

# Grundfragen einer allgemeinen Strafrechtstheorie

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Wolfgang Frisch**, Freiburg im Breisgau\*

*Gegenstand einer allgemeinen Strafrechtstheorie sind die Grundfragen des Strafrechts, die sich in allen Gemeinwesen, die ein Strafrecht kennen, gleichermaßen stellen – wie die Frage nach dem grundsätzlichen Verständnis der staatlichen Strafe, die Frage danach, welche unerwünschten Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden dürfen, und die Frage, ob diese ganz unterschiedlichen Verhaltensweisen nicht auch gewisse gemeinsame Voraussetzungen erfüllen müssen, damit sie als Straftaten gelten können. Zwischen diesen Fragen bestehen wichtige Zusammenhänge. Der mit der Strafe verbundene gravierende Eingriff in Grundrechte erzwingt eine Beschränkung der Strafe auf einen kleinen Bereich unerwünschter Verhaltensweisen und wirft damit die Frage nach den insoweit maßgeblichen Kriterien auf. Weitere Begrenzungen des Kreises der Straftaten und allgemeine Voraussetzungen der Straftat ergeben sich aus anderen Inhalten des Strafbegriffs. Den Maßstab für den Begriff und die Legitimation der Strafe bilden dabei in einem Verfassungsstaat nicht die Aussagen philosophischer Systeme, sondern die Aussagen der Verfassung. Diese enthält mit dem Schutzauftrag des Staates, den grundrechtlichen Abwehrrechten des Einzelnen sowie rechtsstaatlichen Prinzipien der Auflösung von Konflikten für die Legitimation der Strafe Maßgebendes und weist damit zugleich der Bildung des Allgemeinbegriffs der Straftat und der Bestimmung des Kreises der Straftaten entscheidend den Weg.*

## I. Einleitung

Zu den Grundfragen einer Theorie des Strafrechts gehören drei große Fragenkreise. Einen zentralen Themenbereich stellt sicherlich die Theorie der namensgebenden Institution, also der Strafe, selbst dar, die eine Reihe von Unterfragen aufwirft – wie die nach dem Wesen, dem Zweck und der Rechtfertigung der Strafe, aber auch die nach ihrer angemessenen Ausgestaltung. Ein weiterer großer Fragenkreis betrifft den Allgemeinbegriff der Straftat: Welche Voraussetzungen müssen Sachverhalte ganz allgemein aufweisen, damit es gerechtfertigt ist, sie als Straftaten zu qualifizieren? Das dritte wichtige Themenfeld bildet die Konstitution des Besonderen Teils des Strafrechts, also des Katalogs der Straftaten: Welche Arten oder Typen von Verhaltensweisen kommen, sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, für eine Qualifikation als Straftat in Betracht?

Alle drei eben umschriebenen Grundfragen des Strafrechts sind natürlich auch bisher schon Gegenstand vieler – auch theoretischer – Untersuchungen gewesen. Aber die theoretischen Überlegungen haben sich in der Regel auf einen dieser Fragenkreise oder auf Teilfragen daraus konzentriert, wenn nicht sogar beschränkt: Die allgemeinen Voraussetzungen der Straftat etwa sind im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts weitgehend ohne Blick auf die Fragen des Zwecks und vor allem der verfassungsrechtli-

chen Legitimation des Einsatzes der Strafe im Wege einer mehr oder weniger intuitiven Ausfüllung vorhandener Begrifflichkeiten (Unrecht, Schuld und dem aus dem positiven Recht entnommenen Tatbestand) entwickelt worden<sup>1</sup> – dass diese Voraussetzungen inhaltlich dem entsprechen, was sich aus der Verfassung für die Legitimation des Einsatzes von Strafe ergibt, ist damit nicht gesichert. Die Ausfächerung der Straftaten in das Besondere wiederum wurde im theoretischen Schrifttum, wenn sie dort überhaupt diskutiert wurde, meist nur (und sofort) anhand der Frage beurteilt und kontrolliert, ob die strafbewehrte Norm auf den Schutz eines Rechts oder Rechtsguts zielt – hinter diese Frage trat die grundsätzliche Frage, ob es sich bei dem je interessierenden Verhalten um ein den Einsatz von Strafe verfassungsrechtlich legitimierendes Verhalten handelt, lange Zeit zurück.<sup>2</sup>

Die nachfolgende Untersuchung möchte an die Stelle einer solchen separierenden Reflexion der großen Fragen einer Theorie des Strafrechts eine Betrachtung setzen, die die genannten großen Fragenkreise insgesamt in den Blick nimmt. Sie geht dabei von der These aus, dass zwischen den genannten Fragenkreisen wichtige Zusammenhänge und Verbindungslinien, vor allem funktionaler und legitimationsbezogener Art, bestehen, die in der bisher gepflegten separierenden Betrachtung der Fragen aus dem Blick zu geraten drohen (und zum Teil auch aus dem Blick geraten sind). Ziel

<sup>1</sup> Beispielhaft dafür die grundlegende Monographie von *Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, in der das heutige Straftatsystem auf rein positivistischer Grundlage und ohne Blick darauf, dass es sich bei den Voraussetzungen der Straftat um ein Problem der Voraussetzungen der Legitimation des Strafeinsatzes handeln könnte, entworfen wurde; ähnlich die Arbeiten *Bindings*, in denen vor dem Hintergrund eines vorausgesetzten staatlichen Strafanspruchs auf positivistischer Basis Straftatvoraussetzungen entwickelt werden und, nachdem dies geschehen ist, die Strafe als dadurch ausgelöste Rechtsfolge behandelt wird (vgl. etwa *Binding*, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 1902, S. 79 ff., 163 ff.); siehe ferner die tastenden Versuche von *Frank*, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, den vorgefundenen Schuldbegriff mit Inhalt zu erfüllen; dazu *Frisch*, in: *Wohlers/Seelmann* (Hrsg.), *Der Schuldgrundsatz*, 2024, S. 111 (113 ff.).

<sup>2</sup> Mit Recht kritisch gegenüber der in den Untersuchungen zum Besonderen Teil des Strafrechts vorherrschenden Konzentration auf das Rechtsgut *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 1 ff., 51 ff. – *Kubiciels* Arbeit ist zwar vor allem darum bemüht, für die *Auslegung* des Besonderen Teils ein Argumentationsreservoir zu entwickeln, das für eine wissenschaftlich fundierte Konturierung der Tatbestände des Besonderen Teils benötigt wird (S. 6 ff.). Sie spricht dabei jedoch eine Reihe von Aspekten an, die auch für die Frage von Bedeutung sind, welche Verhaltensweisen überhaupt unter staatliche Strafe gestellt werden dürfen oder sollten – wie verfassungsrechtliche, straftheoretische, kriminalpolitische oder zurechnungsrelevante Gesichtspunkte.

\* Ordinarius (em.) für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtstheorie und ehemaliger Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Freiburg.

der Untersuchung ist es, diese Zusammenhänge und Verbindungslinien aufzudecken und auf diese Weise zu zeigen, dass z.B. die Voraussetzungen der Straftat nicht nur – wie deren Entwicklung in der Strafrechtswissenschaft es nahelegen könnte – das Ergebnis von Intuition und Konvention sind, sondern eine tiefere Berechtigung haben. Sie werden durch Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Legitimation der Strafe und eine Rückbesinnung auf die sich insoweit ergebenden Voraussetzungen legitimen Strafeinsatzes bestätigt – freilich deckt eine solche Sicht auch Defizite auf. In ganz ähnlicher Weise ist die Konstitution des Besonderen Teils als durch Erwägungen eines legitimationsbezogenen und distributiv sachgerechten Einsatzes der (knappen Ressource der) Strafe gesteuert zu denken; das Kriterium des Rechtsguts ist zur Lösung der ihm zugedachten Aufgabe letztlich wenig geeignet.

In die damit angestrebte synoptische Betrachtung der drei großen Fragenkreise des (materiellen) Strafrechts einbezogen wird auch ein viertes, von der Theorie bislang stark vernachlässigtes Themenfeld des Strafrechts, nämlich die Strafzumessung. Ohne die theoretische Fundierung und Ausarbeitung dieses rechtspraktisch überaus bedeutsamen Teilfeldes des Strafrechts ist die Theorie des Strafrechts ein unbefriedigender Torso. Zugleich drohen mit der isolierten Behandlung der Strafzumessung, wie sie in der Strafzumessungslehre lange Zeit praktiziert worden ist, wichtige Orientierungsvorgaben und Orientierungshilfen der anderen Teilfelder des Strafrechts unerkannt zu bleiben und für die Strafzumessung scheinbar Fragen einer Antwort zu harren, die sich im Lichte einer umfassenden Theorie so gar nicht (mehr) stellen.

## II. Die Strafe und ihr legitimierbarer Zweck als Ausgangspunkt einer Theorie des Strafrechts

Am Ausgangspunkt einer Theorie des Strafrechts wie in dessen Zentrum steht nicht etwa der heute mit unterschiedlichen Inhalten viel verwendete Begriff der Zurechnung (und ihrer Voraussetzungen), sondern der Begriff und die Institution der Strafe<sup>3</sup> – ohne Strafe gäbe es weder ein Strafrecht noch eine (in Wahrheit erst auf die Strafe hin zu denkende und auch so gedachte) strafrechtliche Zurechnung.

### 1. Grundfragen einer Theorie der Strafe und erste Antworten

Grundfragen dieses Teils der Theorie des Strafrechts sind die Fragen nach den Wesensmerkmalen, dem Zweck und der Legitimierbarkeit der Strafe.

<sup>3</sup> So mit Recht im Ausgangspunkt schon v. Liszt, Deutsches Reichsstrafrecht, 1881, S. 2 ff., und viele seiner Schüler, etwa Kohlrausch, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge 3 (1928), 5 ff.; Eb. Schmidt, SchwZStr 45 (1931), 200 (204 ff.); aus der heutigen strafrechtlichen Literatur vor allem (freilich meist mit anderen straftheoretischen Inhalten als die zuvor genannten Autoren) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 25 ff., 52 ff.; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1a; je m.w.N.

### a) Zum Wesen der Strafe

Die Frage nach dem Wesen der Strafe ist rasch beantwortet. Im allgemeinsten Sinn versteht man unter Strafe eine als negativ empfundene Folge, die eine Person wegen eines von ihr verwirklichten unerwünschten Verhaltens trifft.<sup>4</sup> Für die hier interessierende staatliche Strafe ist charakteristisch, dass die negative Folge in einer Rechtsminderung (heute insbesondere einer Entziehung der Freiheit oder der Belastung mit einer Zahlungspflicht) besteht, die von einer dazu ermächtigten Institution gegen eine Person wegen der von dieser begangenen rechtsverletzenden Tat angeordnet wird. Freilich erschöpft sich das Wesen der Strafe nicht in der Belastung der Person mit einer Rechtseinbuße.<sup>5</sup> Die Strafe bringt seit je auch ein Urteil zum Ausdruck. Sie enthält einen Tadel,<sup>6</sup> eine Schelte oder einen (nach manchen: sozialetischen) Vorwurf<sup>7</sup> wegen der von der Person begangenen Rechtsverletzung. In dem Tadel wegen der Abweichung vom Recht sachlogisch enthalten ist eine Bestätigung (Bekräftigung) des Rechts, von dem die bestrafte Person abgewichen ist, und zugleich eine Zurückweisung der Infragestellung der rechtlichen Ordnung seitens des Täters.

<sup>4</sup> Klassisch insoweit die Definition des Hugo Grotius: Strafe als ein „Übel, das dem Täter wegen seiner Übeltat widerfährt“; vgl. Grotius, De jure belli ac pacis, 1625, Lib. II Cap. XX (deutsche Übersetzung: Schätzel [Hrsg.], Vom Recht des Krieges und des Friedens, 1950, dort S. 325 ff.).

<sup>5</sup> Heute findet sich dafür häufig der Ausdruck des Strafschmerzes; vgl. etwa Jakobs, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 32 ff.; Stuckenberg, ZStW 135 (2023), 904 (905 f.).

