

Günter Stratenwerth

Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts

Herausgeber:

Peter Aebersold

Peter Albrecht

Felix Bommer

Sabine Gless

Mark Pieth

Martin Schubarth

Kurt Seelmann

Wolfgang Wohlers

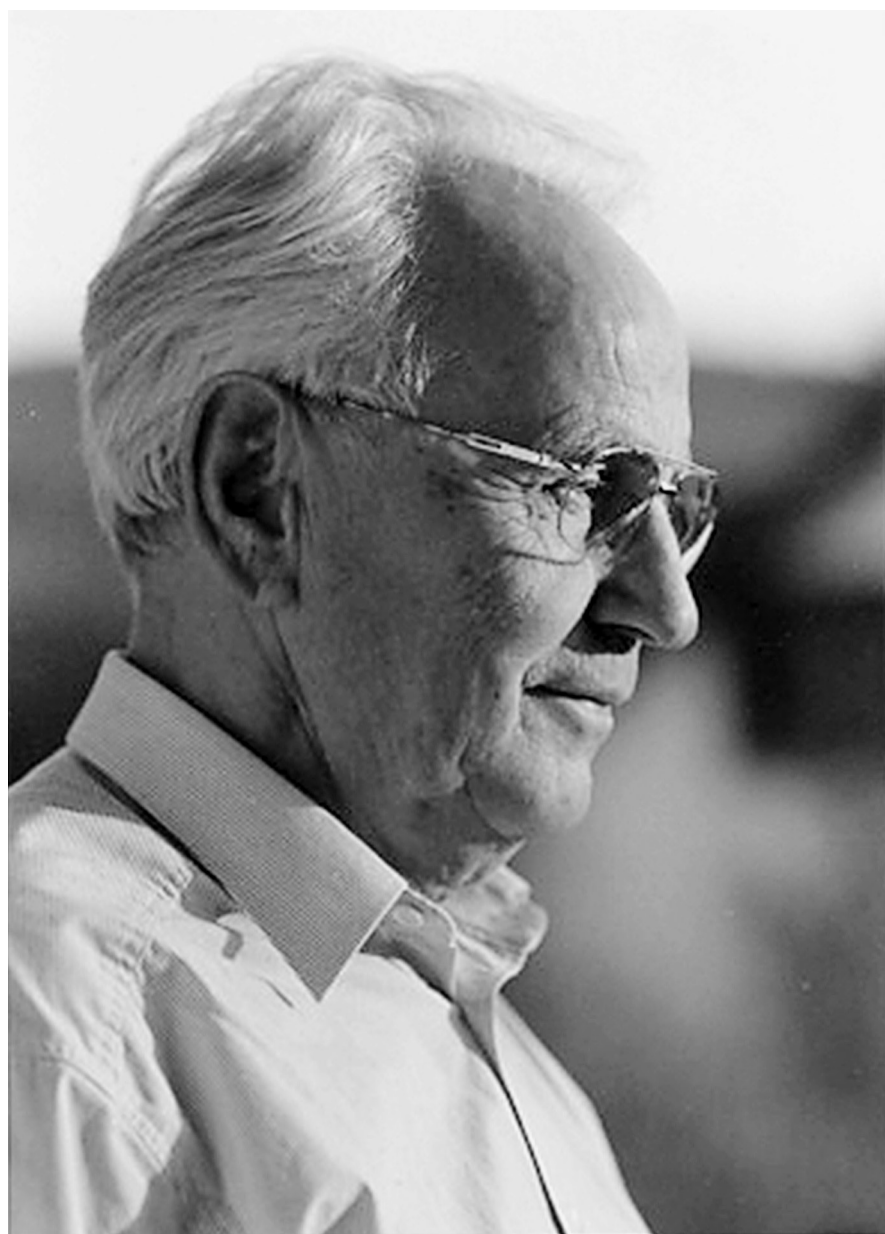


Stämpfli Verlag



Nomos

Mehr als ein halbes Jahrhundert lang hat Günter Stratenwerth die Diskussion strafrechtlicher Grundfragen geprägt und bereichert. Sein wissenschaftliches Werk reicht von den rechtsphilosophischen Grundlagen des Strafrechts bis zu den konkreten Details des Allgemeinen und des Besonderen Teils des Strafrechts. Neben grundlegenden Arbeiten zur ethischen Begründbarkeit der Institution Strafe finden sich in diesem Band die wichtigsten Arbeiten zum Schuldprinzip und zum Schuldbegriff, zu Fragen der Dogmatik des Allgemeinen Teils sowie zu den Sanktionen und zum Strafvollzug. Die Auseinandersetzung mit dem „modernen“ Strafrecht, die Stratenwerth in den letzten Jahrzehnten besonders umgetrieben hat, war dem Bestreben geschuldet, neuartigen Bedrohungen der menschlichen Lebensgrundlagen eine strafrechtliche Antwort entgegen zu setzen, die gleichermaßen prinzipientreu wie erfolgversprechend sein soll.



Günter Stratenwerth

**Beiträge zu Grundfragen eines
zeitgemässen Strafrechts**

Herausgeber:

Peter Aebersold

Peter Albrecht

Felix Bommer

Sabine Gless

Mark Pieth

Martin Schubarth

Kurt Seelmann

Wolfgang Wohlers



Stämpfli Verlag



Nomos

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden · 2017
ISBN 978-3-8487-3962-2

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com
E-Book ISBN 978-3-7272-1934-4
Print ISBN 978-3-7272-2974-9

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1423-3

Vorwort

Am 15. April 2015 ist mit Günter Stratenwerth einer der bedeutendsten Vertreter der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verstorben.¹ Günter Stratenwerth hat sich vehement und erfolgreich verschiedenen Ansinnen verweigert, ihn und sein wissenschaftliches Werk zu seinen Lebzeiten durch eine Festschrift zu ehren. Vor diesem Hintergrund stand es für uns, den ihm persönlich besonders eng verbundenen Schülern und Weggefährten, ausser Diskussion, diesen Wunsch posthum durch eine Gedächtnisschrift zu seinen Ehren zu unterlaufen. Wir haben uns stattdessen entschieden, einen Sammelband mit ausgewählten Schriften von Günter Stratenwerth vorzulegen. Dieser Sammelband soll nicht nur den Zugriff auf seine wichtigsten nicht-monografischen Schriften erleichtern, sondern überdies dadurch, dass Günter Stratenwerth selbst zu Wort kommt, den Wissenschaftler Günter Stratenwerth in Erinnerung rufen und das abbilden, was für ihn immer an erster Stelle stand: seine in einer klaren und eleganten Sprache verfassten Gedanken und Überlegungen.

Da ein integraler Abdruck aller von Günter Stratenwerth in Zeitschriften und Sammelwerken publizierten Abhandlungen ausgeschlossen war, haben wir zunächst die fünf Teilbereiche identifiziert, die aus unserer Sicht im wissenschaftlichen Schaffen Günter Stratenwerths besondere Bedeutung hatten. Dies sind:

- (1) Die rechtsphilosophischen Grundlagen des Strafrechts (inklusive der Auseinandersetzung mit der Lehre des Finalismus)
- (2) Der Schuldbegriff und das Schuldprinzip
- (3) Die Strafrechtsdogmatik in ihrer gesamten Breite
- (4) Das Sanktionenrecht und der Strafvollzug
- (5) Die Auseinandersetzung mit dem „modernen“ Strafrecht im Übergang vom 20. in das 21. Jahrhundert

Wir haben sodann das Gesamtwerk² durchgesehen und die Beiträge ausgewählt, die aus unserer Sicht als die zentralen Stellungnahmen zu qualifizieren sind. Bezogen auf den oben (3) genannten Bereich der Dogmatik des Allgemeinen und des Besonderen Teils des Strafrechts haben wir uns entschieden, uns auf den Bereich der Dogmatik des Allgemeinen Teils zu konzentrieren. Diese Entscheidung ist zum einen dem Umstand geschuldet, dass der vorliegende Band umfangmässig nicht ausufern soll; zum anderen haben die Beiträge zum Besonderen Teil des Strafrechts im wissenschaftlichen Schaffen

¹ Zur Person und zum Werk vgl. unten S. VII ff.

² Vgl. hierzu das unten S. 731 ff. abgedruckte Schriftenverzeichnis.

von Günter Stratenwerth gesamthaft betrachtet nicht die gleiche Bedeutung wie seine Untersuchungen zum Allgemeinen Teil.

