zur Dahingabe eines Teils der eigenen Freiheit zwang; demnach ist es gewiß, daß ein jeder nur den geringst möglichen Teil seiner Freiheit in das öffent-

20 Es ist deshalb leicht zu sehen, dass der Unterschied zwischen dem Strafrecht der Scharia (siehe nur *Zehetgruber*, *Islamisches Strafrecht versus europäische Werteordnung*, 2010) und dem christlichen Strafrecht vor der Aufklärung weit geringer ist als zwischen diesen beiden und dem säkularisierten Strafrecht nach der Aufklärung, von der Vergleichbarkeit des Wütens des IS mit der jahrhundertelangen Ketzerverfolgung durch die katholische Kirche ganz abgesehen. Zur zentralen Rolle des Teufels und der Hölle für die christliche Gesellschaft und damit auch das Strafrecht vor der Aufklärung instruktiv *Flasch*, *Der Teufel und seine Engel*, 2015.

21 Vgl. *Carpzov*, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Bd. 1, 2. Aufl. 1646, Quaestio 44 Nr. 32, 40, 41, 50, 52, 66 ff. Die Todesstrafe gegen Hexen und Zauberer wird als unmittelbares Gebot Gottes gerechtfertigt (Nr. 50: „Quis tuto negare poterit, revera sortiaros & sortilegos in rerum natura existere, convictus sacrarum literarum auctoritate, quae non modo veneficos & magos existere & suasse, veluti Numer. 33 Hierem. 27 Dan. 2. Psalm 578, sed & eosdem mortis poena affici debere restandur ex. Dei mandato“).

22 *Kant*, *Was ist Aufklärung?*, herausgegeben von Brandt, 1999 (zuerst 1784), S. 20.

liche Verwahnis einbringen will, nur soviel, wie ihm reicht, um die anderen dazu zu bringen, auch ihn zu schützen. Die Gesamtheit dieser geringst möglichen Teile macht das Recht zum Strafen aus; alles darüber hinaus ist Missbrauch und nicht Gerechtigkeit.²³ [...] Wir haben gesehen, wonach die Verbrechen bemessen werden sollen, nämlich nach dem der Gesellschaft zugefügten Schaden“ (Teil VIII). Und *Hommel* in seiner berühmten *Hommelischen* Vorrede zu der deutschen Ausgabe von *Beccarias* Werk: „Der selbstdenkende Jurist muß durchaus durch moralische Plauderei und betäubende Wörter sich nicht irre machen lassen, die Größe des Verbrechens in etwas anderem als einzig und allein in dem Schaden zu suchen, welcher daraus der Gesellschaft erwächst. Es sei die begangene Tat [...] immerhin ein [...] moralisches oder theologisches Verbrechen, das geht uns nichts an, die wir uns bloß mit bürgerlichem Unheile beschäftigen. Unsere Regel ist diese: Je trauriger der Erfolg ist, den eine Tat dem gemeinen Wesen verursacht, desto straffälliger ist sie. Hat sie aber keinen nachteiligen Erfolg im gemeinen Wesen, so ist sie gleichgültig, allerwenigstens kein Gegenstand der [...] Strafgesetze.“²⁴ *Beccaria* hat daraus beispielsweise die Strafflosigkeit des Selbstmordes gefolgert (Teil XXXII), und *Hommel* sagt noch schärfer: „Man muß Sünde, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht untereinander werfen. Ein Loch im Strumpfe zu haben, ist weder Sünde noch Verbrechen, sondern Schande; seine Schwester zu heiraten, ist bei den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige. Bloß dieses ist Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze. Es kann etwas schändlich, es kann etwas sündlich und doch bürgerlich kein Verbrechen sein. Mensch, Bürger und Christ sind drei unterschiedene Begriffe.“²⁵

2. Von besonderer und bis heute ungebrochener Bedeutung ist, dass die göttliche Offenbarung als Grund des Strafrechts in der Geburtsstunde des modernen Strafrechts nicht durch eine logische Deduktion aus einem formalen Rechts- und Pflichtbegriff, sondern durch die Idee des Gesellschaftsvertrages und damit durch das normative Prinzip des Konsenses ersetzt worden ist. Über das damit janusköpfig verbundene Prinzip der

23 *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene* (dt. Von Verbrechen und Strafen, 1764, Abschnitt II).

24 Sog. *Hommelische* Vorrede, in: *Hommel* (Hrsg.), *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1786, S. III ff. (XXIII).