<sup>6</sup> Pointiert in diesem Sinne und dies als allgemeine Meinung bezeichnend Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 46 (etwas relativiert in Roxin/Greco [Fn. 3], § 3 Rn. 46 i.V.m. § 2 Rn. 1f); ebenso Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2023, § 30 Rn. 1; Frisch, GA 2019, 531 f. (548 ff.) (m.w.N. und der Klarstellung, dass der Tadel eigentlich schon im Schuldspruch liegt und durch die Strafe der Tadel vor allem verdeutlicht und quantifiziert wird); v. Hirsch, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – Warum?, 2011, S. 43 (49 ff.); ders., Censure and Sanctions, 1993, S. 6 ff.; Hörnle/v. Hirsch, GA 1995, 261 (270 ff.); Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 122 ff.; Kubiciel (Fn. 2), S. 136 f.; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971 (neu herausgegeben von Hilgendorf 2004), S. 42.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Kühl, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 149 (153 ff.) mit eingehenden Nachweisen einschlägiger Rechtsprechung des BGH, des BVerfG und der Literatur; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 46 Rn. 1; Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 17 ff.; i.S.e. Vorwurfs auch andere, z.B. Zürcher, Legitimation von Strafe, 2014, S. 127 ff.; i.S.e. „Vorhalts der defizitären Einstellung zur Norm“ die verfassungsrechtliche Monographie von Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 467 ff.

Weitaus schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Zweck und der Legitimation der Strafe.

*b) Zweck und Legitimation der Strafe in herkömmlicher Sicht*

Die wohl als Antwort auf diesen Fragenkreis gedachten traditionellen Straftheorien mit ihren Stichworten der Vergeltung, der Sühne, des Schuldausgleichs, der Besserung oder Resozialisierung des Täters und der Einwirkung auf die Allgemeinheit<sup>8</sup> taugen zwar zu einer ersten Illustration. Sie sind jedoch bereits zu sehr auf den konkreten Bestrafungsakt konzentriert und werden der Strafe als Institution und auch der Wechselbeziehung zwischen dem Zweck und der Legitimation der Strafe nicht gerecht. Über den Zweck oder die Zwecke der Strafe zu rasonieren – wie es diese Theorien zum Teil tun –, ohne zugleich die Frage nach ihrem Fundament und ihrer Legitimation zu bedenken, ist in einem Verfassungsstaat, der die Würde und die Grundrechte des Einzelnen zu achten hat und auch sonst vielfältigen Bindungen der Staatsgewalt unterliegt, wenig sinnvoll. Das gilt umso mehr, als die herkömmlichen sog. Straftheorien an dieser Stelle gravierenden Bedenken ausgesetzt sind.

*aa) Vergeltungstheorie*

Solche Bedenken bestehen zunächst gegen die sog. Vergeltungstheorie. Dass der, der einem anderen (oder der Gemeinschaft) ein Übel (in Gestalt der Straftat) zugefügt hat, dafür selbst mit einem Übel (in Gestalt einer Rechtseinbuße) belegt werden müsse – wie diese Theorie annimmt<sup>9</sup> –, ist durchaus nicht selbstverständlich. Es setzt vielmehr Gründe voraus, die es als sinnvoll und legitimierbar erweisen, so zu verfahren; ohne die Angabe solcher Gründe ist die Vergeltungstheorie eine bloße leere Behauptung. Die Gründe, die dabei einst (etwa in theokratischen Gesellschaften) hinter der Vergeltungstheorie und ihrer Akzeptanz standen – insbesondere, durch die irdische Strafe zu verhindern, dass der Zorn Gottes über die säumige Gemeinschaft komme<sup>10</sup> – sind längst entfallen.

<sup>8</sup> Eingehend dazu Nagler, Die Strafe, 1918, passim; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 1925 (Neudruck 1971), S. 457 ff., 490 ff.; Schmidhäuser (Fn. 6), S. 50 ff.; Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafen, 2004, passim; Hörnle, Straftheorien, 2. Aufl. 2017, S. 17 ff.; v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 6); Frisch, in: Koslowski (Hrsg.), Endangst und Erlösung 2, 2012, S. 53; Fischer, Über das Strafen, 2018.

<sup>9</sup> Umfassende Darstellung dieser Theorie bei Nagler (Fn. 8), insbesondere S. 106 ff., 397 ff., der sie auch vertritt, S. 508 ff., 561–638.; kürzere Darstellung bei Frisch (Fn. 8), S. 54 ff.; Anlehnungen an die Vergeltungstheorie (zumindest verbal) bei Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis, Prozessstruktur, 2008, S. 260 ff. (mit Gleichsetzung von Vergeltung und Schuldausgleich, S. 262), und Walter, ZIS 2011, 636.

<sup>10</sup> Siehe dazu Frisch (Fn. 8), S. 57; Haas (Fn. 9), S. 171 f., 173 ff.; Nagler (Fn. 8), S. 207 ff., 254, 260 f.; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 237; zu Nachwirkungen dieser Auffassung

Aber auch der entwicklungsgeschichtlich folgende Gedanke, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, demjenigen, der anderen ein Übel angetan hat, ebenfalls ein solches zuzufügen,<sup>11</sup> trägt die staatliche Strafe nicht. Er ist heute nicht nur weit von allgemeiner Anerkennung entfernt; es ist auch nicht die Aufgabe des irdischen Staates, mit Zwangsgewalt für die Durchsetzung der Postulate einer idealen Gerechtigkeit zu sorgen.<sup>12</sup> Der Verfassungsstaat der Neuzeit, insbesondere der des Grundgesetzes, ist auf die Gewährleistung eines gedeihlichen Zusammenlebens und der (Bedingungen der) Entfaltung der Einzelnen beschränkt;<sup>13</sup> nur soweit sich die Strafe als erforderliche staatliche Zwangsmaßnahme in diesen Rahmen einfügt, ist sie verfassungsrechtlich haltbar. Über den Zweck und die Legitimation von Strafen zu diskutieren, die sich nicht in diesen Rahmen einfügen, mag philosophisch interessant sein; für die Frage des Zwecks und der Legitimation der staatlichen Strafe bringt es keine verwertbare Erkenntnis.

*bb) Schuldausgleich*

Ebenso brüchig wie die Vergeltungstheorie ist das lange (auch von der Rechtsprechung) vertretene Verständnis der

bis in das 19. Jahrhundert Haas (Fn. 9), S. 191 ff., 216 ff., 230 f.

<sup>11</sup> Vgl. dazu vor allem Kant, in: Weischedel (Hrsg.), Kant, Werke in 6 Bänden, Bd. IV, 1983, S. 453 f., 455, 459, und eine Vielzahl von Autoren des 19. (aber auch des 20.) Jahrhunderts, die ihm insoweit gefolgt sind; auf die umstrittene Frage, ob die Einordnung Kants als Vertreter der Vergeltungstheorie bei einer umfassenden Auswertung aller seiner auf die Strafe bezogenen (auch die Strafklugheit betreffenden) Aussagen nicht zu einseitig ist, kann und muss hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu die umfassende Analyse bei Haas (Fn. 9), S. 182 ff., 190 f.; dort S. 191 ff. auch zu weiteren Vertretern einer auf die Idee der Gerechtigkeit gestützten Vergeltungstheorie.

<sup>12</sup> Pointiert: Der Staat hat zwar bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben gerecht zu verfahren; aber die Verwirklichung der Postulate einer idealen Gerechtigkeit gehört nicht zu seinen Aufgaben. – Übereinstimmend Pawlik, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 213 (229): „Dass Strafe überhaupt sein soll, lässt sich gerechtigkeits-theoretisch nicht begründen“; ebenso Ebert, in: Krummacher (Hrsg.), Geisteswissenschaften – wozu?, 1988, S. 35 (43, 44 ff.); Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 263, 274; Kubiciel (Fn. 2), S. 139; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 239.

<sup>13</sup> Siehe dazu aus der Sicht des liberalen Rechtsstaats grundlegend v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1841, S. 49 ff., 97 ff., 128 ff.; aus heutiger Sicht Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 3, 35 f.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1971, S. 224 ff., 284 ff., 324 ff., 347 ff.; Isensee, in: Isensee/Kirchhof (a.a.O.), § 13 Rn. 59; aus dem strafrechtlichen Schrifttum Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 1, 33; Haas (Fn. 9), S. 236 f. m.w.N.

Strafe als eines gebotenen Schuldausgleichs.<sup>14</sup> Im intendierten Schuldausgleich könnte allenfalls dann ein tragfähiger Grund dafür liegen, den Täter nach der Begehung der Tat mit einem Übel zu belegen, wenn die Strafe doch wenigstens ein geeignetes Mittel wäre, um die Schuld des Täters auszugleichen oder zu tilgen.<sup>15</sup> Wie der staatliche Zwangseingriff das soll leisten können, ist indessen unerfindlich; man kann daran allenfalls im Sinne einer Symbolik glauben.<sup>16</sup> Ein solcher Glaube an schwer nachvollziehbare Wirkungen kann indessen in einer rationalen Gesellschaft niemandem aufgezwungen und vor allem dem Täter nicht als Legitimation des staatlichen Zwangseingriffs entgegengehalten werden.

Doch ist es nicht nur die (fragwürdige) Eignung der Strafe zum Schuldausgleich, die Bedenken gegen diese Zweckbestimmung der Strafe und ihre darauf gestützte Legitimation weckt. Mindestens genauso zweifelhaft ist, ob es überhaupt in den Aufgabenbereich des Staates fällt, mit Zwangsgewalt die persönliche Schuld des Straftäters auszugleichen oder zu tilgen.<sup>17</sup> Das sieht wohl inzwischen auch die Rechtsprechung so, wenn sie feststellt, dass es nicht um einen Schuldausgleich um seiner selbst willen, sondern um den „Schuldausgleich als Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutz Aufgabe des Strafrechts“ gehe.<sup>18</sup> Freilich kann man dann den Schuldausgleich als fragwürdige Zwischenstufe auch gleich ganz weglassen und klarer davon sprechen, dass es darum gehe, durch die Verhängung einer der Schuld des Täters an der Tat entsprechenden Strafe der präventiven Schutz Aufgabe des Strafrechts nachzukommen.

#### cc) Präventionstheorien

Der Hinweis auf die präventive Schutz Aufgabe des Strafrechts und das Verständnis der Strafe als Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe bemüht mit der Prävention einen durchaus traditionsreichen Zweck der Strafe. Herkömmlich wird dabei zwischen (zumindest) zwei Formen der Prävention unterschieden: der General- und der Spezialprävention. Letztere, die darauf zielt, mit der Verhängung (und Vollstreckung) der Strafe drohenden weiteren Taten des Täters selbst entgegenzuwirken, ist allerdings kaum geeignet, das Strafrecht in seiner bisherigen Extension zu tragen – denn in nicht wenigen Fällen, in denen heute nach begangener Tat bestraft wird, fehlt es an einer realistischen Gefahr erneuter Tatbegehung durch den Täter.<sup>19</sup> Insoweit eher tragfähig erscheint die Generalprävention: eine gewisse Gefahr, dass andere Personen vergleichbare Taten (wie der Täter) begehen, lässt sich realistischerweise wohl kaum leugnen. Ihr durch die Bestrafung des Täters der begangenen Tat entgegenzuwirken, also potentiell Verbrechensgeneigten durch die Verhängung der Strafe zu verstehen zu geben, dass sich solches Verhalten nicht lohnt, erscheint daher durchaus naheliegend (und ist dementsprechend auch immer wieder vertreten worden).<sup>20</sup>

Freilich muss eine Ausrichtung der Strafe an diesem Zweck mit mehreren Einwänden rechnen. Nicht zu übersehen ist zunächst, dass die Generalprävention für den (bereits an dieser Stelle mit zu bedenkenden) Akt der Strafbestimmung nur einen äußerst vagen und diffusen Maßstab liefert. Denn welche Strafe ist geeignet und erforderlich, um die Gefahr der Begehung bestimmter Straftaten auf ein bestimmtes (welches?) Niveau zu reduzieren?<sup>21</sup> Es ist nicht auszuschließen, dass bei so vagen Maßstäben die Strafe sicherheitshalber eher hoch bemessen wird – und damit letztlich Strafen in nicht

<sup>14</sup> Vgl. für die Rechtsprechung z.B. BGHSt 24, 132 (134); 50, 40; aus der Strafrechtsreform den Entwurf 1962, BT-Drs. IV/650, S. 96 der Begründung (mit einer gewissen Relativierung); für Teile der Literatur Haas (Fn. 9), S. 261 f. m.w.N.; Kühl, in: Hassemer (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 275 (279).