Erwogen und letztlich verworfen haben wir, ob einzelne Teile aus dem monografischen Werk aufgenommen werden sollen. Zu Diskussion stand hier vor allem der § 1 der Darstellung des Allgemeinen Teils des deutschen Strafrechts, der mit seiner konzisen Darstellung der Funktion des Strafrechts nicht nur den Diskussionsstand in beeindruckender Art und Weise auf den Punkt bringt, sondern auch den Standpunkt deutlich macht, von dem aus Günter Stratenwerth Strafrechtsdogmatik betrieben hat. Denjenigen, die die Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafrechts nicht anhand des Stratenwerth'schen AT gelernt haben, sei die Lektüre zumindest dieses § 1 dringend empfohlen.

Wir haben uns entschieden, die ausgewählten Beiträge nicht chronologisch aneinanderzureihen, sondern uns an den fünf Topoi zu orientieren, die wir als Schwerpunkte im Schaffen Günter Stratenwerths identifiziert haben. Wir hoffen, dass wir auf diese Weise dem Leser die spezifischen Schwerpunkte im wissenschaftlichen Werk Günter Stratenwerths am besten nahe bringen können. Da das Werk für sich selbst sprechen soll – und dies auch tut –, haben wir davon abgesehen, den einzelnen Abschnitten inhaltliche Einleitungen voranzustellen.

Die einzelnen Beiträge wurden in formaler und in inhaltlicher Hinsicht so belassen, wie sie im Verlaufe mehrerer Jahrzehnte und in verschiedenen Ländern im Original publiziert worden sind. Dies betrifft auch die Fussnoten, die weder formal vereinheitlicht noch aktualisiert worden sind.

Für die Unterstützung bei der Aufbereitung bedanken wir uns bei RA MLaw Noemi Biro, MLaw Fabienne Germanier, RA MLaw Dominik Hasler und RA lic. iur. Bettina Tanner (Lehrstuhl Bommer), stud. iur. Gianmarco Coluccia, stud. iur. Armand Kurath und BLaw Helena Meyer (Lehrstuhl Gless), Dr. iur. Kathrin Betz, lic. iur. Beate Dörflinger, MLaw David Mühleemann und MLaw Ebru Sen (Lehrstuhl Pieth), MLaw Linda Bläsi und BLaw Claudine Schär (Lehrstuhl Wohlers) sowie vor allem bei MLaw Sabrina Manuela Keller, stud. iur. Elif Haskaya und stud. iur. Felix Multerer (Lehrstuhl Wohlers), die damit befasst waren, die Papiervorlagen zu scannen, aus diesen die Druckvorlagen zu generieren und unter Berücksichtigung der gemeldeten Korrekturen schlussendlich die druckfähigen Vorlagen zu erstellen.

Die Herausgeber

Günter Stratenwerth – zur Person

Günter Stratenwerth wurde am 31. Januar 1924 in Naumburg an der Saale geboren. Am 15. April 2015 ist er im Alter von 91 Jahren in Basel gestorben. Mit Günter Stratenwerth ist einer der ganz Grossen des deutschen Strafrechts und auch ein Lehrer, der Generationen von Juristinnen und Juristen geprägt hat, von uns gegangen. Er hat nicht nur durch seine intellektuelle Schärfe, sondern auch durch seine menschliche Wärme und den Mut, auch unbequeme Dinge anzusprechen, überzeugt.

Wie viele seiner Generation war er durch die Erlebnisse mit dem NS-Regime und seine Zeit als Soldat an der Front geprägt. Sie beeinflusste seine wissenschaftliche Tätigkeit tiefgreifend. In einem autobiographischen Beitrag, der 2010 erschienen ist, sagt er selbst, dass «eines der Lebensziele» seiner Generation gewesen sei, «zu verhindern, dass sich in Deutschland je wiederholen könnte, was in der Zeit der NS-Herrschaft geschehen war»¹. Ein zentrales Leitmotiv seines literarischen Schaffens war es, den Prinzipien der Aufklärung und der Demokratie zum Durchbruch zu verhelfen. Dabei sah er sich mit der Herausforderung konfrontiert, die liberale Grundeinstellung auch angesichts der sich rasch wandelnden Verhältnisse der Nachkriegszeit beizubehalten.

Das Leitmotiv hat zunächst seine frühen rechtsphilosophischen Schriften geprägt. Zusammen mit weiteren Autoren seiner Zeit – insbesondere seinem akademischen Lehrer Hans Welzel, der sich ganz grundsätzlich mit dem Naturrecht beschäftigte – suchte er nach Beschränkungsprinzipien für das positive Recht. Wie seine Dissertation zur «*Naturrechtslehre von Johannes Duns Scotus*»² und vor allem seine Bonner Antrittsvorlesung über «*Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“*»³ beweisen, lassen sich die Rahmenbedingungen der Rechtsetzung aber nicht einfach aus vorgegebenen «ontologischen» Gegebenheiten ableiten⁴. Vielmehr beruht die Auswahl der relevanten Gesetzmässigkeiten auf Wertungen⁵. Allerdings ist der Gesetzgeber an die von ihm selbst gewählten «sachlogischen Strukturen» fortan gebunden. Zumindest ist der Anspruch auf eine intrasystematische Logik des Rechtssys-

¹ Günter Stratenwerth, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin/New York 2010, 553 ff. (564); dazu Klaus Lüderssen, *Nachruf auf Günter Stratenwerth*, JZ 2015, 665.

² Günter Stratenwerth, *Die Naturrechtslehre von Johannes Duns Scotus*, Göttingen 1951.

³ Günter Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Probleme der «Natur der Sache»*, Tübingen 1957.

⁴ Ebda., 8 ff.

⁵ Ebda., 10, 12.

tems zu erheben⁶. Das positive Recht kann die Wertungsgesichtspunkte nicht nach Belieben durchbrechen⁷. Fundamental ist für Günter Stratenwerth, dass der Mensch als *Person* ernst genommen wird⁸. Diese Formel fokussiert den Blick auf Verhaltensweisen, die dem Menschen «überhaupt zugerechnet werden dürfen»⁹. Daraus leitet sich eine Vielzahl fundamentaler dogmatischer Prinzipien des modernen Strafrechts ab, wie der finale Handlungsbegriff¹⁰, die Konzepte von Vorsatz und Fahrlässigkeit, der moderne Schuldbegriff, die Lehren von Versuch und Beteiligung¹¹.

Mit diesem noch sehr abstrakt gehaltenen Grundsatzreferat legte Günter Stratenwerth den Boden für sein späteres Interesse an den «Regeln der strafrechtlichen Zurechnung»¹², das sich in seinen vielen monographischen Texten und Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil manifestieren sollte. Seine Habilitationsschrift über «*Verantwortung und Gehorsam*» setzte sich mithilfe der erworbenen abstrakten Methode mit einem sehr konkreten und politisch überaus drängenden Gegenstand auseinander, zumal sich Angeklagte in Kriegsverbrecherprozessen regelmässig auf «Handeln auf Befehl» herauszureden suchten¹³.

Seine nächste Schaffensperiode war geprägt vom Mitwirken in einer Gruppe jüngerer Strafrechtsprofessoren, die sich dezidiert gegen die phantasielosen offiziellen Bemühungen um ein Strafrecht der Nach-NS-Zeit wandten. Der Grossen Strafrechtskommission, die den E 1962 verfasst hatte, fiel nichts anderes ein, als das Rad der Geschichte zur Vergeltung hin zurückzudrehen, um sich von der Präventionsorientierung der Nationalsozialisten zu befreien¹⁴. Die Autoren des sogenannten Alternativentwurfs¹⁵ setzten sich demgegenüber für ein dezidiert rechts- und *sozialstaatliches* Strafrecht ein¹⁶. Eine Rückkehr zum schlichten formell-rechtsstaatlichen Modell, das den Menschen normativ als frei, selbstverantwortlich und auf «sittliche Selbstbestimmung angelegt»

⁶ Ebd., 17 f., 19.

⁷ Ebd., 26.

⁸ Ebd., 18.

⁹ Ebd., 28.

¹⁰ Ebd., 7, 13.

¹¹ Ebd., 8, 13 ff.

¹² Stratenwerth 2010, 561.

¹³ Günter Stratenwerth, *Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*, Tübingen 1958.