25 *Hommel* (Fn. 24), S. IV f.

Volkssouveränität ist also die Beschränkung des Strafrechts auf den alleinigen Zweck der Verhütung von Sozialschäden in den Prämissen jeder demokratischen Staatsverfassung verankert und liegt damit allen positiven Verfassungen demokratischer Staaten als impliziter Bestandteil notwendig voraus.

3. Inhaltlich geht es bei diesem Begrenzungsprinzip also um den Schutz des Individuums vor der Willkür der Machthaber, zu denen in einer parlamentarischen Demokratie selbstverständlich auch die Abgeordneten des Parlaments als Inhaber der gesetzgebenden Gewalt gehören. Dass und wie das normative Prinzip der Sozialschadensverhütung als Zweck des Strafrechts ohne wesentliche inhaltliche Veränderung die Metamorphose in die heute übliche Formel der „ultima ratio zum Rechtsgüterschutz“ erlebt hat, habe ich an anderer Stelle dargelegt,²⁶ und will ich hier nicht wiederholen. Immerhin möchte ich eine Station genauer betrachten, die durch ihren doppelten Gegenpol die entscheidenden Züge des modernen Strafrechts besonders prägnant hervortreten lässt, nämlich die Strafrechtsphilosophie *Immanuel Kants*.

a) *Kants* berühmte Definition des Rechts als des Inbegriffs der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann,²⁷ wird in *Kants* Einleitung in die Rechtslehre zwar auf der Oberflächenstruktur nicht aus einem emphatischen und substantiellen Freiheitsbegriff für das Leben des Menschen in der Gesellschaft, sondern aus verschiedenen formalen Definitionen der von *Kant* gebildeten transzendentalen Grundbegriffe (Pflicht und Verbindlichkeit, Gesetz und Maxime, Wille und Willkür) abgeleitet, hängt aber doch über den für Recht und Moral gleichermaßen geltenden kategorischen Imperativ mit der Würde des Menschen als einem sich seine eigenen Gesetze gebenden Vernunftwesen zusammen. Es wäre deshalb keine Verfälschung dieser deontologischen Basis, wenn man mit dem gleichen Effekt wie bei *Beccaria* und *Hommel* aus *Kants* Rechtsdefinition für das Strafrecht die Folgerung ableiten würde, dass nur Freiheitsverletzungen bestraft werden dürfen und dass deshalb eine positive Rechtsvorschrift, die eine innerhalb der eigenen Freiheitssphäre verbleibende und nicht in fremde Freiheits- und damit Rechts-

26 *Schünemann*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 133 (138 ff.).

27 *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: Weischedel (Hrsg.), *Werksausgabe*, Bd. 8, 1993, S. 337 (A 33/B 33).

sphären übergreifende Handlung unter Strafe stellt, nicht Recht, sondern Unrecht wäre.²⁸ Immanuel Kant selbst hat diese Folgerung für das Strafrecht aber bedauerlicherweise nicht gezogen, sondern hat sich aufgrund einer Verwechslung von notwendiger und hinreichender Bedingung in eine unglückliche Polemik gegen *Beccaria* verstrickt und bei einer bloßen Verletzung der moralischen Pflichten gegen sich selbst, deren Anerkennung in der Ethik diskutabel, im Strafrecht aber unerträglich und in *Kants* eigenem Rechtssystem absurd ist, zur Propagierung von Straftatbeständen verstiegen, deren Erfüllung lediglich Moralnormen verletzt, aber keinen Sozialschaden begründet.²⁹ Die zusätzlichen (!) utilitaristischen Argumente, die *Beccaria* gegen die Todesstrafe vorgebracht hatte,³⁰ sind von *Kant* prompt verabsolutiert und mit dem deontologischen Einwand konterkariert worden, bevor man über den möglichen Nutzen einer Strafe nachdenken könne, müsse die Strafbarkeit des Täters unabhängig von ihren Folgen begründet werden.³¹ Aber dabei hat *Kant* übersehen, dass *Beccaria* ja den Gesellschaftsvertrag und damit ebenfalls die Autonomie des Individuums als deontologische Basis für das Strafrecht benutzt hat. Und *Kant* hat zum zweiten die Schuld des Täters als notwendige Bedingung für die Legitimation der Strafe (dazu sogleich näher) ohne Begründung in eine hinreichende Bedingung verwandelt und damit die in seinem Sittlichkeitskonzept überhaupt nicht ableitbare Vergeltungstheorie der Strafe axiomatisch vorausgesetzt.³²

28 In diesem Sinne wird *Kants* Strafrechtstheorie gegenwärtig von der *Wolff-Köhler*-Schule rekonstruiert, etwa *Wolff*, in: Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 137 ff. (211 ff.); *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 22 ff., was aber speziell im Strafrecht die tatsächliche Philosophie Immanuel *Kants* nur selektiv wiedergeben dürfte. Zur Entwicklung der Rechtsverletzungstheorie durch den Kantianer *Feuerbach* siehe umfassend *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, S. 303 ff.