<sup>15</sup> Zum Erfordernis der Geeignetheit von – mit Eingriffen in Grundrechte verbundenen – Maßnahmen zur Erreichung des mit ihnen angestrebten Zwecks (als Teilanforderung des Verhältnismäßigkeitsprinzips), vgl. etwa Appel (Fn. 7), S. 175 ff., 579 ff. mit eingehenden Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>16</sup> Zutreffend Roxin, JuS 1966, 377 (378): „nur durch einen Glaubensakt plausibel zu machen“.

<sup>17</sup> Ablehnend z.B. Ebert (Fn. 12), S. 54 f.; Henkel, Die richtige Strafe, 1969, S. 7 ff.; Noll (Fn. 7), S. 20 ff.; Pawlik (Fn. 12), S. 229; Roxin, JuS 1966, 377 (378 f.); Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 (158).

<sup>18</sup> So BGHSt 24, 40 (42) und viele Stimmen in der Literatur (vgl. z.B. Freund, in: Wolter/Freund [Hrsg.], Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 43 [74] und die Zitate in der vorstehenden Fn.); ebenso in der Sache Baumann u.a., Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, S. 29 f., 115.

<sup>19</sup> Zutreffend Armin Kaufmann (Fn. 12), S. 263, 274; Kubiciel (Fn. 2), S. 144 (weitere Einwände gegen die Spezialprävention S. 142 ff.); Roxin, JuS 1966, 377 (379 f.); Welzel (Fn. 12), S. 243.

<sup>20</sup> Und zwar nicht nur in dem Sinne, dass solche Generalprävention den ganz allgemeinen Zweck des Strafens (so z.B. Schmidhäuser [Fn. 6], S. 48 ff., 51 f.; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, 3/15 f. und 20/67) oder den Zweck der Strafdrohung bilde (so bei Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801 [Neudruck 1996], §§ 16 ff.), sondern auch, dass sie den Zweck der konkreten Bestrafung darstelle (auch insoweit Feuerbach, Lehrbuch §§ 18 und 20: „Eine Drohung, die nicht exequiert wird, ist eine Drohung, die niemand schrecken kann“) oder die Strafzumessung bestimme (vgl. RGSt 58, 106 [109] und die Beispiele aus der Rechtsprechung bei Bruns, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1967, S. 140 f., 148 f., 154 f. 160 ff.). Siehe dazu ergänzend Pawlik (Fn. 12), S. 216.

<sup>21</sup> Siehe zu dieser Problematik näher Frisch, in: Bloy u.a. (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 239 (247), und Eb. Schmidt, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 9, 17 ff.

erforderlicher Höhe verhängt werden.<sup>22</sup> Zu dieser mangelnden Leitfunktion und der damit verbundenen Gefahr kommt ein grundsätzlicher Einwand gegen die Präventionsstrafe, der oft formuliert worden ist: Was soll es rechtfertigen, den Täter mit dem zu bestrafen, was notwendig ist, um andere potentiell verbrechensgeneigte Personen von ihren Taten abzuhalten?<sup>23</sup>

Beide Einwände werden zwar durch eine viel vertretene These relativiert, die behauptet, dass die generalpräventiv richtige Strafe (im Zweifel?) die Schuldstrafe sei.<sup>24</sup> Dass diese Querverbindung der generalpräventiv richtigen Strafe zur Schuldstrafe empirisch belastbar ist, wird man freilich bezweifeln dürfen – es lassen sich leicht Gegenbeispiele finden, bei denen die generalpräventiven Bedürfnisse deutlich über die Schuldstrafe hinausgehen. Außerdem wäre der grundsätzliche Einwand auch allenfalls abgeschwächt und nicht ausgeräumt, wenn die dem verschuldeten Unrecht entsprechende Strafe nur zur Abwendung der Gefahr der Deliktsbegehung verhängt würde, die von verantwortlichen Dritten droht, für die der Täter nicht verantwortlich ist.<sup>25</sup> Dieser Einwand ist vielmehr erst dann ausgeräumt, wenn es Gründe der Strafverhängung gibt, die sich der Täter entgegenhalten lassen muss, weil es sich um Sachverhalte handelt, für deren Schaffung er rechtlich verantwortlich ist<sup>26</sup> und die sich durch die Verhängung der Strafe auch beheben lassen (was hinsichtlich der begangenen Straftat selbst nicht der Fall ist – denn der durch die Tat geschaffene negative Zustand an einem Individual- oder Allgemeingut kann nur durch andere Maßnahmen als die Strafe behoben werden).

#### *dd) Neuere Rückgriffe auf Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit*

Diesen Weg, den im Grunde schon – wenngleich mit nicht überzeugenden Ergebnissen – die ältere Vergeltungstheorie und die Theorie vom Schuldausgleich durch Strafe zu gehen versucht haben, beschreiten einige Ansätze, die im neueren Schrifttum vertreten werden, freilich zum Teil ältere Wurzeln

haben. Sie greifen zum Verständnis der Strafe, ihres Zwecks und ihrer Legitimation auf Gedanken und anerkannte Institute aus dem Bereich der ausgleichenden Gerechtigkeit zurück.

In der allgemeinsten Fassung geschieht dies dadurch, dass man den Täter, der durch seine Tat das Recht verletzt hat, zur Wiederherstellung des Rechts heranzieht und die Strafe dabei als Mittel begreift, mit dessen Hilfe das Recht wiederhergestellt werden kann und soll.<sup>27</sup> Etwas stärker ausgearbeitet, nämlich unter Berufung auf anerkannte Einzelfiguren der ausgleichenden Gerechtigkeit, erfolgen diese Bemühungen, wenn man in der Straftat – neben der (durch die Strafe schwerlich zu behebenden) Verletzung eines subjektiven Rechts oder eines Rechtsguts – auch einen der Norm zugefügten ideellen Schaden, etwa in Gestalt der Schwächung der (faktischen) Normgeltung durch die Missachtung der Norm, sieht und die Strafe als eine Art Ersatz oder Ausgleich dieses (ideellen) Schadens versteht.<sup>28</sup> Nochmals in einer anderen Wendung begegnen Konzepte der ausgleichenden Gerechtigkeit in der Zweckbestimmung und Legitimation der Strafe, wenn man davon ausgeht, der Täter habe sich durch seine Straftat ihm nicht zustehende Freiheiten und damit verbundene Vorteile verschafft, die ihm durch die Strafe wieder entzogen werden sollen (und müssen).<sup>29</sup>

Den vorstehenden Versuchen einer Zweckbestimmung und Legitimation der Strafe ist zuzugeben, dass sie in ihren

<sup>27</sup> So z.B. Köhler (Fn. 23), S. 37, 48 ff.; Kubiciel (Fn. 2), S. 171; Murmann, GA 2004, 65 (70 ff.); ders., Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, S. 21; E.A. Wolff, ZStW 99 (1985), 786 (820 ff., 825 f.); Württenberger, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 209 (212 f.); Zaczyk, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 213 (220 f.); früher auch Frisch, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 269 (278 ff.); ders. (Fn. 6), S. 73 ff.

<sup>28</sup> Jakobs (Fn. 5), S. 33 f.; ders., System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 15; in der Sache wohl ähnlich, wenngleich mit anderer Formulierung auch Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 156 f.; ders., in: Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-Ratio-Prinzip, 1990, S. 29 (33); Kubiciel (Fn. 2), S. 165; Neumann, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Fn. 25), S. 147 (151); Pawlik (Fn. 8), S. 90 f.; in älteren Beiträgen auch Frisch (siehe etwa Frisch, in: Britz u.a. [Hrsg.], Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, S. 237 [253 f. m.w.N. in Fn. 49 und 50]); zu älteren Ansätzen der Lehre vom intellektuellen Verbrechensschaden vgl. insbesondere Müller-Dietz, GA 1983, 481 ff.

<sup>29</sup> In diesem Sinn Kindhäuser (Fn. 28 – Modernes Strafrecht), S. 35 f., der von der Inanspruchnahme eines „doppelten Vorteils“ spricht (der Sache nach so auch schon ders. [Fn. 28 – Gefährdung], S. 156 f.); grds. zust. Appel (Fn. 7), S. 470 f.: „unberechtigterweise erlangter Freiheitsvorteil“ des Täters, Akt der iustitia retributiva, und Haas (Fn. 9), S. 262 f., 265, 267, der den Vorteil des Täters in einem „distributiven Verhaltensvorteil“ sieht.

<sup>22</sup> Zutreffend Roxin, JuS 1966, 377 (380): „Tendenz zum staatlichen Terror“; ähnlich Kubiciel (Fn. 2), S. 151.

<sup>23</sup> So schon Kant (Fn. 11), S. 453: „Richterliche Strafe [...] kann niemals als bloßes Mittel, ein anderes Gute zu befördern [...] wider ihn [scil.: den Täter] verhängt werden [...]; denn der Mensch darf nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt [...] werden“; ebenso Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 46 f.

<sup>24</sup> In diesem Sinn etwa Haffke, MschrKrim 1975, 40 (53 f.); Müller-Dietz, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 813 (823, 825 f.); Roxin, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 279 (309).

<sup>25</sup> Haas (Fn. 9), S. 264 f.; auch schon Frisch, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1996, S. 125 (138).

<sup>26</sup> Mit Kant (Fn. 11), S. 453: „Er muss schon für strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht werden kann, aus dieser Strafe einigen Nutzen [...] zu ziehen“.

Begründungen (erfolgreich) vermeiden, die Strafe auf Bedürfnisse zu stützen, die mit möglichen deliktischen Entschlüssen verantwortlich Dritter zu tun haben, für die der Täter nicht verantwortlich ist. Es geht (allein) darum, ihn zur Bereinigung von Sachverhalten heranzuziehen, für die er verantwortlich ist. Wenn gleichwohl Bedenken bestehen, sie als überzeugende Aussagen zum Zweck und zur Legitimation der Strafe zu akzeptieren, so deshalb, weil sie an entscheidenden Stellen (schwer zu schließende) Erklärungslücken aufweisen.

Am offensichtlichsten ist das bei den Bemühungen, die Strafe als Mittel zur Wiederherstellung des Rechts zu begreifen. Denn wie der strafende Eingriff in die Rechte des Täters das durch ihn verletzte Recht „wiederherstellen“ soll, ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar<sup>30</sup> – nüchtern gesehen wird durch die Verhängung der Strafe nur etwas (in der sog. Strafdrohung) bedingt Angekündigtes wahrgemacht (was freilich das verletzte Recht auch nicht wiederherstellt) und darin zugleich zum Ausdruck gebracht, dass an den missachteten rechtlichen Erwartungen festgehalten werde, also das verletzte Recht *bekräftigt*.<sup>31</sup> Ähnliche Erklärungslücken bleiben bei dem Verständnis der Strafe als einer Art von Schadensersatz für den ideellen Schaden, den der Täter durch seine Tat dem Recht oder seinem Geltungsanspruch (faktisch) zugefügt hat. Ein schönes Bild, gewiss – aber mit der forensischen Wirklichkeit nur schwer vereinbar: kein Gericht bemüht sich doch auch nur im Ansatz darum, einen solchen Geltungsschaden zu ermitteln; und dass die verhängte Schuldstrafe dem kaum ermittelbaren faktischen Geltungsschaden der verletzten Norm entspricht, ist wohl auch nur über ein Glaubensbekenntnis nachvollziehbar.<sup>32</sup> Nicht viel anderes gilt für die Zurückführung der Strafe auf den Entzug eines Freiheitsvorteils, den sich der Täter durch die Tat verschafft habe. Schon die Bestimmung des Vorteils an Freiheit (Freiheitsgewinn), den sich der Täter durch die Tatbegehung verschafft habe, gibt bei einer Reihe von Straftaten (etwa Aggressionsdelikten, Körperverletzungen oder Vergewaltigung) Rätsel auf. Jedenfalls aber ist es eine kühne These, dass die Strafe, die nach dem Maß des Unrechts und der Schuld bestimmt wird, dem entspreche, was der Täter sich an Freiheitsgewinn verschafft habe. Auch hier handelt es sich also um nicht mehr als ein Bild, das auf den ersten Blick zu passen scheint, bei näherem Durchdenken aber auf Fiktionen gegründet ist und vieles offen lässt.