¹⁴ Günter Stratenwerth, *Leitprinzipien der Strafrechtsreform*, Köln/Opladen 1970, 8 ff.; dazu auch ders. 2010, 562.

¹⁵ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., Tübingen 1966; 2. Aufl., Tübingen 1969.

¹⁶ Günter Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg et al. 1977, 48.

VIII

definierte¹⁷, erschien unbefriedigend. Gemäss Günter Stratenwerth «wird die Freiheit des Einzelnen, zumal des Straftäters, nicht länger kurzerhand vorausgesetzt, sondern als ein Zustand begriffen, der vielfach erst herzustellen wäre»¹⁸. Die Konsequenzen dieses Ansatzes sind erheblich. In den Worten von Günter Stratenwerth: «An die Stelle eines vergeltenden Strafrechts, das die Verantwortung für den Rechtsbruch mithilfe des Schuldvorwurfs allein dem Täter zuschiebt und ihn im Übrigen seinem Schicksal überlässt, soll eine Form der strafrechtlichen Reaktion treten, die aus der Mitverantwortung der Gesellschaft Konsequenzen zieht und also auch gegenüber dem Straftäter menschliche Solidarität übt»¹⁹. Nun wird deutlich, was Günter Stratenwerth schon in seiner Bonner Antrittsvorlesung mit «sachlogischen Strukturen» gemeint hatte, als er auf den Menschen als «Person» verwies²⁰: Der Mensch muss «als Person ernstgenommen werden»²¹.

Das von den «Alternativprofessoren» propagierte moderne Strafrecht hatte sich um seine eigenen Konsequenzen zu kümmern («Folgenorientierung»)²². Unter Rückgriff auf die «moderne Schule» wurde Empirie wieder aktuell. Dabei sollte der Staat möglichst so intervenieren, dass die Rückfallrisiken minimiert werden.

Anders als die in Verruf geratene Konzeption von Liszts und seiner Mitstreiter²³ insistierten die «Alternativprofessoren» aber auf dem Primat des Schuldprinzips. Allerdings sollte Schuld nicht mehr das Mass aller Dinge sein. Zunächst wurde die Schuld auf die «Tatschuld» eingeschränkt. Die Täterpersönlichkeit sollte zwar bei der Strafzumessung «möglichst umfassend berücksichtigt werden, wenn auch stets nur insoweit, wie sie sich in der Straftat ausgedrückt hat, [...]»²⁴. Sodann dient die Schuld nicht länger der Legitimierung sondern der Limitierung von Strafe²⁵. In der Strafzumessung markiert sie den Maximalrahmen, der aus spezialpräventiven Gründen unterschritten werden

¹⁷ BGHSt 2, 200; zitiert bei Stratenwerth 1977, 9.

¹⁸ Stratenwerth 1977, 48.

¹⁹ Stratenwerth 1977, 41.

²⁰ Stratenwerth 1957, 18; dazu Stratenwerth 2010, 558 f.

²¹ Stratenwerth 1977, 41.

²² Stratenwerth 1977, 45; vgl. dazu auch Winfried Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: Coing et al. (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1982, Band 1, 493 ff., 512 ff.; ders. in: Winfried Hassemer/Klaus Lüderssen/Wolfgang Naucke (Hrsg.), Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, Heidelberg 1983, 51 ff.

²³ Insbesondere Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Marburger Universitätsprogramm 1882, in: Franz von Liszt, Aufsätze und Vorträge I, 126 ff., 165.

²⁴ Günter Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, Tübingen 1972, 8.

²⁵ Stratenwerth 1977, 11.

darf²⁶. Dem verborgenen generalpräventiven Gedankengut begegnen die «Alternativprofessoren» mit Skepsis. Offen deklariert rechtfertigt es sich allenfalls, Generalprävention als Begrenzungsprinzip gegenüber spezialpräventiv motivierten Abweichungen nach unten zu akzeptieren²⁷.

Die in § 2 Abs. 1 Alternativentwurf (AE) enthaltene Formel «Strafen dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft», forderte den Konflikt mit den Traditionalisten heraus²⁸. Er wird politisch im Schlachtruf «Abschied von Kant und Hegel»²⁹ überhöht. Intellektuell ordnet sich der AE in die 68er Bewegung ein, in der sich – bisweilen heftig – die Nachkriegsgeneration von der noch immer nicht aufgearbeiteten autoritären Vergangenheit lossagen wollte. Es erstaunt nicht, dass sich auch Günter Stratenwerth inmitten dieser intellektuellen und auch emotionalen Umbruchphase wiederfand. Als «Liberaler» drohte er – wie er sagte – aber zwischen Stuhl und Bank zu geraten³⁰. Er blieb von den Wirren an den Hochschulen aber weitgehend verschont, weil er bereits 1961 einem Ruf nach Basel in die Schweiz gefolgt war. Die 68er Revolte fand hier nur in sehr gedämpfter Form statt³¹.

Der Umzug in die Schweiz sollte ihn mit anderen Herausforderungen konfrontieren. Er hatte sich ursprünglich vorgestellt, dass die beiden Rechtsordnungen sich stark glichen. Eine holistische Perspektive belehrte ihn aber eines Besseren. Während die Schweizer Rechtsordnung erhebliche rechtsstaatliche Defizite aufzuweisen schien und die Schweiz nach wie vor den Schritt zum «Richterstaat» nicht vollzogen hatte (insbesondere noch immer keine prinzipale Verfassungsgerichtsbarkeit für eidgenössische Gesetze zulässt), kam dem direkt-demokratischen Element eine wesentlich wichtigere Rolle zu als in Deutschland. Sein Freund und Kollege Peter Noll konnte daher etwas spitz bemerken, die Schweiz sei vielleicht eine Demokratie aber kein Rechtsstaat. Hinzu kam, dass die Praxis sich vom Text durchaus erheblich entfernen konnte. Wenn Günter Stratenwerth in seiner Bonner Antrittsvorlesung in überaus abstrakter Form vom «Menschen als Person» als Realie gesprochen hatte, fand er in der Schweiz von Hans Schultz eine Richterschaft vor, die aufgrund

²⁶ Stratenwerth 1972, 35.

²⁷ Vgl. auch Hassemer 1983, 40.

²⁸ Stratenwerth 1977, 10; zur Reaktion des damaligen Establishments: Stratenwerth 2010, 563.

²⁹ Ulrich Klug, Abschied von Kant und Hegel, in: Jürgen Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt et al. 1968, 36 ff.

³⁰ Stratenwerth 2010, 560.

³¹ Ebda.

ihres Selbstverständnisses damals jedenfalls für ein massvolles und gelassenes Strafrecht eintrat³².

Die von den «Alternativprofessoren» geforderte Öffnung zur Empirie hin konnte Günter Stratenwerth, zusammen mit den Kollegen Peter Noll, Hans Schultz und Philippe Graven in einer Untersuchung des schweizerischen Strafvollzugs praktisch umsetzen. Mit der Hilfe von Peter Aebersold und einer Gruppe von elf Dissertanden gelang es, in den 1970er Jahren eine umfassende Bestandsaufnahme des Schweizer Strafvollzugs zu erstellen und die Vollzugsrealität wesentlich zu beeinflussen³³.

Im Übrigen hatte aber Günter Stratenwerth in seiner frühen Schweizer Zeit Schwierigkeiten, auf die Praxis einzuwirken. Es dauerte einige Zeit, bis er in Expertenkommissionen aufgenommen wurde und das Bundesgericht vermied es vorerst tunlichst, ihn zu zitieren. Der Wucht seiner Publikationen und seiner überlegenen Analyse konnte die Praxis aber auf die Dauer nicht widerstehen. Inzwischen ist sein Gedankengut in Entscheidungen und in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur flächendeckend rezipiert worden³⁴. Günter Stratenwerth sollte in seiner weiteren Schweizer Zeit in einer Vielzahl von Expertenkommissionen mitwirken³⁵. Fundamental war sein Einsitz in die Kommission zur Revision des Allgemeinen Teils, die auf das Projekt des AE Rückgriff nahm und es auf Schweizer Verhältnisse zu übertragen suchte³⁶.

³² Hans Schultz, Rechtsübernahme, Rechtsvergleichung und Rechtsreform in der Entwicklung des schweizerischen Strafrechtes, ZStW 100/1988, 189 ff.; ders., Probleme einer Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, in: Wilfried Küper et al. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin et al. 1987, 894; vgl. dazu auch Mark Pieth, Bedingte Freiheit, Disziplinierung zwischen Gnade und Kontrolle, Basel et al. 2001, 260 f.