29 Ein Beispiel: In den erläuternden Bemerkungen zur 2. Auflage der *Metaphysik der Sitten* hat *Kant* ausdrücklich die von ihm sogenannte Bestialität (Geschlechtsverkehr mit Tieren) ins Strafrecht eingeordnet und als „ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt“ qualifiziert, wobei als Strafe die „Ausstoßung aus der bürgerlichen Gesellschaft auf immer“ für angebracht erklärt wird, weil der Täter „sich selbst der menschlichen unwürdig gemacht“ habe (*Kant* [Fn. 27], S. 488, B 171 f.).

30 *Beccaria* (Fn. 23), Abschnitt XXVIII.

31 *Kant* (Fn. 27), S. 453, A 196/B 226.

32 Greifbar in seinem berühmten „Inselbeispiel“, siehe (Fn. 22), S. 455, A 199/B 229. Im Anhang zur 2. Aufl. der „*Metaphysik der Sitten*“ hat *Kant* interessanter Weise

b) Damit zeigt sich in *Kants* Straftheorie in exemplarischer Weise die Gefahr eines Übergriffs der Moral auf das Strafrecht, indem dem moralischen Vorwurf (dem „Tadel“) neben dem Zweck des Strafrechts, Sozialschäden zu verhüten, und der Schuldidee als reinem Legitimationsprinzip (wegen der Möglichkeit des Täters, die Straftat zu vermeiden), eine selbstständig strafbegründende Funktion zuerkannt wird.³³ Nach 200 Jahren die Behauptung zu wiederholen, dass auf Unrecht (gemeint wohl: verschuldetes Unrecht) Strafe zu folgen habe, sei eine „Vernunftnotwendigkeit, und zwar im gedanklich ersten Schritt auch unabhängig von jeglicher staatlichen Verfestigung der Rechtsverhältnisse“,³⁴ bedeutet (kantianisch gesprochen) einen Rückfall in die selbstverschuldete Unmündigkeit. Denn aus einem Verbot lässt sich im Falle seiner Verletzung maximal die Pflicht zur Wiedergutmachung ableiten, nicht aber die Pflicht zur Bestrafung des Verletzers: Hat dieser jemandem rechtswidrig ein Auge ausgeschlagen und wird daraufhin ihm eines ausgeschlagen, so ist der Schaden nicht ausgeglichen, sondern verdoppelt worden, so dass der Glaube, dadurch sei das Recht wiederhergestellt worden, zwar nicht so weit geht wie die in vielen Religionen ubiquitäre Erfindung beliebiger übersinnlicher Entitäten,³⁵ aber doch nicht mehr ist als eine *petitio principii* und eine Verwechslung von notwendiger und hinreichender Bedingung, die zwar öfter vorkommt und deshalb eine lässliche Sünde ist, aber wenn ihretwegen Menschen frü-

in der Fußnote auf S. 171 die Unterscheidung zwischen der Strafbarkeit, welche moralisch sei, und der Straflugheit, welche pragmatisch sei und von ihm als Prävention verstanden wird, ausdrücklich getroffen, ohne aber auch hier auf die notwendige Kombination von beidem als Voraussetzung der tatsächlichen Bestrafung einzugehen.

- 33 Zur Kritik an der modernen Konzeption *Andreas v. Hirschs*, das Strafrecht neben seiner Verhütungsaufgabe auf den moralischen Tadel zu stützen, siehe *meine* Kritik in: Schönemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 109 (111 ff.); dazu, dass eine Entscheidung zur Normverletzung, also gegen den kategorischen Imperativ, nicht durch die transzendente Freiheitsidee *Kants* erklärt werden kann, siehe *meinen* Beitrag in: Prittowitz Baurmann/Günther (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, S. 327 (332 ff.).
- 34 *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, S. 157.
- 35 Um ein vom Range her mediokres, in seiner Absurdität aber prägnantes Beispiel anzuführen, sei auf die Engelslehre des (angeblichen) Dionysius Areopagita hingewiesen, die durch die erdichtete Entführung seiner angeblichen Reliquien nach Regensburg zu einem dreifachen Veitstanz des Irrsinns gesteigert worden ist (dazu *Wesche*, *Akademie Aktuell* 4/2015, 42 ff.).

her ihres Lebens und heute ihrer Freiheit beraubt werden, so hört der Spaß auf.