<sup>30</sup> Weit leichter ist das für das Zivilrecht nachvollziehbar, das mit seinem Schadensersatzrecht in der Tat darauf zielt, durch die Tat verletzte Rechtspositionen wiederherzustellen – vgl. nur § 249 BGB: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“.

<sup>31</sup> Im Sinn einer solchen Bekräftigung (allerdings neben dem Begriff der „Wiederherstellung“ des Rechts) auch schon *Frisch* (Fn. 8), S. 72 sowie den Text oben nach Fn. 5.

<sup>32</sup> So schon *Frisch* (Fn. 25), S. 138; ebenso *ders.*, in: Kindhäuser u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 647 (671) mit weiteren Argumenten. In der Sache – unter Berufung auf Feuerbach – auch *Haas* (Fn. 9), S. 264: „pure Fiktion“.

### c) Zwischenergebnis und Hintergründe des unbefriedigenden gegenwärtigen Zustands

Der – nach allem – unbefriedigende Zustand der Theorie zum Zweck und zur Legitimation der Strafe kommt nicht von ungefähr. Er hat etwas mit der Art und Weise der Problembehandlung zu tun. Diese ist seit langem – weitestgehend – auf den Akt der Bestrafung fokussiert und darum bemüht, den Zweck dieses – zusammen mit der vorangehenden Straftat – isoliert gesehenen Aktes in seiner Zweckbestimmung, vielleicht auch seinem Sinngehalt, zu erfassen und zu legitimieren. Diese Fokussierung auf den Akt der Bestrafung als Folge der Tat bewirkt zwangsläufig eine *Engführung*. Sie führt dazu, dass als Zweckbestimmung der Strafe und als Legitimation nur noch auf die begangene Tat bezogene retributive Ansätze oder gewisse Ansätze in den Blick kommen, die die Tat zum Anlass von Präventionsbemühungen nehmen. Diese Ansätze sind aber ungeeignet, eine überzeugende Zweckbestimmung und Legitimation der Strafe zu liefern: Nur bei äußersten Zugeständnissen an die Symbolik ist die Strafe geeignet, das Recht wiederherzustellen, oder lässt sich die Schuldstrafe als Ersatz des durch die Tat an der Norm oder ihrer Geltung angerichteten Schadens oder als Entziehung des Freiheitsvorteils verstehen, den sich der Täter durch die Tat verschafft hat; die präventiven Deutungen aber laufen Gefahr, den Täter zur Beeinflussung verantwortlicher Dritter einzuspannen, solange sie keinen überzeugenden Grund dafür angeben können, warum es überhaupt rechtlich zulässig ist, den Täter für seine Tat zu bestrafen.

Der Vorwurf einer Engführung mag auf den ersten Blick verwundern: die Frage nach dem Zweck der Strafe und ihre Berechtigung wird ja (von den kritisierten Auffassungen) so gesehen und erörtert, wie sie schon von den griechischen und römischen Philosophen, aber auch später noch von Philosophen und vielen Juristen gesehen und behandelt wurde. Nun – genau darin liegt das Problem. Die Strafe im Staat der Neuzeit ist – spätestens seit *Hobbes*<sup>33</sup> – nicht einfach eine legalisierte staatliche Übernahme der Durchsetzung der Rechte, die dem durch die Tat Verletzten oder der Gemeinschaft aus der Tat ohnehin erwachsen sind. Die Strafe ist im Staat der Neuzeit zu einer staatlichen Institution geworden, die der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient und ohne die der moderne Staat gar nicht in der Lage wäre, vielen Erwartungen nachzukommen, die die Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft in ihn und seine Tätigkeit setzen. Ohne den Blick auf diese Aufgaben des Staates und die sich bei ihrer Erfüllung ergebenden Konflikte und zutage tretenden gegensätzlichen Erwartungen und ohne den Blick auf die dem Staat zur Lösung dieser Konflikte zuerkannten Befugnisse, insbesondere die Befugnisse und Leitlinien zur Auflösung solcher Konflikte

<sup>33</sup> Vgl. nur *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Zweiter Teil, Kap. 28, mit der dortigen Definition und Präzisierung der staatlichen Strafe als „ein Übel“, das für den Fall einer Übertretung eines Gesetzes gesetzlich angedroht sein muss (9. Präzisierung) und „dem Übertreter eines Gesetzes von Seiten des Staates“ nach einem vorhergehenden staatlichen Verfahren (3. Präzisierung) „in der Absicht zugefügt wird, dass die Bürger abgeschreckt und zum Gehorsam bewogen werden“.



seitens des Gesetzgebers, entbehren Aussagen über den Zweck und die Legitimation der Strafe des staatsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Fundaments und der Rückbindung an die Verfassung und sind daher insoweit unzureichend. Ist andererseits die Notwendigkeit dieser verfassungsrechtlichen Fundierung erfasst und diese geleistet, so wird sichtbar, was die bis heute ins Feld geführten Theorien der Strafe in Wahrheit sind: unverbindliche – weiterhin auch nebeneinander benutzbare – Interpretamente (Sinngelungen) jener staatlichen Strafe, die im heutigen Verfassungsstaat einen bestimmten Zweck verfolgt und mit dieser Zweckverfolgung verfassungsrechtlich legitimierbar sein muss und legitimierbar ist.<sup>34</sup>

## 2. Zweck und Legitimation der Institution der Strafe im Verfassungsstaat

Zu den anerkannten Aufgaben des Staates gehören zweifellos der Schutz und die Sicherung der Freiheiten, Rechte und Güter, die sich die Mitglieder der Gemeinschaft zuerkennen bzw. die ihnen in verfassten Gemeinschaften durch die Verfassung und in deren Konkretisierung durch den (heute demokratischen) Gesetzgeber zuerkannt sind.<sup>35</sup>

### a) Die Strafe als Institution und Mittel zur Erfüllung der staatlichen Schutzaufgabe

#### aa) Verhaltensnormen und die Verstärkung ihrer Wirksamkeit durch Strafbewehrung

Der Staat kommt seiner Schutzaufgabe und den auf die Erfüllung der Schutzaufgabe gerichteten Erwartungen der Mitglieder der Gemeinschaft dadurch nach, dass er die Rechte und Güter der Einzelnen und die Allgemeingüter, auf die die Mitglieder der Gemeinschaft für ihre Entfaltung angewiesen sind, durch an die Mitglieder der Gemeinschaft gerichtete Verhaltensnormen vor Verletzungen, Missachtung oder Beeinträchtigungen schützt, indem er derartige Verhaltensweisen gesetzlich verbietet (und ggf. Verhaltensweisen gebietet, um die Erhaltung dieser Güter zu gewährleisten).<sup>36</sup> Besonders wich-

tige Normen aus dem Bereich dieser die Rechte und Güter schützenden Verhaltensnormen werden dabei vom Gesetzgeber hervorgehoben und in ihrer Wirksamkeit dadurch verstärkt, dass sie eine Strafbewehrung erhalten – dass also in Straftatbeständen an die Verletzung der in diesen Tatbeständen sachlogisch vorausgesetzten Verhaltensnormen<sup>37</sup> die Rechtsfolge der Strafe, also eine solches verletzende Verhalten missbilligende und als Übel empfundene Rechtseinbuße, geknüpft wird.

#### bb) Intendierte Wirkung schon der Strafbewehrung – Unproblematische Fälle

Sachlich geht es bei den insoweit geschaffenen Straftatbeständen nicht etwa nur darum, vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips (keine Strafe ohne Gesetz, Art. 103 Abs. 2 GG) eine Grundlage für die spätere Verhängung der Strafe in Fällen zu schaffen, für die schon nach vorverfassungsrechtlichen Grundsätzen der ausgleichenden Gerechtigkeit oder Ähnlichem die Bestrafung der Tat materiell legitimiert werden kann. Die Strafbewehrungen aller Normen der Staaten der Neuzeit wollen und sollen auch bereits selbst wirken:<sup>38</sup> Die Verknüpfung der Verletzung bestimmter Verhaltensnormen mit Strafe in den Tatbeständen der Strafvorschriften soll die Adressaten der Verhaltensnormen davon abhalten, die Norm zu verletzen; der mit der Strafe verbundene Entzug von Rechten soll, weil als Übel empfunden, den Normadressaten ein zusätzliches Motiv geben, die Norm einzuhalten.<sup>39</sup>

rechts, des sonstigen öffentlichen Rechts, des Zivilrechts, insbesondere des Wirtschaftsrechts usw.).

<sup>37</sup> Zu den in den strafrechtlichen Tatbeständen vorausgesetzten Verhaltensnormen grundlegend schon *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922 (Neudruck 1965), S. 4 ff., 42 ff., 45; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 71 ff., 102 ff.; eingehend dazu *Frisch*, in: *Bünzel/Freund/Rostalski/Weiss* (Hrsg.), Normentheorie im freiheitlichen Rechtsstaat, 2026, S. 81 (85 ff.).

<sup>38</sup> Vgl. dafür abermals *Hobbes* (Fn. 33), Kap. 28, wonach das Ziel der Strafe die Abschreckung oder Bewegung der Bürger zum Gehorsam gegenüber den Gesetzen sei (so schon die Definition der Strafe); *Feuerbach* (Fn. 20), §§ 17 ff.; v. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 6 f.; siehe ferner die Zitate in der Fn. 37. – Besonders deutlich wird dieses Streben nach Wirkung an den Untergrenzen für Strafrecht, die das Recht der Europäischen Union an die Sanktionen stellt, die die Mitgliedstaaten zum Schutz der Gemeinschaftsgüter vorsehen müssen; die Sanktionen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ (besser: abhaltend) sein (*Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 11. Aufl. 2025, § 9 Rn. 25 ff.).

<sup>39</sup> In diesem Sinn auch (freilich nicht immer strikt auf die Strafandrohung bezogen, sondern zum Teil auch auf die Strafverhängung) v. *Hirsch* (Fn. 6 – Censure), S. 12 ff.; *ders.*, in: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 47 (55 f.); *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, 2009, S. 359 ff. (Schaffung eines „Klugheitsgrundes“); siehe auch *Hörnle* (Fn. 6), S. 119 ff.

<sup>34</sup> Näher dazu noch unten 2. b).