³³ Günter Stratenwerth/Peter Aebersold, Der schweizerische Strafvollzug – Programm, Methode und Durchführung einer empirischen Untersuchung, Aarau et al. 1976; Günter Stratenwerth/Andres Bernoulli, Der schweizerische Strafvollzug – Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, Aarau et al. 1983; vgl. auch genereller Günter Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, in: Arthur Kaufmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 901 ff.

³⁴ Stratenwerth 2010, 565.

³⁵ Insbesondere zu den Themen Schwangerschaftsabbruch, Leib und Leben, Sexual- und Familiendelikte, Gewaltdelikte, Urkunden- und Vermögensdelikte (einschliesslich Computerdelikte).

³⁶ Hans Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des schweizerischen Strafgesetzbuches vom März 1985, Bern 1987; Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum dritten Buch des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege sowie Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem

Wichtig zum Verständnis des wissenschaftlichen Werkes von Günter Stratenwerth ist, dass er sich nie vor neuen Entwicklungen verschlossen hat. Bis in die 1980er Jahre hatte sich die Wirtschaft in Europa weitgehend erholt; allerdings wurde wenig Gewicht auf den Schutz der Umwelt gelegt. Mit den Industriestörfällen (nicht zuletzt auch dem Brand des Sandoz Werkes in Schweizerhalle von 1986³⁷), am deutlichsten aber durch die Reaktorkatastrophe von Tschernobyl wurde klar, wie wenig die Menschheit für den Umgang mit Grossrisiken gerüstet war. Ulrich Beck hatte es mit dem Begriff der «Risikogesellschaft»³⁸ lediglich auf den Punkt gebracht. Erst allmählich wurde deutlich, dass sich die Menschheit mit ihrem «gigantischen Wirtschaftswachstum»³⁹ in eine «Überlebenskrise»⁴⁰ manövriert hatte. Jenseits individueller Störfälle stand durch grossflächige Gefährdung des Ökosystems (Abholzen der Regenwälder, Klimawandel, radioaktive Verseuchung etc.) oder auch Eingriffe ins menschliche Erbgut letztlich das Fortbestehen der Menschheit in Frage. In seinem Schlüsselvortrag an der Basler Strafrechtslehrertagung von 1993 warf Günter Stratenwerth die Frage nach der «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts»⁴¹ auf. In seiner gewohnt subtilen Art näherte er sich dem Thema unter Bezugnahme auf die traditionell-rechtsstaatlichen Begrenzungskonzepte des Strafrechtes, insbesondere die Rechtsgutslehre und das ultima ratio Prinzip. Das traditionelle Strafrecht wurde aber von den Entwicklungen in mehrfacher Hinsicht herausgefordert, zumal durch die Tatsache, dass der einzelne Mensch oder das einzelne Unternehmen meist nur «ein winziges Glied im Zusammenspiel zahlloser weiterer Teilakte» setzte⁴². Er erteilte denn auch einer schlichten Aufgabe der überkommenen Prinzipien, einer Instrumentalisierung des Strafrechts für politische Zwecke⁴³ eine Absage. Allerdings distanzierte er sich auch vom, vor allem von der «strafrechtlichen Frankfurter Schule»⁴⁴ vertretenen Dogma der Ableitung von Universalrechtsgütern aus Individualrechtsgütern⁴⁵. Er wandte sich vor allem gegen die

Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, erstellt auf der Grundlage der Schlussberichte der Expertenkommission, Bern 1993.

³⁷ Günter Stratenwerth, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft; Rektoratsrede 1993, 3 f. (zit. Stratenwerth 1993b); dazu auch Detlef Krauß, Probleme der Täterschaft im Unternehmen, Plädoyer 1989, 40 ff.

³⁸ Ulrich Beck, Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt et al. 1986.

³⁹ Stratenwerth 1993b, 14.

⁴⁰ Günter Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105/1993, 679 ff. (685) (zit. Stratenwerth 1993a).

⁴¹ Stratenwerth 1993a, 679 ff.

⁴² Stratenwerth 2010, 681.

⁴³ Stratenwerth 2010, 658 ff.

⁴⁴ Vor allem unter Bezugnahme auf Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378, 383.

⁴⁵ Stratenwerth 1993a, 687.

XII

von Hassemer vorgeschlagenen Alternativen zum Strafrecht (neben dem Zivil- und dem öffentlichem Recht, schlicht «den Markt»⁴⁶). Kurz, er distanzierete sich vom Rückgriff auf die tradierten Werte der Aufklärung insofern, als sie weiterhin die wirtschaftsliberale Theorie von der «unsichtbaren Hand» propagierten⁴⁷. Für Günter Stratenwerth ist das «skandalöse Missverhältnis zwischen der Grösse der Bedrohung [...] und den Mitteln, die zu ihrer Abwehr angeboten werden sollen» ein Argument für den Einbezug des Strafrechts in die Zukunftssicherung⁴⁸.

Abermals untermauert Günter Stratenwerth seine Position mit rechtsphilosophischen Überlegungen. Die «Krise westlicher Zivilisation»⁴⁹ führt er auf das anthropozentrische Weltbild zurück, das Mensch und Natur als Gegensätze erscheinen lässt⁵⁰. Er setzt sich in dieser Phase intensiv mit Anthropologen und Philosophen wie Claude Levy-Strauss und Hans Jonas auseinander. Indessen sind die Differenzen zwischen Günter Stratenwerth und den Frankfurter Kollegen nicht so gross wie sie erscheinen mögen. Während Winfried Hassemer ein Ausweichen ins «Interventionsrecht» (eine Art Ordnungswidrigkeitenrecht) forderte, sah Günter Stratenwerth den Ausweg in der Festlegung besonderer Pflichten und ihrer Durchsetzung mit strafrechtlichen Mitteln⁵¹.

Mit Blick auf den Risikofaktor «arbeitsteilig organisierter Grossbetrieb»⁵² nahm Günter Stratenwerth in einer Vielzahl von Arbeiten laufend deutlicher Stellung. Bereits 1992 hatte er sich in der Festschrift für Rudolf Schmitt ein erstes Mal zur Frage der Unternehmenshaftung geäussert⁵³. Die Stellungnahme in seiner Rektoratsrede von 1993 fiel bereits deutlicher aus⁵⁴ und kostete die Universität einiges an Sponsorengeldern. In der Retrospektive sollte er dann unumwunden erklären, dass es «angesichts der gegenwärtigen Bedrohung allen Lebens auf der Erde unabdingbar [sei], den legitimen Anwendungsbereich des Strafrechts zu erweitern». Er fügte gleich bei, dass ihm

⁴⁶ Stratenwerth 1993a, 687 f.

⁴⁷ Stratenwerth 1993a, 689 ff.; ders. 2010, 566.

⁴⁸ Stratenwerth 1993a, 688.

⁴⁹ Stratenwerth 2010, 566.

⁵⁰ Stratenwerth 1993a, 691 f.

⁵¹ Dazu Lüderssen 2015, 665.

⁵² Stratenwerth 1993a, 684 f. unter Verweis auf Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln et al. 1979.

⁵³ Günter Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, in: Klaus Geppert et al. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992, 295 ff.

⁵⁴ Stratenwerth 1993b, 19 ff.

die strafrechtliche Unternehmenshaftung «im Prinzip dringend geboten scheint»⁵⁵.

Angesichts der prinzipiellen Offenheit für eine Anpassung des Strafrechts an veränderte Verhältnisse erstaunt, dass sich Günter Stratenwerth gegenüber der nächsten fundamentalen gesellschaftlichen Umwälzung nach der Öffnung des Ostens ab 1990 eher reserviert gezeigt hat. Bekanntlich hat der Fall der Berliner Mauer und der Niedergang des Ostblocks die wirtschaftliche Globalisierung erst recht beschleunigt. Mit dem freien Finanz-, Waren- und Dienstleistungsverkehr und der zunehmenden Migrationsbewegung, aber auch der nächsten «technologischen Revolution» erweiterten sich auch die Möglichkeiten krimineller Akteure, zumal im Bereiche der internationalen Wirtschaftskriminalität erheblich. Günter Stratenwerth beteiligte sich zwar weiterhin an den entsprechenden Gesetzgebungsprojekten, letztlich war ihm aber das «postmoderne Strafrecht» zutiefst unheimlich. In einer heftigen Kritik⁵⁶ wandte er sich gegen die gesamte Gesetzgebung der 1990er Jahre (von den Insidertatbeständen, über die Gewaltdarstellungen, die Geldwäschereitattbestände, die Einziehungsnormen sowie die Tatbestände gegen Korruption und Terrorismus wie auch die Neuregelung der Sicherungsverwahrung). Diesmal sah er sich mit den Frankfurter Kollegen einig in der Kritik an der Instrumentalisierung des Strafrechtes für politische Zwecke⁵⁷. Sodann stand vor allem die unzureichende Präzision vieler dieser Normen im Zentrum seiner Kritik⁵⁸.