V. Der Overkill-Charakter auch des modernen Strafrechts und seine daraus für jeden demokratischen Rechtsstaat folgende Begrenzung

1. Andererseits hat *Kants* Insistieren auf einem strikten Vergeltungsprinzip deutlich gemacht, dass sich in Wahrheit weder das frühere noch das moderne Strafrecht in ihrer realen Gestalt hierdurch legitimieren lassen (was nicht nur den Rechtsgüterschutz als alleinigen Zweck des Strafrechts, sondern auch dessen Rolle als ultima ratio unabweisbar macht): Wie *Immanuel Kant* zu Recht ausgesprochen hat, wird eine Vergeltung durch das Talionsprinzip beschränkt,³⁶ denn wenn dem Übeltäter etwas Schlimmeres zugefügt wird, als er selbst zu verantworten hat, dann findet gerade keine Vergeltung, sondern nur noch Rache statt. Die Wirklichkeit des Strafrechts bleibt aber auch heute noch nur bei der Bestrafung von Tötungsdelikten und schweren Körperverletzungsdelikten hinter der Talion zurück, während sie im Regelfall weit darüber hinausgeht: Wer ein Vermögensdelikt begeht, erst recht im Rückfall, wird unter Umständen über Jahre hinweg wie ein wildes Tier in einen Käfig gesperrt. Und dasselbe passiert einem Sexualtäter, der Leib und Seele seines Opfers zweifellos übel mitgespielt hat, aber nur über eine ganz kurze Zeitspanne. Dieses fast permanente Übermaß der strafrechtlichen Sanktion, dieser strukturelle Overkill, schließt eine Rechtfertigung durch den Vergeltungsgedanken kategorisch aus, lässt also nur noch den Zweck des Rechtsgüterschutzes übrig und gebietet für den Anwendungsbereich des Strafrechts die heute allgemein anerkannte Ultima-Ratio-Formel: Strafen dürfen gerade wegen ihres Overkill-Effekts nur verhängt werden, wenn es um die Gewährleistung der unentbehrlichen Güter des Einzelnen und der Gesellschaft geht und alle anderen Mittel fruchtlos sind; und bei geringfügigen Verletzungen muss ganz auf sie verzichtet werden.

2. Mit dieser Ermittlung des Zwecks der Strafe als des ersten für jedes Strafrecht in einem demokratischen Staat verbindlichen Grundprinzips ist das strafrechtsdogmatische Raisonement freilich noch nicht am Ende. Denn jede utilitaristische (= konsequentialistische) Begründung eines

36 *Kant* (Fn. 27), II. Teil S. 227.

einem Menschen zugefügten Übels, als welches sich der Overkill der Strafe darstellt, verlangt eine Ergänzung durch ein (deontologisches) Legitimationsprinzip gegenüber dem es Erleidenden. Und an diesem Punkt trifft man auf eine überraschende „prästabilisierte Harmonie“ von Deontologie und Konsequentialismus. Denn das Strafrecht als Verbot und Sanktionsandrohung kann ja nur über die Motivation des potentiellen Rechtsgutsverletzers wirken, also nur dann, wenn dieser zur Normbefolgung in der Lage war. Die Möglichkeit des Andershandelns bildet deshalb eine implizite Voraussetzung dafür, dass die Strafrechtsnorm eine (androhungsgeneralpräventive) Wirkung entfalten kann und deshalb für den Fall, dass diese Wirkung ignoriert wird, die angedrohte Sanktion allein wegen der Rechtsverletzung verhängt wird. Zugleich kann aber (nur) in diesem Fall gegenüber dem Normverletzer der persönliche Vorwurf erhoben werden, dass er die Norm nicht befolgt hat, obwohl er dazu in der Lage war. Darin liegt seine Schuld als Legitimationsgrund für die Straftat als Overkill. Und auch diese Anforderung liegt wiederum jeder demokratischen Staatsverfassung notwendig voraus. Denn aus der Idee des Gesellschaftsvertrages als allein möglicher Legitimation von Staatsgewalt folgt die Anerkennung der Autonomie und dadurch Würde des Menschen, die unabhängig von einer Positivierung wie in Art 1 GG zu den impliziten Fundamenten jeder demokratischen Staatsverfassung zählt.