<sup>35</sup> Vgl. dazu statt vieler *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, 2004, S. 12 ff., 39 ff., 53 ff.; *Bull* (Fn. 13), S. 17 f., 22 ff., 99 ff., 224 ff., 294 ff., insbes. 347 ff.; *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 110 ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), § 1 Rn. 12 ff.; *H. Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl. 2011, S. 135 (*Hobbes*), 156 ff. (*Locke*); *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl. 2017, S. 109 ff.; ebenso die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das von grundrechtlichen Schutzpflichten von hohem verfassungsrechtlichem Rang spricht, vgl. z.B. BVerfGE 49, 24 (55 ff.); 115, 320 (346 f.); 141, 220 (267 f. Rn. 100); 156, 63 (120); 157, 30 (115 f.); zu einem Grundrecht auf Sicherheit *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

<sup>36</sup> Ein großer Teil dieser Verhaltensnormen befindet sich in dem Strafrecht vorgelagerten Gesetzen (des Verwaltungs-

Es geht also, und das ist ein erster Zweck der Institution Strafe, darum, bestimmten besonders wichtigen Normen zum Schutz der Freiheiten und Güter der Einzelnen und der Gemeinschaft durch deren Bewehrung mit Strafe eine besondere Wirksamkeit zu verschaffen.<sup>40</sup> Dass bereits diese Ankündigung oder Androhung der Strafe, also die Ankündigung einer als Übel empfundenen Rechtseinbuße, für den Fall der Verletzung der Norm in vielen Fällen, insbesondere als zusätzliches Motiv neben anderen, Wirkung zeigt, ist wohl kaum bestreitbar<sup>41</sup> – möglicherweise ist diese Wirkung sogar größer als die, die von der verhängten Strafe ausgeht (jedenfalls soweit damit gerechnet werden muss, dass die Strafdrohung im Fall der Begehung einer Straftat auch verwirklicht wird).

Dabei wirft dieser Wirkungsaspekt der strafbewehrten Norm *als solcher* noch keine schwierigen Legitimationsprobleme auf: demjenigen, der durch die angedrohte Strafe von der Verwirklichung eines verbotenen Verhaltens *abgehalten* wird, wird damit ja keine rechtliche Freiheit genommen; das Verhalten, auf das er verzichtet hat, wäre ohnehin eine Überschreitung der Freiheit gewesen.<sup>42</sup> Dies jedenfalls dann, wenn es sich bei der strafbewehrten Verhaltensnorm um eine sachlich berechnete Begrenzung seiner Freiheit handelt (wenn

nicht, so ist das ein anderes Problem, das hier nicht zu behandeln ist).

#### cc) Das Versagen der Wirkung als legitimatorisch problematischer Fall

Problematisch und legitimationsbedürftig wird die Institution der Strafe freilich, wenn es zu dem kommt, was der Einsatz dieser Institution (in der Phase der Ankündigung der Strafe, falls die Norm verletzt wird) eigentlich verhindern soll und will: den Fall, dass nicht nur soziale und moralische Regeln, sondern auch die Norm und die Ankündigung der Strafe die Person nicht zu rechtskonformem Verhalten bewegen können, die Person vielmehr die verbotene Tat gleichwohl begeht (oder ein strafbewehrtes Gebot nicht erfüllt). Denn wenn nun die angekündigte Strafe verhängt werden soll, so muss auch der mit der Strafe verbundene Eingriff in die Rechte des Straftäters legitimierbar sein – und dieser Fall muss vernünftigerweise auch schon als Sachverhalt legitimierbarer Bestrafung bei der Aufstellung der Strafdrohung (als legitimierbarer Fall) mitbedacht werden.

Dass die Verhängung der Strafe für den eingetretenen Fall angekündigt worden ist, genügt dafür nicht – das ist nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Legitimation der Strafe.<sup>43</sup> Die Verhängung lässt sich auch nicht damit legitimieren, dass der Täter durch die Begehung der Tat in die Verhängung der Strafe eingewilligt habe, wie *Feuerbach* meinte<sup>44</sup> – eine solche Einwilligung ist eine unhaltbare Fiktion. Und auch die Feststellung, dass die Drohung ja leerliefe, wenn sie nicht verwirklicht würde,<sup>45</sup> ist – so richtig sie als analytische Feststellung ist – nicht geeignet, die Legitimation der Verhängung der angekündigten Strafe zu leisten; würde man eine solche Begründung akzeptieren, so ließe sich selbst die Verwirklichung einer angekündigten evidenten Ungerechtigkeit legitimieren. Dass sich die Verwirklichung der Strafdrohung schließlich auch nicht auf retributive Ansätze des Schadensersatzes oder des Ausgleichs von Freiheitsvorteilen des Täters, die sich dieser durch die Tat verschafft hat, stützen und dadurch rechtfertigen lässt, weil die Gleichsetzung von Schaden bzw. Vorteil mit der Schuldstrafe nur über Fiktionen möglich ist, wurde schon dargelegt;<sup>46</sup> daran braucht hier nur noch einmal kurz erinnert zu werden.

In Wahrheit muss, wer die Frage der Legitimation der Verwirklichung der Strafdrohung überzeugend beantworten will, vor der Beantwortung dieser Legitimationsfrage nochmals einen Schritt zurückgehen und den *Zweck* der Verwirklichung der Strafdrohung im mehrstufig angelegten Institut

<sup>40</sup> Eingehend dazu *Frisch*, GA 2015, 65 (72 f., 84 f.); *ders.*, GA 2019, 185 (188 f.) und GA 2019, 537 (543 ff., 547 f., 551 f.); *ders.* (Fn. 32), S. 651, 663 ff.; siehe dazu auch schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (386 ff.; 751, 780 f.); *ders.* (Fn. 28), S. 253 f., je m.w.N.; ebenso *Bloy*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 59 (71 ff.); *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 31 f., 37; *Jakobs* (Fn. 5), S. 28, 31 f.; *Landau*, NSTZ 2007, 121 (126); *Murmann*, in: Freund u.a. (a.a.O.), S. 1131 (1135); *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 51 ff., und die Begründung des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Fn. 18), S. 29. – Aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum die grundlegende Monografie von *Appel* (Fn. 7), S. 76 ff. (mit Verdeutlichung an Entscheidungen des BVerfG auf S. 428 ff., 431 ff.), und *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (355, 357 f.).

<sup>41</sup> Vgl. dazu aus der kriminologischen Forschung etwa *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 31 Rn. 31 ff.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 59 ff.; aus der Lebenserfahrung *Kuhlen*, GA 1994, 347 (364 ff.); *ders.*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Fn. 25), S. 55 (57 f.); *Frisch* (Fn. 21), S. 243 f.; *ders.*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 55 (60 f.); *Schmidhäuser* (Fn. 6), S. 51 f.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, § 6 I.

<sup>42</sup> Insoweit m.E. durchaus zutreffend *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, Bd. 1, 1799, S. 49; kritisch dazu *Greco* (Fn. 39), S. 478 ff. – Richtig ist freilich, dass diese Feststellung nur begrenzt relevant ist, weil Verstöße ja naheliegend sind, für diesen Fall eine Rechtfertigung des Eingriffs jedoch erforderlich ist und dies vernünftigerweise beim Einsatz der Institution Strafe von Anfang an mitbedacht werden muss. Siehe dazu sogleich.

<sup>43</sup> Ersteres unter dem Aspekt der Erfüllung der Anforderungen des Prinzips der Gesetzlichkeit (Art. 103 Abs. 2 GG).

<sup>44</sup> Vgl. *Feuerbach*, Anti-Hobbes, 1797, S. 201 ff., 222 f., 224 f. (unter Bezug auf *Hugo Grotius*); *ders.* (Fn. 42), S. 54 ff.; siehe dazu auch *Greco* (Fn. 39), S. 46 f. und 484 ff., sowie *Kubiciel* (Fn. 2), S. 149 f.

<sup>45</sup> *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, S. 39; siehe auch *Schünemann*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Fn. 25), S. 109 (119).

<sup>46</sup> Vgl. oben 1. b) dd).



der staatlichen Strafe präziser bestimmen. Denn von der genauen Erfassung dieses Zwecks hängt natürlich auch die folgende Frage ab, ob die Verwirklichung der Strafandrohung legitimiert werden kann.

*b) Die Verwirklichung der Strafandrohung als legitimierbares Mittel der Normstabilisierung in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen*

*aa) Die Verhängung der Strafe als notwendiges Mittel zur Erhaltung der besonderen Wirksamkeit einer strafbewehrten Verhaltensnorm*

Zweck der Verwirklichung der Strafandrohung und damit der Verhängung der Strafe ist nicht der Ausgleich von regelmäßig nicht näher bestimmbar Schäden der Normgeltung, die der Täter durch seine Tat verursacht hat, oder von Freiheitsgewinnen, die er sich zu Unrecht verschafft hat. Die Verhängung der staatlichen Strafe nach begangener Tat ist in Fortsetzung der Strafandrohung zu denken.<sup>47</sup> Sie bezweckt – wie schon die Androhung der Strafe für den Fall der Tatbegehung – die durch die Androhung der Strafe geschaffene besondere Wirksamkeit der Norm zu erhalten: Es soll gezeigt werden, dass das Angedrohte wahrgemacht wird und dass in Zukunft ebenso verfahren wird – sodass der Status der strafbewehrten Norm aufrechterhalten bleibt und die Wirksamkeit der verletzten Norm nicht auf den Status einer nicht strafbewehrten Norm herabsinkt. Zweck der Verwirklichung der Strafandrohung ist es damit, die Präventivkraft der Institution der staatlichen Strafe zu erhalten, soweit dies durch die Verwirklichung des Angedrohten möglich ist,<sup>48</sup> und dadurch die besondere Wirksamkeit der strafbewehrten Norm im Vergleich zu einer nicht strafbewehrten Verhaltensnorm, also den „Mehrwert“ der strafbewehrten Norm in Bezug auf die *Wirksamkeit* der Verhaltensnorm, aufrechtzuerhalten.<sup>49</sup>

Die Aufrechterhaltung der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Norm durch die Verhängung der angedrohten Strafe ist dabei kein Selbstzweck. Sie steht im Dienst der verlässlichen Gewährleistung der zuerkannten Freiheiten und der Integrität zuerkannter Güter; diese sollen durch Verhaltensnormen und deren Strafbewehrung einen besonderen Schutz erhalten. Soweit die einschlägigen Verhaltensnormen hochrangige Güter und Freiheiten schützen, handelt es sich bei der Erhaltung der Wirksamkeit dieser Verhaltensnormen um ein überragend wichtiges Gemeinwohlinteresse im Sinne der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.<sup>50</sup> Das wird besonders

deutlich, wenn man sich vor Augen führt, wie es um die von diesen Normen geschützten Freiheiten und Güter bestellt wäre, wenn die Verstärkung dieser Normen durch eine Strafbewehrung völlig entfiel (oder schlicht nicht vollzogen würde).<sup>51</sup> Nicht nur die Freiheiten und Güter, die durch die je verletzte strafbewehrte Verhaltensnorm (heute) strafrechtlichen Schutz genießen, wären damit in erheblich stärkerem Maße gefährdet; auch viele andere Freiheiten wären beeinträchtigt, weil der Einzelne den Schutz seiner gefährdeten Güter anders zu organisieren hätte und wo das nicht möglich ist, auf die Ausübung von Freiheiten häufig ganz verzichten müsste.<sup>52</sup> Die Erhaltung der besonderen Wirksamkeit bestimmter (strafbewehrter) Verhaltensnormen ist so gesehen ein notwendiges Mittel zur Gewährleistung der Wirksamkeit und Verlässlichkeit einer gerechten Freiheitsverteilung als Grundlage der Entfaltung der Einzelnen in der Gemeinschaft. Und: Die Verhängung der Strafe nach begangener Tat ist (als Verwirklichung der Strafandrohung) auch ein geeignetes Mittel, diese Wirksamkeit im Rahmen des mit ihr Erreichbaren zu gewährleisten und insbesondere einer Erosion der verletzten Norm entgegenzuwirken.<sup>53</sup> Sie ist dafür aller Erfahrung nach bei Fehlen gleich wirksamer Mittel zugleich erforderlich, soll die Norm nicht im Laufe der Zeit an Wirksamkeit (und faktischer Geltung) einbüßen und auf das Befolgungsniveau einer nicht strafbewehrten Norm zurückfallen.<sup>54</sup>

*bb) Die Notwendigkeit einer angemessenen Berücksichtigung entgegenstehender Interessen*

Richtig ist freilich auch, dass ein solcher besonders wirksamer Schutz von Gütern und Freiheiten, der allgemein erwartet wird,<sup>55</sup> negative Folgen für die Personen hat, in deren

90, 145 (195); 115, 320 (346); dazu, dass dieser dem Staat obliegende Schutz die Verpflichtung einschließt, gerade auch vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen von Seiten anderer zu schützen, vgl. BVerfGE 90, 145 (195); 115, 320 (343 f.); 141, 220 (267 Rn. 100); 156, 63 (120 Rn. 202); 157, 30 (111); ergänzend dazu die Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG bei *Appel* (Fn. 7), S. 62 ff., 65 ff., 198 ff.