Ein weiteres Mal hat Günter Stratenwerth mit dieser Schrift gezeigt, dass er sich nicht scheute, unbequeme Dinge anzusprechen. Blickt man auf sein Wirken zurück, haben wir das Lebenswerk eines erfüllten Menschen vor uns, der mit Scharfsinn und zugleich engagiert und geradlinig seinen Weg gegangen ist. Er sollte uns ein Vorbild sein.

Mark Pieth

⁵⁵ Stratenwerth 2010, 567 unter Verweis auf denselben, Zurechnungsprobleme im Unternehmensstrafrecht, in: Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Wien 2004, 191 ff.; ders., Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda, ZStrR 126/2008, 1 ff.

⁵⁶ Günter Stratenwerth, Neuere Strafgesetzgebung – eine Philippika, ZStrR 127/2009, 114 ff.

⁵⁷ Ebd., 123.

⁵⁸ Ebd., 115, 118, 122.

XIV

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Günter Stratenwerth – zur Person	VII
I. Die rechtsphilosophischen Grundlagen des Strafrechts (inklusive der Auseinandersetzung mit der Lehre des Finalismus)	1
1. Die Pflichtenkollision beim bindenden rechtswidrigen Befehl	3
2. Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“	21
3. Rechtsphilosophie	43
4. Naturrecht	53
5. Deutschland und die Schweiz	65
6. Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Geschichte	67
7. Sachlogische Strukturen?	77
8. Zum Begriff des „Rechtsgutes“	91
9. Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach „Freiheitsgesetzen“	105
II. Der Schuldbegriff und das Schuldprinzip	119
1. Schuld und Sühne	121
2. Schuld und Rechtfertigung	139
3. Tatschuld und Strafzumessung	155
4. Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips	183
5. Willensfreiheit – eine staatsnotwendige Fiktion?	211
6. Autonomie als Rechtsprinzip	227
7. Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?	239
III. Die Strafrechtsdogmatik in ihrer gesamten Breite	257
1. Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? ¹	239
2. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht	259
3. Die fakultative Strafmilderung beim Versuch	277
4. Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht	297
5. Grundfragen des Verkehrsstrafrechtes	317
6. Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung	335

¹ Abgedruckt unter II.) 7.).

7. Unbewußte Finalität?.....	349
8. Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht	365
9. Der Versuch des untauglichen Subjekts	383
10. Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahr- lässigkeitsdelikt	395
11. Vermeidbarer Schuldausschluß	413
12. Objektsirrtum und Tatbeteiligung.....	429
13. Zur Systematik des (revidierten) Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches.....	445
14. Zum Behandlungsabbruch bei zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten.....	455
15. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten	467
IV. Das Sanktionenrecht und der Strafvollzug	475
1. Alternativen	477
2. Strafrecht und Sozialtherapie	487
3. Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Mass- nahmen	507
4. Neuere Tendenzen im Massnahmerecht: Vereinbarkeit mit rechtsethischen Grundsätzen?	529
5. Die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht.....	545
6. Nochmals: die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht	555
7. Das neue Recht – eine Herausforderung an die Praxis	561
V. Die Auseinandersetzung mit dem „modernen“ Strafrecht im Übergang vom 20. in das 21. Jahrhundert	573
1. „Größtmögliche Freiheit“?	575
2. Wie wichtig ist Gerechtigkeit?	589
3. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?	599
4. Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft	615
5. Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach „Freiheits- gesetzen“ ²	105
6. „Wahres“ Strafrecht?.....	631
7. Zum Begriff des „Rechtsgutes“ ³	91

² Abgedruckt unter I.) 9.).

³ Abgedruckt unter I.) 8.).

8. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter	643
9. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“	651
10. Strafrechtliche Unternehmenshaftung?.....	663
11. Zurechnungsprobleme im Unternehmensstrafrecht	679
12. Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda	693
13. Neuere Strafgesetzgebung – eine Philippika	711
Quellenverzeichnis	725
Schriftenverzeichnis	731

Inhaltsverzeichnis

I.	Die rechtsphilosophischen Grundlagen des Strafrechts (inklusive der Auseinandersetzung mit der Lehre des Finalismus)	
1.	Die Pflichtenkollision beim bindenden rechtswidrigen Befehl	3
2.	Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“	21
3.	Rechtsphilosophie.....	43
4.	Naturrecht	53
5.	Deutschland und die Schweiz	65
6.	Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Geschichte	67
7.	Sachlogische Strukturen?	77
8.	Zum Begriff des „Rechtsgutes“.....	91
9.	Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach „Freiheits- gesetzen“	105

Die Pflichtenkollision beim bindenden rechtswidrigen Befehl

GÜNTER STRATENWERTH

Der 1947 hingerichtete ehemalige Kommandant des Konzentrationslagers Auschwitz, Rudolf Höß, hat ein Dokument hinterlassen, das jetzt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Es sind seine Aufzeichnungen aus der Haft, in denen er pedantisch und exakt über die als technisch-organisatorischen Vorgang geplante und durchgeführte Tötung von zwei und einer halben Million Menschen berichtet. In diesem grauenvollen Bericht über die – wie Höß sie in seiner Sprache nennt – „größte Menschenvernichtungsanlage aller Zeiten“ finden sich auch die folgenden Sätze: „Ich stellte damals keine Überlegungen an – ich hatte den Befehl bekommen – und hatte ihn durchzuführen. Ob diese Massenvernichtung der Juden notwendig war oder nicht, darüber konnte ich mir kein Urteil erlauben, soweit konnte ich nicht sehen.“ Hier erscheint der Befehl – wie in zahllosen Nachkriegsprozessen bis zur Gegenwart – als das Instrument einer sozusagen auf dem Dienstwege ausgeübten, bis dahin unvorstellbaren Herrschaft des Verbrechens.

Aber das ist nur die eine Seite der Sache. Auf der anderen Seite kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, daß Befehl und Gehorsam unerläßlich sind, wo immer ein geordnetes Zusammenleben in einer größeren menschlichen Gemeinschaft möglich sein soll. Mehr noch: In einer Zeit, in der der Einzelne bei der Erfüllung selbst elementarer Bedürfnisse auf die staatliche Daseinsvorsorge angewiesen ist, gewährleistet die Bindung der Exekutive an Weisungen und Befehle auch ein Mindestmaß an Freiheit, insofern sie der Willkür und damit der völligen Abhängigkeit des Einzelnen von der öffentlichen Gewalt entgegenwirkt. Ebenso wie im Dienste des zum System erhobenen Verbrechens, kann der Befehl also auch im Dienste einer freiheitlichen Ordnung stehen.

Angesichts dieser Ambivalenz von Befehl und Gehorsam könnte man meinen, daß sich die Sorge des Juristen weniger der Frage zuwenden sollte, wie befehlsmäßiges Verhalten zu beurteilen sei, als vielmehr der weit wichtigeren Frage, wie ein Mißbrauch der Befehlsgewalt verhindert werden könne. Die zweite Frage läßt sich jedoch von der ersten nicht trennen. Denn der Mißbrauch der Befehlsgewalt ist nur möglich, weil der befehlende Vorgesetzte und der gehorchende Untergebene zueinander in einem institutionellen, auf Dauer angelegten Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen, bei dem die Befehlsbefugnis des einen grundsätzlich ebenso selbstverständlich ist wie die Gehorsamspflicht des anderen. Es ist – mit anderen Worten – gerade die

fraglose Legitimität der vertrauten Befehlsgewalt, die einer verbrecherischen Ausübung dieser Befehlsgewalt den Schein der Legitimation verleiht. Und es gibt deshalb, wenn überhaupt, nur einen aussichtsreichen Weg, dem Mißbrauch der Befehlsgewalt zu begegnen: Grundlage und Grenzen der Befehlsgewalt und der ihr entsprechenden Gehorsamspflicht müssen so klar formuliert werden, daß die Identifikation des illegitimen mit dem legitimen Gebrauch dieser Gewalt jede Berechtigung verliert. Erst dann besteht einige Hoffnung, daß an den Grenzen der Gehorsamspflicht auch der Gehorsam selbst endet.