3. a) Die Zweckrationalität in Gestalt der ultima ratio zum Rechtsgüterschutz durch Androhungsgeneralprävention und die Legitimation durch das Schuldprinzip bilden deshalb die beiden strafrechtlichen Fundamentalprinzipien jedes demokratischen Rechtsstaates. Und es ist deshalb auch kein Zufall, dass es in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 und in der ersten rechtsstaatlichen Verfassung Europas, der französischen Verfassung von 1791, im ersten Titel als Teil der Natur- und Bürgerrechte heißt: „Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société.“ „Comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société.“³⁷ – womit *Beccarias* Sozialschadensprinzip als dem positiven Recht vorausliegende und von diesem anzu-

37 Die Französische Nationalversammlung war sich auch vollauf bewusst, dass sie hier in der „Verpflichtung, die sie im Angesicht ganz Europas übernommen“ hatte, „nicht davor zurückschrecken“ durfte, „Wahrheiten für alle Zeiten und für alle Länder auszusprechen“, und damit „eine Erklärung gewollt für alle Menschen, für

erkennende Bedingung des Strafrechts eine Formulierung gefunden hat, deren epochale Geltung nicht durch eine Buchstabenjurisprudenz verkümmert werden kann, die bei der Lektüre des zweifellos nicht weniger rechtsstaatlich gemeinten Grundgesetzes ein bestimmtes Wort vermisst. Dass im Wortlaut des Grundgesetzes weder der Begriff des Rechtsgutes noch derjenige des Sozialschadens auftaucht, verschlägt wenig, denn auch vom Embryo liest man dort nichts, und doch hat das BVerfG hierfür wichtige Sätze aus dem GG entwickelt.³⁸ Und wenn im Rechtsstaatsprinzip implizit die Garantie einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ für enthalten erklärt wird,³⁹ so wäre es sonderbar, wenn darin nicht auch ebenso implizit der legitime Zweck dieses Instrumentes und damit dessen Begrenzung geregelt wäre, denn man kann schwerlich die Effizienz eines Mittels für notwendig erklären, ohne zuvor dessen Zweck geklärt zu haben. Man kann es deshalb nur mit Ignoranz oder Unredlichkeit oder beidem erklären, wenn der Gründung und Begrenzung des Strafrechts auf die und durch die Formel der Ultima Ratio zum Rechtsgüterschutz als Umformulierung des gemeineuropäischen und im Anspruch globalen, erstmals von einem Italiener ausgesprochenen und von der Französischen Nationalversammlung proklamierten Sozialschadensprinzips der Vorwurf engstirniger Provinzialität gemacht wird.

b) Wenn darin eine Verletzung des angeblich vorrangigen Demokratieprinzips gesehen wird,⁴⁰ so ist das nahezu abwegig: Die in dieser Kritik

alle Nationen“ (so der Abgeordnete *Duport*, siehe *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 7).

38 Beginnend mit BVerfGE 39, 1, dessen weitestgehende Preisgabe durch die aktuelle Rechtsprechung (BVerfGE 88, 203; 98, 265) zwar vom BVerfG selbst nach Kräften verschleiert worden ist, aber ohne dass es im vorliegenden Zusammenhang darauf ankommt.

39 Zahlr. Nachw. bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 1 Rn. 7.

40 So aber der Staatsrechtslehrer *Gärditz* (Der Staat 49 [2010], 331 [mit zutr. Kritik von *Zaczyk*, Der Staat 50 [2011], 295]); ebenso *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658), der in methodologischer Hinsicht ebenso fehlerhaft argumentiert, wenn er meint, es gehe der Doktrin des Rechtsgüterschutzprinzips darum, die Rechtsgüter durch „Zugrundelegung ontologischer Kriterien vom demokratischen Substrat des Normativen abzukoppeln“. Denn (von der semantischen Konfusion des Begriffs „demokratisches Substrat des Normativen“ ganz abgesehen; noch kapriziöser *Gärditz*' neuester Begriff der „Demokratizität“ in JZ 2016, 641) zählt das Rechtsgüterschutzprinzip, wie dargelegt, zu den beiden normativen Grundprinzipien des Strafrechts in jeder Demokratie.