<sup>51</sup> Eindrucksvolle beispielhafte Schilderung dieses zu erwartenden Zustands bei *Schmidhäuser* (Fn. 6), S. 51 f.; siehe auch *Pawlik* (Fn. 12), S. 216.

<sup>52</sup> Zur Bedeutung des Strafrechts für die „Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit“ (v. *Humboldt* [Fn. 13], S. 57 ff., 115 ff. und insbes. 128 ff.) und eine in diesem Sinn verstandene Sicherheit viele Philosophen der Aufklärung; s. dazu die geraffte Darstellung von *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (910 ff.); zum Zusammenhang zwischen Freiheit und Strafe, die das Recht gegenüber seiner Infragestellung behauptet, auch *Kubiciel* (Fn. 2), S. 171.

<sup>53</sup> Siehe dazu u.a. die Nachweise oben Fn. 41; zur Frage des Erreichbaren ausführlich *Frisch* (Fn. 32), S. 664 f.

<sup>54</sup> Eingehend dazu *Feijoo Sánchez*, in: Sánchez u.a. (Hrsg.), Festschrift für Santiago Mir Puig, 2017, S. 309 (313 ff.); weit. Nachw. dazu bei *Frisch* (Fn. 32), S. 670.

<sup>55</sup> Letztlich auch vom Straftäter selbst, der – als potentielles Opfer einer Straftat gedacht – regelmäßig für sich und nahe-

<sup>47</sup> Siehe dazu schon *Frisch* (Fn. 32), S. 671 ff.; ähnlich wohl *Schünemann* (Fn. 45), S. 119.

<sup>48</sup> Siehe dazu genauer *Frisch* (Fn. 32), S. 664 f.: soweit die Sicherung der Präventivkraft nämlich durch eine Strafe, die ihrem Maß nach legitimierbar ist, erreichbar ist.

<sup>49</sup> Siehe dazu genauer *Frisch* (Fn. 32), S. 672 ff. (wo zugleich frühere – zum Teil an *Jakobs* (Fn. 5), S. 30, 33 anknüpfende – Formulierungen wie „Wiederherstellung der Normgeltung“ oder „Vermeidung einer Erosion der Normgeltung“ präzisiert werden).

<sup>50</sup> Zur „überragenden Bedeutung“ der Schutzpflicht des Staates in Bezug auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheiten etwa BVerfGE 39, 1 (42); 49, 24 (56 f.); 88, 203 (251);

Freiheiten und Güter durch die Verwirklichung der Strafandrohung eingegriffen wird, weil sie von der strafbewehrten Norm abgewichen sind. Insoweit besteht – möglicherweise – ein Konflikt<sup>56</sup> zwischen dem allgemeinen Interesse an einem besonders wirksamen Schutz wichtiger Freiheiten und Güter und dem Freiheitsinteresse derer, die bei Verwirklichung eines solchen „Schutzprogramms“ in ihrer Freiheit betroffen werden.<sup>57</sup> Auch dieses Interesse muss der Staat bei dem Entwurf einer sachgerechten Lösung berücksichtigen.

Freilich heißt „berücksichtigen“ nicht, dass ein solches Gegeninteresse der Verwirklichung eines wichtigen allgemeinen Interesses überhaupt und umfassend entgegenstehen müsste. Durchaus denkbar erscheint es vielmehr, dass ein Gegeninteresse nur unter gewissen Voraussetzungen anerkennenswert erscheint – dagegen nicht, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind. In einem solchen Fall muss das entgegenstehende Interesse, soweit es diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sich Abstriche gefallen lassen. Das gilt insbesondere im Falle sog. mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse – also in Fällen, in denen der Staat, wie hier, divergierenden Erwartungen unterschiedlicher Grundrechtsträger ausgesetzt ist und zwischen diesen eine angemessene Entscheidung zu treffen hat.<sup>58</sup>

Ziel einer sachgerechten staatlichen Lösung derartiger mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse muss es – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – sein, die etwa konfligierenden Interessen in ein angemessenes Verhältnis, ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen, welches die völlige Hintansetzung eines Interesses vermeidet und es ermöglicht, in bestmöglicher Weise allen zu berücksichtigenden berechtigten Interessen Rechnung zu tragen.<sup>59</sup>

stehende Personen durchaus auch den qualifizierten Schutz des Strafrechts nicht missen möchte.

<sup>56</sup> „Möglicherweise“ deshalb, weil es denkbar ist, dass es bei Einhaltung gewisser Bedingungen (die einzuhalten zumutbar ist) überhaupt nicht zu einem Konflikt *garantierter* Freiheiten kommt (sondern nur, wenn eine Person ihre rechtlichen Freiheiten im Sinne von Abwehrrechten auch bei Überdehnung ihrer Entfaltungsfreiheit geltend machen will – also im Falle eines vermeidbaren und zu vermeidenden Konflikts). Siehe dazu unten cc).

<sup>57</sup> Zu dem insoweit bestehenden „Dreiecksverhältnis“ zwischen Staat und Bürgern, gegenüber denen der Staat einerseits Schutzpflichten hat, und solchen, die andererseits Abwehransprüche gegen staatliche Eingriffe besitzen, vgl. aus dem Öffentlichen Recht etwa *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, 492 ff. und *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 ff.

<sup>58</sup> Siehe dazu – im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Legitimation der Sicherungsverwahrung – BVerfGE 128, 326 (327, 361, 371); allgemeiner dazu *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 ff.; *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, 492 ff.

<sup>59</sup> BVerfGE 128, 326 (361, 372 f.); 153, 182 (282 Rn. 264 ff.); siehe auch schon BVerfGE 97, 12 (23 – angemessenes Verhältnis); 141, 220 (268); dazu grds. auch *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2006, 492 (494 f.); zum Ziel der Herstellung von praktischer Konkordanz oder der Gewährleistung optimaler Wirkung der betroffenen Rechte oder Güter in solchen Kollisionsfällen

Die Verhängung der angedrohten Strafe nach begangener Tat ist vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn und soweit sie sich als Lösung darstellt, welche die im Falle der Strafverhängung nach begangener Tat etwa konfligierenden Interessen – wenn auch möglicherweise mit zumutbaren Abstrichen – in ein Verhältnis praktischer Konkordanz bringt.

*cc) Die Verhängung der Strafe (nur) bei Vermeidbarkeit der Gesetzesverletzung als Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den konfligierenden Interessen*

Ein solches Verhältnis praktischer Konkordanz lässt sich in den hier interessierenden Spannungsfällen durchaus herstellen. Das Interesse an besonderer Wirksamkeit der Verhaltensnormen zum Schutz bestimmter Freiheiten und Güter und das Interesse, nicht mit dem belastet zu werden, was die Strafandrohung an Eingriffen vorsieht, stehen sich nicht unversöhnlich gegenüber, sodass die Entscheidung entweder nur für das eine oder das andere Interesse ausfallen kann und ein Interesse völlig hintangesetzt werden müsste.<sup>60</sup> Beide Interessen können durchaus nebeneinander bestehen und befriedigt werden, wenn das unterbleibt, was zu Güterbeeinträchtigungen durch die Strafe führt – nämlich das die Verhaltensnorm verletzende Verhalten. Da die Vornahme dieses Verhaltens (bei Erfüllung einer bestimmten Bedingung, dazu sogleich) von der Entscheidung des potentiellen Täters selbst abhängt, hat dieser es damit selbst in der Hand, ob es zur Verhängung einer Strafe gegen ihn kommt oder nicht.<sup>61</sup> Wer an der Erhaltung seiner Freiheiten (Bewegungsfreiheit, Vermögen) interessiert ist, muss und darf auf diesen Weg der Wahrung seines Freiheitsinteresses verwiesen werden. Er wird damit nur auf etwas verwiesen, was zu tun prinzipiell zumutbar ist und von den meisten Mitgliedern der staatlichen Gemeinschaft ohnehin befolgt wird. Ihm wird damit durchaus kein unzumutbarer Verzicht auf Freiheiten angesonnen – denn mit der Begehung des Verbotenen bewegt der Handelnde sich ohnehin schon jenseits der zuerkannten Freiheit.

Freilich muss *dieser* Weg dem, gegen den zur Erhaltung der besonderen Wirksamkeit der durch Strafe bewehrten Verhaltensnorm nach Begehung des verbotenen Verhaltens Strafe verhängt werden soll, auch wirklich offenstehen bzw. offen gestanden haben: Die Tat muss also für ihn wirklich *vermeidbar* gewesen sein. Dass der Täter die gegen die strafbewehrte Verhaltensnorm verstoßende Tat vermeiden konnte, sie also in herkömmlicher Terminologie *schuldhaft* begangen

sionsfällen *Hesse* (Fn. 35), § 1 Rn. 72, 317 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 78 ff., 84 ff.; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (556 – Optimierungsgebot, praktische Konkordanz); *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568 ff.; *Wendt*, AöR 104 (1979), 414 ff.

<sup>60</sup> Zu diesem möglichst zu vermeidenden Fall vgl. *Hesse* (Fn. 35), § 1 Rn. 72 und 318.

<sup>61</sup> Zutreffend betont von BVerfGE 131, 268 (289), im Rahmen der (verfassungsrechtlichen) Legitimation der (vorbehaltenen) Sicherungsverwahrung; für die Legitimation der Strafe gilt nichts anderes; so wohl auch *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (940 f.).

hat,<sup>62</sup> ist damit eine Legitimationsvoraussetzung staatlicher Strafe.<sup>63</sup> Sie ergibt sich als Legitimationsvoraussetzung staatlichen Strafens daraus, dass nur unter dieser Voraussetzung ein Verhältnis praktischer Konkordanz zwischen dem überrasgenden Gemeinschaftsinteresse an der besonderen Wirksamkeit bestimmter Verhaltensnormen durch strafende Reaktion auf eine Verletzung der Verhaltensnorm und dem berechtigten Interesse des Einzelnen am Unterbleiben von Eingriffen in seine Freiheit hergestellt werden kann.

Außerdem muss der Kreis der Normen, die mit Strafe bewehrt sind, so begrenzt sein, dass sie für den einzelnen Normadressaten überschaubar bleiben; es darf nicht dazu kommen, dass die Sorge, sich ohne größere Schuld strafbar machen zu können, zu einem lähmenden Hindernis der Freiheitsentfaltung wird. Der Kreis solcher Normen muss sich damit auf wirklich wichtige Normen beschränken. Sind diese Voraussetzungen aber erfüllt, so sind die oben skizzierten zunächst gegenläufigen Interessen in ein Verhältnis praktischer Konkordanz gebracht und die Bestrafung dessen, der die Tat begangen hat, obwohl er sie vermeiden konnte, ist damit *aus verfassungsrechtlicher Sicht* gerechtfertigt.

### c) Zur verbleibenden Bedeutung der traditionellen Straftheorien

Es bleibt die Frage, welche Bedeutung den eingangs (oben 1. b) behandelten und als nicht tragfähig erachteten Theorien zum Zweck und zur Legitimation der Strafe zukommt, wenn man den Zweck der Strafe in der Gewährleistung der Wirksamkeit bestimmter wichtiger Verhaltensnormen (durch ihre Strafbewehrung) sieht und die Verhängung der Strafe nach begangener Tat als Akt der Aufrechterhaltung der (diese Wirksamkeit gewährleistenden) Präventivkraft der Strafdrohung begreift, der bei Vermeidbarkeit der begangenen Gesetzesverletzung, also bei schuldhafter Begehung, verfassungsrechtlich zu legitimieren ist.