Damit ist die Aufgabe vorgezeichnet, die hier zu lösen versucht werden soll. Von Interesse ist zunächst nicht die traditionelle Streitfrage, ob der rechtswidrige Befehl das Verhalten des Untergebenen zu rechtfertigen oder nur zu entschuldigen vermag; diese Frage wird uns nur zum Schluß kurz beschäftigen. In erster Linie sollen vielmehr Grundlage und Grenzen der Gehorsamspflicht zur Sprache kommen. Dabei müssen wir den vielleicht ein wenig mühsamen, aber desto zuverlässigeren Weg einschlagen, von den geläufigen dogmatischen Erfordernissen für die Verbindlichkeit eines Befehls auszugehen. Die in der Tradition juristischer Praxis und Lehre begründeten Rechtsgrundsätze haben immer die Vermutung für sich, dem Sachgehalt der Problematik zu entsprechen. Sie auf ihren Sinn zu befragen, ist deshalb die unerläßliche Voraussetzung für jede prinzipielle Stellungnahme.

Bevor ich jedoch zur Sache selbst komme, muß ich noch ein Wort der Entschuldigung voranschicken, und zwar dafür, daß ich im folgenden fast ausschließlich auf Gedankengänge zurückgreifen werde, die bereits den Inhalt einer Publikation bilden. Gerade die Publikation war jedoch der Anlaß, aus dem mir der ehrenvolle Auftrag zuteil wurde, das heutige Referat zu übernehmen. Ich bitte deshalb um Ihre Nachsicht, wenn ich an anderer Stelle Gesagtes wiederhole.

I.

In der fast unübersehbaren Literatur über den rechtswidrigen Befehl findet sich immer wieder die Einsicht, daß es sich um einen Fall der Pflichtenkollision handle. Schon eine im Jahre 1855 erschienene Erläuterung zu den preußischen Kriegsartikeln bemerkt: Es brauche nicht gehorcht zu werden, wenn die befohlene Handlung auf ein Verbrechen hinauslaufe, „indem alsdann die Pflicht des Gehorsams aufhört, wo dieselbe nur mit Verletzung höherer Pflichten erfüllt werden könnte“. Dem ließen sich zahlreiche Zitate aus neueren Darstellungen anfügen. Bemerkenswert ist jedoch nicht nur die Häufigkeit solcher Hinweise, sondern vor allem die Tatsache,

daß der Gedanke der Pflichtenkollision selbst bei den Autoren zur Sprache kommt, deren dogmatische Ausführungen ihn gänzlich außer acht lassen oder ihm sogar widersprechen. Dieser Umstand berechtigt zu der Vermutung, daß sich hier ein in der Sache selbst liegender Gesichtspunkt durchgesetzt hat.

Freilich ist es alles andere als selbstverständlich, den rechtswidrigen Befehl als einen Fall der Pflichtenkollision zu betrachten. Denn damit wird stillschweigend vorausgesetzt, daß die Entstehung der Gehorsamspflicht nicht von der Rechtmäßigkeit des Befohlenen abhängt. Würde die Rechtmäßigkeit der befohlenen Handlung zu den Entstehungsgründen der Gehorsamspflicht gehören, so könnte der Befehl niemals zugleich seinem Inhalt nach rechtswidrig und doch verbindlich sein. Der inhaltlich rechtswidrige Befehl wäre vielmehr stets unverbindlich, und ein Widerstreit zwischen der Gehorsamspflicht und allgemeinen Rechtspflichten wäre gar nicht möglich.

Entscheidend für das Problem des bindenden rechtswidrigen Befehls ist also die Vorfrage, ob und inwieweit die Entstehung einer Gehorsamspflicht von der Rechtmäßigkeit des befohlenen Verhaltens abhängt. Diese Frage ist im Grunde immer schon in negativem Sinne beantwortet worden, wenn von einer Pflichtenkollision die Rede war. Und die unbefangene Auffassung der Problematik rechtfertigt eine solche Antwort zweifellos: Es scheint, daß die Gehorsamspflicht auf dem Überordnungsverhältnis beruht, in dessen Rahmen der Befehl ergeht, – daß sie also durch die Autorität des Vorgesetzten begründet wird, die an der Rechtswidrigkeit des Befohlenen zwar eine Grenze finden mag, die in der Rechtmäßigkeit des einzelnen Befehls aber nicht ihre Grundlage hat. Das ist indessen näher aufzuklären. Wir wenden uns dabei, einer traditionellen Unterscheidung folgend, zunächst den formellen und sodann den materiellen Voraussetzungen der Gehorsamspflicht zu.

II.

Als formelle Voraussetzungen für die Entstehung einer Gehorsamspflicht werden im allgemeinen drei Erfordernisse genannt: die Zuständigkeit des Vorgesetzten zur Erteilung und die Zuständigkeit des Untergebenen zur Ausführung des Befehls, sowie die Wahrung der für den Befehl vorgeschriebenen Form. Darüber besteht weitgehend Einigkeit. Trotzdem sind die formellen Erfordernisse mitunter eingeschränkt worden, und gerade daraus ergibt sich ein erster Hinweis auf ihre Funktion.

Zunächst besteht im autoritären Staatswesen die Neigung, von den formellen Erfordernissen abzusehen. In einem Kommentar zum Deutschen Beam-

tengesetz aus dem Jahre 1940 heißt es etwa, daß ein Beamter – abweichend von dem früheren Inhalt der beamtenrechtlichen Gehorsamspflicht – nicht mehr prüfen könne und dürfe, ob der ihm erteilte Befehl innerhalb der sachlichen Zuständigkeit des Vorgesetzten liege. Gleiches gelte, wenn die Ausführung des Befehls nicht zur Zuständigkeit des Untergebenen gehöre oder wenn die vorgeschriebene äußere Form fehle. Aber auch bei dem in besonderem Maße autoritären militärischen Gewaltverhältnis findet sich die gleiche Ausweitung der Gehorsamspflicht. Obwohl niemals unbestritten, hat sich immer wieder die Auffassung durchgesetzt, daß die Zuständigkeit gleichgültig sei: Es komme lediglich darauf an, daß der Befehlende der Vorgesetzte des Befehlsempfängers sei und daß der Befehl eine dienstliche Anordnung bilde.

Diese Einschränkungen der formellen Erfordernisse legen die Frage nach deren Bedeutung nahe. Und hier ergibt sich zunächst für die Zuständigkeit, die ja bei allen Staatsakten von Bedeutung ist, die einfache Antwort, daß die Wahrung der Kompetenz für einen geordneten Geschäftsgang und für die Rechtssicherheit unerläßlich sei. Aber das ist eine nur vorläufige Antwort, die schon auf bestimmten Grundvorstellungen beruht. Denn die Abgrenzung fester Kompetenzen gehört nur zu einem der drei „reinen Typen legitimer Herrschaft“, die Max Weber (in „Wirtschaft und Gesellschaft“) beschrieben hat. Nur für die legale Herrschaft mit bürokratischem Verwaltungsstab ist die rational abgegrenzte sachliche Zuständigkeit charakteristisch, nicht dagegen für die traditionale oder die charismatische Herrschaft. Nur für die legale Herrschaft gilt aber auch, daß die Beamten nach Fachqualifikation angestellt werden, daß die Verwaltung in der rationalen Pflege von Interessen innerhalb der Schranken von Rechtsregeln besteht und daß der Gehorchende nicht der Person, dem Herrn, sondern nur dem Recht gehorcht. Und diese Merkmale stehen in engem Zusammenhang. Die Fachqualifikation ist stets auf ein bestimmtes Amt bezogen, dessen Ausübung als eine „Herrschaft der formalistischen Unpersönlichkeit“ Voraussetzung und Ausdruck des nur der Ordnung geleisteten Gehorsams ist. Die Wahrung der Zuständigkeit bedingt und sichert daher eine auf Fachkunde beruhende, durch Legalität begründete und begrenzte Herrschaft.