<sup>62</sup> Zur *Vermeidbarkeit* der Tat (durch Orientierung am Recht) als Kern der *Schuld* des Täters an der Tat vgl. *Frisch*, in: Freund/Murmann/Pawlik (Hrsg.), *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens*, 2021, S. 357 (377 f.); *ders.*, in: Wohlers/Seelmann (Hrsg.), *Schuldgrundsatz*, 2024, S. 111 (124); *Jakobs*, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikte*, 1972, S. 34 f., 39 ff., 70 ff.; *Kindhäuser*, in: Bohnert u.a. (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 627 (634, 637) sowie eingehend *Burkhardt*, in: *Kindhäuser* (Fn. 32), S. 441 ff. (zu individueller Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung und Vermeidbarkeit) und (grundlegend) *ders.*, *ZfStw* 4/2025, 394 ff. und *ZfStw* 5/2025, 533 ff.

<sup>63</sup> In dem Sinn, dass die verfassungsrechtliche Legitimation der Strafe als mit einem Rechtseingriff verbundene Rechtsfolge der Verletzung einer (strafbewehrten) Verhaltensnorm an die Schuldhaftigkeit der Verletzung geknüpft ist. Mit Recht bezeichnet das Bundesverfassungsgericht daher den Satz: „Keine Strafe ohne Schuld“ als Verfassungsprinzip, vgl. etwa BVerfGE 57, 250 (275); 80, 367 (378); 90, 145 (173); 123, 267 (413); 133, 168 (197 f.).

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die früher als Zweckbestimmungen (oder legitimierende Gedanken) kritisch beurteilten Ansätze werden nicht völlig bedeutungslos. Sie lassen sich vielmehr durchaus mit der Strafe verbinden, die ihre *verfassungsrechtliche* Rechtfertigung in der Gewährleistung und Erhaltung der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Verhaltensnormen findet.<sup>64</sup>

Am leichtesten ist diese Verbindung mit den präventiven Strafzwecken möglich: Die zur Wiederherstellung der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Norm legitimierbare Schuldstrafe bildet überhaupt erst die legitime Basis für die Verfolgung präventiver Zwecke – begrenzt diese präventiven Möglichkeiten freilich auch (im Rahmen der Strafe) zugleich im Einzelfall. Doch lässt sich eine Strafe, die ihre verfassungsrechtliche Legitimation (Rechtfertigung) in der Gewährleistung (oder Wiederherstellung) der besonderen Wirksamkeit der strafbewehrten Norm findet, auch mit anderen Sinngebungen verbinden: Wer den Zweck der Strafe im Schuldausgleich sieht, mag die Strafe, die verfassungsrechtlich anders zu legitimieren ist, weiterhin als gerechten Schuldausgleich verstehen – dass der Schuldausgleich nicht der eigentliche Zweck der Strafverhängung ist, sondern die Schuld nur als Bedingung für die Erhaltung der Wirksamkeit der Norm durch Verhängung der Strafe eine Rolle im Legitimationszusammenhang der Strafe spielt, wird ihn wohl wenig stören.<sup>65</sup> Der Vergeltungstheoretiker mag in der gegen den Täter zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit der Verhaltensnorm verhängten legitimierbaren Schuldstrafe weiterhin die verdiente Vergeltung sehen; und ebenso ist es möglich, sie als dem Opfer (aber auch der Allgemeinheit) geschuldete Genugtuung zu begreifen. Wer die Strafe schließlich für verschiedene Sinngebungen offenhalten will, kann auch eine der Varianten der Vereinigungstheorie mit dem verfassungsrechtlich legitimierbaren Konzept der Strafe verbinden.

Die Möglichkeit, das verfassungsrechtlich aus bestimmten Gründen zu Rechtfertigende mit anderen Sinngebungen zu unterlegen, ist für die Akzeptanz der Strafe kein Nachteil, sondern eher ein Vorteil – sie ermöglicht es, die nicht tragfähigen Ansätze in die zweite Reihe zurücktreten zu lassen,<sup>66</sup> und erhöht zugleich die Akzeptanz der verfassungsrechtlich legitimierbaren Verhängung der Strafe nach begangener Tat durch vertraute Sinngebungen der Strafe.<sup>67</sup> Wichtig ist nur, dass solche Sinngebungen nicht die Oberhand über das verfassungsrechtlich Zulässige gewinnen und damit zu Forde-

<sup>64</sup> In diesem Sinne auch *Pawlik* (Fn. 40), S. 53 f.; ähnlich *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, S. 23.

<sup>65</sup> Zumal auch das Bundesverfassungsgericht, das die Legitimation von Eingriffen zum Zweck der Gewährleistung von Sicherheit für die Allgemeinheit in jüngeren Entscheidungen auf die Herstellung praktischer Konkordanz im Rahmen „mehrpölgiger Grundrechtsverhältnisse“ stützt (vgl. etwa BVerfGE 128, 326 [361, 372 f.]), das nach wie vor vom Gedanken und Zweck des Schuldausgleichs durch Strafe spricht.

<sup>66</sup> Zutreffend *Pawlik* (Fn. 40), S. 53 f.

<sup>67</sup> Übereinstimmend *Lacey*, *State Punishment*, 1988, S. 185; *Pawlik* (Fn. 40), S. 53.

rungen an die Strafe führen, die auf der Basis ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation nicht befriedigt werden können – wie zum Beispiel Forderungen der Prävention oder der Genugtuung über das Maß der Schuldstrafe hinaus.

d) *Zur Ausgestaltung der Strafe im Verfassungsstaat*

Die Fragen nach dem Zweck, dem Wesen und der Legitimation der Strafe sind nicht die einzigen Fragen, die eine Theorie der Strafe zu beantworten hat. Es stellt sich auch die Frage, wie die Strafe als Institut, das die besondere Wirksamkeit bestimmter Normen bezweckt und – verfassungsrechtlich zulässig – diese besondere Wirksamkeit nach begangener Tat durch die Verhängung der angedrohten Strafe wieder herzustellen oder aufrechtzuerhalten versucht, ausgestaltet werden soll. Soll es eine einheitliche Strafe für die Verletzung aller besonders wichtigen, güterschützenden Normen geben oder sollen den unterschiedlichen Normverletzungen verschiedene Strafen entsprechen – und wenn ja, wonach soll insoweit differenziert werden: nach dem Maß der Gefährdung des geschützten Gutes oder nach dessen Bedeutung oder nach beidem?

Bedenkt man, dass die Strafe Schuld im Sinne der Vermeidbarkeit der Tat durch den Täter voraussetzt und macht man sich klar, dass diese Schuld (im Sinne des Maßes der Vermeidbarkeit der Normverletzung) bereits bei der Verletzung derselben Verhaltensnorm durchaus verschieden sein kann, so liegt es nahe, schon für den einzelnen Typus einer Normverletzung unterschiedliche Strafgrößen (also einen Strafraumen) vorzusehen – dies umso mehr, als ja auch das Gewicht des Unrechts der Taten, die ein und dieselbe Verhaltensnorm verletzen, je nach dem Maß der Gefährdung des Gutes sehr unterschiedlich sein kann. Der Gedanke, unterschiedliche Ausprägungen des Unrechts und der Schuld mit unterschiedlichen Strafgrößen zu belegen, lässt sich dabei am einfachsten dadurch verwirklichen, dass man als Rechtsfolge der Verletzung jeder Verhaltensnorm (bzw. jedes Tatbestands, dem eine bestimmte Verhaltensnorm zugrunde liegt) einen *Strafraumen* vorsieht, der von einer bestimmten Mindeststrafe bis zu einem Höchstmaß reicht.<sup>68</sup> Eine solche Lösung erspart auf gesetzgeberischer Ebene eine Vielzahl von Einzelregelungen, fordert freilich auf der Ebene der Rechtsanwendung eigene Regeln der Strafzumessung zur konkretisierenden Ausfüllung dieses Rahmens – und eine entsprechende Theorie (dazu III. 3.).

Es liegt aber nicht nur nahe, die an die Verletzung einer einzelnen Verhaltensnorm anknüpfende Strafe wegen der Unterschiedlichkeit der diese Verhaltensnorm verletzenden Taten nach Unrecht und Schuld als einen Rahmen von Strafgrößen auszugestalten. Da auch innerhalb der wichtigen, mit Strafe zu bewehrenden Verhaltensnormen nochmals erhebliche Unterschiede unter dem Aspekt der Bedeutung der jeweils geschützten Güter bestehen, erscheint es auch sachgerecht,

die Strafraumen, die an die Verletzung unterschiedlicher Verhaltensnormen anknüpfen, je nach der Bedeutung des durch die Verhaltensnorm geschützten Gutes unterschiedlich zu gestalten, also danach zu staffeln.

Eine solche Ausgestaltung der Strafe als – doppelt – graduiertes System ermöglicht nicht nur eine gerechte differenzierende Behandlung der Taten, wenn es zur Verletzung der strafbewehrten Verhaltensnorm gekommen ist. Sie ist auch präventiv bedeutsam, weil sie Aussagen über die Bedeutung der jeweils strafbewehrten Norm innerhalb der Gesamtrechtsordnung enthält<sup>69</sup> und auch dadurch zur Einhaltung besonders wichtiger (Verhaltens-)Normen beitragen kann.

3. *Zusammenfassung*

Die Zulässigkeit der Verhängung der angedrohten Strafe nach Begehung der von der strafbewehrten Verhaltensnorm verbotenen Tat (oder der Unterlassung der danach gebotenen Handlung) muss in der staatlich verfassten Gemeinschaft nicht aus – bei näherer Prüfung selbst nicht tragfähigen – allgemeinen Figuren ausgleichender Gerechtigkeit oder Konzepten der Präventionsstrafe entwickelt werden. Sie ergibt sich in einem Verfassungsstaat daraus, dass die Verfassung den staatlichen Organen hier die Befugnisse zuerkennt (und zuerkennen muss), die notwendig sind, damit der Staat seine Grundaufgaben erfüllen kann – hier also den Schutz der Güter und Freiheiten gewährleisten kann, auf den die in der staatlichen Gemeinschaft lebenden Menschen für ihr Dasein und ihre Entfaltung angewiesen sind. Hierzu zählt nicht nur die Kompetenz, die zum Schutz oder zur Erhaltung der Güter und Freiheiten notwendigen Verhaltensnormen zu erlassen, sondern auch die Befugnis, solchen Verhaltensnormen, die besonders wichtige oder gefährdete Güter schützen sollen, eine erhöhte Wirksamkeit dadurch zu verleihen, dass an ihre Verletzung negative Folgen wie die Strafe geknüpft werden, die dem Einzelnen ein zusätzliches Motiv geben, die unerwünschten Verhaltensweisen zu unterlassen.

Derartige Strafbewehrungen sind nicht nur ein geeignetes Mittel, bestimmten Normen eine höhere Wirksamkeit zu verleihen, sondern bei Fehlen gleich wirksamer Mittel zum Schutz besonders wichtiger Güter und Freiheiten auch ein erforderliches Mittel. Sie sind dabei nicht nur legitimierbar, soweit sie ihre Wirkung schon durch die bloße Ankündigung der negativen Folgen für den Fall der Normverletzung erreichen. Sie sind verfassungsrechtlich auch zu rechtfertigen, wenn es zur Straftat kommt und damit die für diesen Fall angedrohte Strafe verhängt werden muss. Denn die Regelung, die für diesen Fall die Verhängung der Strafe vorsieht, bildet eine den Anforderungen der Verfassung entsprechende Auflösung des Konflikts zwischen den berechtigten Gemeinschaftsinteressen an der Aufrechterhaltung eines besonders wirksamen Schutzes bestimmter Güter und Freiheiten und dem Interesse des durch die Strafe Betroffenen, nicht in seinen Rechten beschnitten zu werden, wenn der von der Strafe Betroffene diese Folge durch Nichtbegehung der Tat vermeiden konnte. In diesem Fall hat der von der Strafe Betroffene sich diese Belastung letztlich selbst zuzuschreiben. Da er die Folgen

<sup>68</sup> Über Strafraumen als Instrument zur Ermöglichung einer sachgerechten Bestimmung der Strafe im Einzelfall und zu den ihnen zugrunde liegenden Vorgaben für die Beurteilung siehe *Frisch* (Fn. 41), S. 66 ff.; *ders.*, in: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (Fn. 39), S. 155 (159 ff.).