Damit stimmt es ganz überein, wenn die Zuständigkeitsnormen in der verwaltungsrechtlichen Literatur als „eine rechtliche Garantie für eine sachkundige Verwaltung“ bezeichnet werden und wenn man darauf hinweist, daß nur das Handeln der zuständigen Behörde die Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit eines Staatsaktes gewährleiste. In diesem Sinne hat sich auch der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes geäußert, wenn er feststellt, der durch einen Staatsakt Betroffene habe einen Anspruch darauf, daß der Eingriff nur von der zuständigen Behörde vorgenommen werde: „Er (sc. der Betroffene) darf erwarten,

daß bei ihr die größtmögliche Sicherheit für die Einhaltung der den Eingriff regelnden gesetzlichen Bestimmungen gegeben ist.“

Die Wahrung der Zuständigkeit dient danach nicht nur der Ordnung als solcher, sondern sie gewährleistet ebenso die Richtigkeit und Rechtmäßigkeit des Hoheitsaktes. Darin liegt ihre Bedeutung auch für den Dienstbefehl, und zwar bei der Kompetenz des Vorgesetzten sowohl wie der des Untergebenen: Die beiderseitige Zuständigkeit soll die Rechtmäßigkeit der Erteilung wie der Ausführung des Befehls sichern. Es ergibt sich also ein zunächst vielleicht überraschender Zusammenhang zwischen der Zuständigkeit einerseits und der inhaltlichen Rechtmäßigkeit des Befehls andererseits. Die Wahrung der Kompetenz hat zwar die Rechtmäßigkeit des Befehls nicht zwangsläufig zur Folge, gewährleistet diese aber insofern, als sie – übereinstimmend mit dem allgemeinen Sprachgebrauch – die Qualifikation der anweisenden Stelle zu sachgerechter Entscheidung, also deren Autorität, beglaubigt.

Dieser Zusammenhang stützt die Vermutung, von der wir ausgegangen sind: daß nämlich die Gehorsamspflicht nicht auf der Rechtmäßigkeit des Befehls als solcher, sondern auf der Autorität des Vorgesetzten beruht. Jedenfalls aber zeigt sich schon hier die entscheidende Bedeutung, die der Autorität der befehlenden Instanz zukommt. Sie muß nun bei der Erörterung der materiellen Voraussetzungen der Gehorsamspflicht genauer untersucht werden.

III.

1. Ehe freilich die Abhängigkeit der Gehorsamspflicht von der inhaltlichen Rechtmäßigkeit des Befehls unter systematischen Gesichtspunkten zur Sprache kommen kann, müssen wir uns einen Überblick über die Lösungen und Lösungsvorschläge verschaffen, die sich auf diese Frage beziehen. Eine solche Übersicht erfüllt den doppelten Zweck, das Material bereitzustellen, mit dem sich eine theoretische Erörterung auseinandersetzen muß, und zugleich Eigentümlichkeiten aufzuweisen, die der Problematik in den verschiedensten Rechtsordnungen gemeinsam sind, – Eigentümlichkeiten also, die schwerlich als das bloße Produkt gesetzgeberischen Beliebens verstanden werden dürfen.

Die Fülle der in Betracht kommenden Regelungen gebietet, sie hier unter Vernachlässigung geringerer Unterschiede nach wenigen leitenden Grundsätzen zusammenzustellen. Drei solcher Grundsätze lassen sich unterscheiden: Erstens der Grundsatz, daß der Untergebene nur dem schlechthin rechtmäßigen Befehl zu gehorchen verpflichtet ist und nicht einmal in bestimmten Grenzen auf die Rechtmäßigkeit des Befehls vertrauen darf. Diese – in der völkerrechtlichen Literatur gelegentlich befürwortete – Regelung

ist, soweit sich feststellen ließ, in keinem Lande der Erde geltendes Recht. Nirgends wird also die Verbindlichkeit des Befehls uneingeschränkt von seiner inhaltlichen Rechtmäßigkeit abhängig gemacht, und das ist ein außerordentlich eindrucksvolles Zeugnis für die sich aus der Sache selbst ergebenden Notwendigkeiten. Aber auch der an zweiter Stelle zu nennende, das andere Extrem bezeichnende Grundsatz des absoluten Gehorsams gilt nur in verhältnismäßig wenigen Staaten. Er besagt, daß der Untergebene auch dem materiell rechtswidrigen Befehl ausnahmslos zu gehorchen verpflichtet ist und infolgedessen niemals für befehlsmäßiges Verhalten verantwortlich gemacht werden kann. Eine solche Regelung läßt sich nur im portugiesischen Recht für den Beamten wie für den Soldaten nachweisen, im argentinischen Recht für den Soldaten, nicht aber für den Beamten, und generell noch im türkischen und im japanischen Recht, wobei überdies der Vorbehalt gemacht werden muß, daß sichere Feststellungen erst auf Grund weiterer, nicht verfügbarer Literatur möglich wären.

Die weitaus überwiegende Zahl der Rechtsordnungen folgt dem dritten, dem Grundsatz begrenzter Gehorsamspflicht. Diese Rechtsordnungen gehen übereinstimmend davon aus, daß der Untergebene zwar auf die Rechtmäßigkeit eines Befehls vertrauen darf oder (in Grenzen) sogar vertrauen muß; aber diese Vermutung der Rechtmäßigkeit wird entkräftet, wenn die befohlene Handlung entweder so eindeutig kriminellen Charakter trägt, daß der Untergebene das erkennen mußte, oder wenn der Untergebene die deliktische Natur der befohlene Handlung tatsächlich erkannt hat. Das ist der Grundgedanke, der – abgesehen von geringeren Unterschieden der Formulierung – allen nun zu erwähnenden Regelungen gemeinsam ist.

Im kontinental-europäischen Bereich folgt diesem Grundsatz: zunächst das deutsche Recht, und zwar nach vielfachen übereinstimmenden Ansätzen schon des 17. und 18. Jahrhunderts vor allem seit dem Preußischen Militärstrafgesetzbuch von 1845, dem Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1872 und dem Deutschen Beamtenengesetz von 1937. Ebenso stellen sämtliche Regelungen, die seit 1945 für die Gehorsamspflicht des Beamten in der Bundesrepublik und ihren Ländern maßgebend waren oder sind, darauf ab, ob die Gesetz- oder Strafgesetzwidrigkeit der Anordnung entweder allgemein „klar erkennbar“ oder doch für den Untergebenen erkennbar war. Und den militärischen Untergebenen trifft nach der jetzt geltenden Neuregelung im Soldatengesetz und im Wehrstrafgesetz jedenfalls nur dann eine Schuld, wenn er bei der Ausführung des Befehls „erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, daß dadurch ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird.“

Weiterhin folgen dem Grundsatz begrenzter Gehorsamspflicht das schweizerische Militärstrafgesetzbuch von 1927, das österreichische Straf-

gesetz in der Fassung von 1945, das italienische Militärstrafgesetzbuch von 1941, der spanische Código Penal in der Fassung von 1944, das französische, das belgische und das luxemburgische Recht, das niederländische Strafgesetzbuch, das dänische Militärstrafgesetzbuch von 1937, das norwegische Militärstrafgesetzbuch von 1902, das schwedische Recht, das finnische Militärstrafgesetz von 1919, das sowjetische Recht jedenfalls beim Beamten, während die Regelung der militärischen Gehorsamspflicht nach den zugänglichen Texten zweifelhaft sein kann, ferner das tschechoslowakische Strafgesetzbuch von 1950, das jugoslawische StGB von 1951, das bulgarische Strafgesetzbuch von 1951 und das griechische Beamtengesetz von 1951.

Auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis gilt – trotz mancher Unklarheit – im wesentlichen der Grundsatz der begrenzten Gehorsamspflicht. Ihn sprechen sowohl das englische Manual of Military Law, das allerdings nur der Instruktion dient, wie die einzige modernere Entscheidung englischer Gerichte über die Grenzen der militärischen Gehorsamspflicht im Falle Regina v. Smith aus. Damit stimmt die englische Strafrechtslehre überein. Gleiches gilt für das amerikanische Field Manual von 1956. Auch in der Praxis der amerikanischen Gerichte wird jedenfalls überwiegend der Grundsatz begrenzter Gehorsamspflicht vertreten.

Als übereinstimmend seien schließlich noch einige lateinamerikanische Regelungen erwähnt: das brasilianische StGB von 1940 und das brasilianische Militärstrafgesetzbuch von 1944, das chilenische Recht und die Strafgesetzbücher von Mexiko und Paraguay.

Diese erstaunliche prinzipielle Einmütigkeit in einer so heiklen Frage wie der des rechtswidrigen Befehls ließe sich noch durch mannigfache Zeugnisse aus der Judikatur und dem Schrifttum belegen. Doch sei hier nur noch ein besonders eindrucksvolles Beispiel genannt. Nach Art. 8 des Statuts für den internationalen Militärgerichtshof vom 8. August 1945 durfte die Tatsache, daß ein Angeklagter auf Befehl seiner Regierung oder eines Vorgesetzten gehandelt hatte, nicht strausschließend, sondern nur strafmildernd berücksichtigt werden. Trotz dieser Regelung haben die Nürnberger Gerichte der Sache nach nicht den Grundsatz uneingeschränkter Verantwortlichkeit des Untergebenen vertreten, sondern die Möglichkeit einer Entlastung auch bei rechtswidrigen Befehlen anerkannt. Dieses zu der genannten Vorschrift in Widerspruch stehende Ergebnis wurde auf zwei verschiedenen Wegen erreicht: Der Untergebene sollte erstens straflos bleiben, wenn ihn die Erteilung des Befehls in eine Notstandslage versetzt, und zweitens, wenn er sich infolge des Befehls in einem entschuldbaren Irrtum über die Rechtswidrigkeit seines Handelns befunden hatte. Dabei wurde auch der Vertrauensgrundsatz anerkannt, dergestalt, daß eine Bestrafung des Befehlsempfängers nur erfolgte, wenn dieser

entweder den verbrecherischen Charakter des Befehls tatsächlich gekannt hatte oder wenn dieser Charakter offensichtlich war. Nur beiläufig sei bemerkt, daß die deutschen Gerichte bei der Anwendung des Kontrollrats-Gesetzes Nr. 10 unter Führung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone ganz überwiegend denselben Weg eingeschlagen haben.

2. Bei der dogmatischen Einordnung dieser Grundsätze über die materiellen Voraussetzungen der Gehorsamspflicht können wir zunächst die weniger bedeutsamen Regelungen zugunsten der – wie sich zeigte – weitaus überwiegenden Lösung vernachlässigen. Wir müssen die Frage stellen, welchen Sinn es haben kann, die Verbindlichkeit des Befehls oder auch nur die Verantwortlichkeit des Untergebenen davon abhängig zu machen, ob diesem die Rechtswidrigkeit des Befohlenen bekannt oder erkennbar oder ob sie offensichtlich ist.

Das wäre freilich – so scheint es – ohne weiteres verständlich, wenn es bei solchen Regelungen gar nicht um die Grenzen der Gehorsamspflicht, sondern um die Grenzen der Verantwortlichkeit des befehlsgemäß handelnden Untergebenen ginge. Denn im Rahmen der Schuldfrage hat es – wie unmittelbar einleuchtete – einen guten Sinn, auf die Kenntnis oder die vermeidbare Unkenntnis der Rechtswidrigkeit abzustellen: Es würde, wie M. E. Mayer meinte, „ein Kapitel aus der Irrtumslehre“ behandeln. Aber diese Erklärung begegnet, so bestechend sie auf den ersten Blick sein mag, durchgreifenden Bedenken. Zunächst bestand und besteht im Strafrecht über die Behandlung des Irrtums – und insbesondere des Verbotsirrtums – nicht annähernd dieselbe Einigkeit, wie über die Bedeutung, die der Unrechtskenntnis des Untergebenen beim rechtswidrigen Befehl zukommt. Schon deshalb ist es wenig wahrscheinlich, daß sich hier strafrechtliche Maßstäbe allgemein durchgesetzt haben sollten. Sodann aber läßt sich – und das ist entscheidend – verhältnismäßig leicht der Nachweis führen, daß die für den Befehl geltende Regelung durch die strafrechtliche Irrtumslehre gar nicht in vollem Umfange verständlich gemacht werden kann. Denn der bei den Lehren über den Befehl stets wiederkehrende Satz, daß der Untergebene auf die Rechtmäßigkeit des Befehls vertrauen dürfe oder im Zweifel sogar gehorchen müsse, dieser Satz, zu dem das Kriterium der Offenkundigkeit als sein Gegenstück gehört, ist vom Strafrecht her nicht zu erklären. Wer durch sein Verhalten einen Straftatbestand erfüllt und dabei auch nur mit der Möglichkeit rechnet, daß sein Verhalten rechtswidrig sein könnte, handelt nach den allgemeinen strafrechtlichen Lehren zweifellos schuldhaft; der Befehl aber soll ihn – bei im übrigen völlig gleicher Sachlage – entlasten. Das ist die Besonderheit, an der jede rein strafrechtliche Erklärung scheitern muß.

Um den Grundsatz der begrenzten Gehorsamspflicht verständlich zu machen, ist es aber andererseits gar nicht erforderlich, auf das Strafrecht zurückzugrei-

fen. Denn der Maßstab der Offenkundigkeit ist in anderem Zusammenhang seit langem bekannt: nämlich in der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, und er spielt hier auch dann eine wesentliche Rolle, wenn eine Verantwortlichkeit des Einzelnen nicht in Frage steht. Seit jeher ist man sich überwiegend darin einig, daß fehlerhafte Staatsakte in der Regel nur anfechtbar, nicht aber nichtig sind. Und dieser Satz beruht auf dem besonderen Geltungsanspruch, mit dem staatliche Akte auftreten: Ihre Rechtmäßigkeit wird – bis zur Feststellung des Gegenteils – vermutet. Das Gegenteil aber, nämlich die Rechtswidrigkeit, kann grundsätzlich nur in einem besonderen, auf Nachprüfung der Rechtmäßigkeit gerichteten Verfahren festgestellt werden, – es sei denn, daß es sich um einen besonders klaren Mangel handelt, daß der Akt – nach der bekannten Formulierung von Hatscheck – die Fehlerhaftigkeit „gewissermaßen auf der Stirn trägt“. Darauf stellt auch die heute herrschende sog. Evidenztheorie ab.

Aus der allgemein anerkannten Vermutung der Rechtmäßigkeit ergibt sich also, daß die Wirksamkeit und damit die Verbindlichkeit eines Hoheitsaktes entscheidend davon abhängen, ob die Fehlerhaftigkeit des Aktes offensichtlich ist oder nicht. Und damit wird endgültig klargestellt, daß dieser Gesichtspunkt nicht strafrechtlicher Provenienz ist, sondern im öffentlichen Recht, im Recht der allgemeinen und besonderen Gewaltverhältnisse, seinen Ursprung hat. Denn die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls ist nur ein Spezialfall der Wirksamkeit fehlerhafter Hoheitsakte. Deshalb muß die Vermutung der Rechtmäßigkeit den eigentlichen Schlüssel zu der Frage liefern, ob und inwieweit auch bei materiell rechtswidrigen Befehlen eine Gehorsamspflicht besteht. Wir müssen also, um diese Frage abschließend entscheiden zu können, die Grundlage der Vermutung der Rechtmäßigkeit noch näher zu kennzeichnen versuchen.

In der Literatur ist die Vermutung der Rechtmäßigkeit vielfach – und sicher zu Recht – auf den Wert der Ordnung oder der Rechtssicherheit zurückgeführt worden. Das Vertrauen auf den Bestand eines Hoheitsaktes verdient geschützt zu werden, wenn nicht ein Fehler besonderer Evidenz vorliegt. Und dieser Gedanke gilt, entsprechend abgewandelt, auch für die Dienstbefehle: Eine geordnete Verwaltung und die militärischen Verhältnisse erfordern den Gehorsam des Beamten und des Soldaten, lassen also die uneingeschränkte Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls durch den Untergebenen nicht zu, wenn nicht die Gefahr bestehen soll, daß auch rechtmäßige Anordnungen ignoriert werden.

Das ist allerdings noch eine unzureichende Begründung. Denn bei der Berufung auf die Erfordernisse der Ordnung und der Rechtssicherheit wird die Besonderheit, um die es hier geht, im Grunde immer schon vorausgesetzt: Im öffentlichen Recht soll das Vertrauen auf den Bestand rechtlich relevanter