<sup>69</sup> Dazu schon *Frisch* (Fn. 41), S. 63 ff.

selbst vermeiden konnte und solches Verhalten von ihm auch erwartet werden durfte, muss er es daher hinnehmen, dass er zur Wiederherstellung der durch die Strafbewehrung verbürgten besonderen Wirksamkeit der verletzten Verhaltensnorm mit dem angekündigten Eingriff belastet wird, dass also die durch die Tat bei Ausbleiben der angekündigten Folge geschwächte Präventivkraft der Strafdrohung auf seine Kosten wiederhergestellt wird.

### III. An die Straftheorie anschließende Bereiche der Theorie des Strafrechts

Die im ersten Teil (II.) dieses Beitrags erarbeiteten Einsichten zum Wesen, zum Zweck, zur Rechtfertigung und zur sachgerechten Ausgestaltung der gesetzlichen Strafe sind freilich nicht nur für die Theorie der Strafe selbst bedeutsam. Sie haben auch Bedeutung für die Teile der Theorie des Strafrechts, die sich mit den allgemeinen Voraussetzungen der Straftat (also der Verbrechenslehre), mit der Konstitution des Besonderen Teils des Strafrechts und mit der Konkretisierung (Bemessung) der Strafe befassen.

Aus der Einsicht, dass sich die Belegung von Verhaltensnormverletzungen mit tadelnder Strafe nur dann legitimieren lässt, wenn das durch die Verhaltensnormverletzung verwirklichte (durch die Strafe eigentlich zu verhindernde) Unrecht für den Täter vermeidbar war, ergibt sich bereits, dass als Straftat nur ein Verhalten in Betracht kommt, welches der Täter vermeiden konnte – und damit: dass die Straftat begrifflich neben dem maßgeblich durch die Verhaltensnormverletzung bezeichneten Unrecht auch die Voraussetzung der Vermeidbarkeit der Normverletzung, in herkömmlicher Terminologie also der Schuld, enthalten muss.

Aus der Einsicht, dass Strafe vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund nur zu rechtfertigen ist, wenn sie wirklich erforderlich ist, um Normen Wirksamkeit zu verschaffen, und dass ihr Einsatz verhältnismäßig sein muss und nicht zu einer Gefahr für die Entfaltung des Einzelnen werden darf, ergeben sich Anforderungen an das, was zur Straftat gemacht werden darf – nämlich, grob gesprochen, nur der vermeidbare Verstoß gegen besonders wichtige Verhaltensnormen der Gemeinschaft.

Die Einsicht schließlich, dass das Gesetz in seinen Aussagen zur Strafe bei den einzelnen Delikten selbst regelmäßig bei gestaffelten rahmenartigen Aussagen stehen bleiben muss, macht deutlich, dass ein wesentlicher Teil der Rechtfertigung der Strafe auch deren Bemessung im Einzelfall betrifft, und lässt vermuten, dass es bei der Bemessung der Strafe – anders als man lange Zeit gedacht hat – nicht um etwas ganz anderes als zuvor, sondern um die Fortsetzung und Konkretisierung der zu rechtfertigenden gesetzlichen Bewertung der Tat im Einzelfall geht.

#### 1. Als Straftaten in Betracht kommende Verhaltenstypen

##### a) Zur Notwendigkeit einer engen Begrenzung des Kreises der Straftaten

Nicht alles, was als Verhalten oder Sachverhalt unerwünscht ist, kann mit Strafe belegt und zur Straftat erklärt werden. Das verbietet nicht nur der in der Strafe liegende gewichtige

Rechtseingriff in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit.<sup>70</sup> Auch der mit der Strafe verbundene Tadel verliert seine Wirkung, wenn er inflationär eingesetzt wird.<sup>71</sup> Schon Erwägungen zur Legitimation der Strafe und zu ihren Wirkvoraussetzungen zwingen also zu einer Beschränkung des Strafeinsatzes auf einen relativ engen Kreis besonders unwertiger Verhaltensweisen und Sachverhalte.

In dieselbe Richtung weisen prozessuale und ressourcenspezifische Erwägungen. Der in der Strafe liegende gravierende Rechtseingriff und Tadel kann nicht einfach irgendwie ausgesprochen werden, sondern setzt in einem Rechtsstaat ein gründliches und damit aufwändiges Verfahren voraus.<sup>72</sup> Derartige Verfahren bilden in einer staatlichen Gemeinschaft, die vielfältige Aufgaben zu erfüllen hat, eine eher knappe, nicht beliebig erweiterbare Ressource, die nur für einen sehr begrenzten Kreis von Sachverhalten zur Verfügung steht. Wird dieser Zusammenhang zwischen materiellem Recht und

<sup>70</sup> Mit Recht immer wieder betont in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. z.B. BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [286]; 27, 18 [29]; 50, 205 [214 f.]; 120, 224 [241]; 133, 168 [169]) und von vielen Autoren des Öffentlichen Rechts (oder dem Öffentlichen Recht nahestehenden Autoren) wie z.B. Appel (Fn. 7), S. 171 ff., 576 ff.; Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (360 f.); Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 10 ff., 216 ff., 367 ff.; Vogel, StV 1996, 110 ff. – Zur eigenen Sicht zuletzt Frisch, NStZ 2013, 249 ff.; ders., NStZ 2016, 16 ff.; ders., GA 2017, 364 ff.

<sup>71</sup> Dieser Gesichtspunkt ist in der deutschen strafrechtlichen Diskussion vor allem von den Schülern Franz v. Liszts schon früh mit Nachdruck betont worden – grundlegend zunächst Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, 1902, der mit Recht den Wildwuchs der Strafen als Annex verwaltungsrechtlicher Materien kritisiert und für ein aus dem Kriminalstrafrecht ausgegliedertes eigenständiges Verwaltungsstrafrecht plädiert hat (a.a.O., S. 529 ff.; ders., Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 12 [1906] 217–251). Deziert in diese Richtung dann nach dem Zweiten Weltkrieg vor allem für das Wirtschaftsstrafrecht Eb. Schmidt (z.B. SJZ 1948, 225 (230 ff.); ders., SJZ 1948, 569 (571 ff.); ders., SJZ 1949, 665 (670 ff.); ders., Wirtschaftsstrafgesetz, Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, 1949, passim), der mit Nachdruck (und Erfolg) für die Ausgliederung bloßer Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht eintrat, das sich auf das *kriminelle* Unrecht zu konzentrieren habe (ders., JZ 1951, 101 ff.; ders., in: Ehmke/Schmid/Scharoun [Hrsg.], Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 415 ff.).

<sup>72</sup> Auch auf diesen Aspekt haben vor allem Schüler v. Liszts immer wieder aufmerksam gemacht; sie sprechen in diesem Zusammenhang von einem für Straftaten erforderlichen sog. justizstaatlichen Verfahren, an das weit höhere Anforderungen als an ein verwaltungsrechtliches Verfahren oder an ein Verfahren in Bezug auf bloße Ordnungswidrigkeiten zu stellen seien; vgl. dazu die Nachweise in Fn. 71. Verfahren wie das Strafbefehlsverfahren enthalten aus dieser Perspektive schon bedenkliche Relativierungen eines justizstaatlichen Verfahrens.

seiner strafprozessualen Verwirklichung nicht beachtet, so droht etwas, das wir heute in vielen Staaten der Welt feststellen können: Was im materiellen Recht zur Straftat erklärt worden ist, kann mangels ausreichender Ressourcen prozessual nicht angemessen behandelt werden und bleibt damit entweder über ein großzügiges Opportunitätsprinzip nicht abgeurteilt<sup>73</sup> oder wird im Wege minderwertiger Verfahren, nicht zuletzt mit Hilfe eines „Deals“, erledigt.<sup>74</sup>

Die Rückbesinnung darauf, dass die Strafe eine knappe Ressource ist, mahnt freilich nicht nur dazu, mit dem Einsatz der Strafe verantwortungsbewusst und sparsam umzugehen. Sie zwingt auch dazu, beim Einsatz der Strafe die Grundsätze der distributiven Gerechtigkeit zu beachten. Das nur begrenzt verfügbare Mittel der Strafe sollte nur für den Schutz besonders wichtiger Güter und Interessen und zur Gewährleistung der Wirksamkeit der diese schützenden Verhaltensnormen eingesetzt werden.

#### b) Leitlinien für die Qualifikation von Verhaltensweisen als Straftaten

Natürlich ist mit der Einsicht, dass die Rechtsordnung nur einen begrenzten Kreis besonders unwertiger Verhaltensweisen als Straftat qualifizieren sollte, noch nicht gesagt, welche Sachverhalte es genau sind, die als Straftat ernsthaft in Betracht kommen. Auch der traditionsreiche Satz, dass als Straftaten nur solche (Fehl-)Verhaltensweisen eingestuft werden dürfen, die strafwürdig und strafbedürftig sind, hilft insoweit nicht viel weiter, weil er nur eine Selbstverständlichkeit ausdrückt und das eigentlich Interessierende offenlässt – denn wann ist ein Verhalten strafwürdig und strafbedürftig?

Indessen gibt es dafür in einem Rechts- und Verfassungsstaat, dessen Aufgabe der Schutz seiner Bürger ist, denen er ermöglichen soll, sich im Rahmen ihrer Freiheiten zu entfalten, doch eine gewisse Leitlinie. Der Kreis der Straftaten sollte im Wesentlichen auf solche Verhaltensweisen konzentriert sein, die eine gravierende Gefährdung oder Beeinträchtigung der elementaren Güter und Freiheiten der Person oder von Universalgütern enthalten, die für die Entfaltung der Rechtsperson und ein funktionierendes Gemeinwesen unverzichtbar sind.<sup>75</sup> Verhaltensweisen dieser Art sind in einer auf

ein friedliches Zusammenleben bedachten sozialen Gemeinschaft nicht tragbar, also sozial unerträglich oder sozialschädlich; an ihrer Unterbindung besteht damit ein überragend wichtiges Gemeinwohlinteresse,<sup>76</sup> das ihr Verbot und auch den Einsatz der Strafe mit ihrem Tadel und ihren Rechtseingriffen rechtfertigt – wenn diese Sanktionen vom Einzelnen durch die Nichtbegehung solcher Taten vermieden werden können.<sup>77</sup>

Die im Strafrecht zum Teil – weitergehend – eingeforderte absolute (strikte) Begrenzung der Straftaten auf solche Verhaltensweisen, die *Rechtsgüter* beeinträchtigen oder gefährden,<sup>78</sup> entbehrt dagegen einer überzeugenden Begründung; sie enthält auch angesichts der fast beliebigen Möglichkeit, Erwünschtes als Rechtsgut auszugeben und der Vagheit dieses Begriffs überhaupt, in Wahrheit weder eine wirksame Begrenzung des Strafrechts noch eine hinreichend differenzierte und klare Leitlinie für den Gesetzgeber.<sup>79</sup> Freilich

Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 69 (86 ff.); *ders.*, in: Wolter/Freund (Fn. 18), S. 135 (147 ff.); ebenso *Kubiciel* (Fn. 2), S. 172.

<sup>76</sup> Siehe dazu aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa BVerfGE 141, 220 (267 f. Rn. 120); 156, 63 (120 Rn. 202), jeweils mit weit. Nachw.

<sup>77</sup> Dazu, dass die Vermeidbarkeit der Tat seitens des Täters daher auch eine unverzichtbare Voraussetzung für die Bestrafung des Täters in jedem Einzelfall ist, vgl. schon II. 2. b) cc), sowie unten 2. b).

<sup>78</sup> Vgl. dafür statt vieler *Hassemer*, in: Hefendehl u.a. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 57 (60 f., 64); *Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 110 ff., 116 ff., 119 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 3), § 2 Rn. 1, 7 ff., 45c ff. (siehe freilich auch die Erweiterungen in den Rn. 51 ff.); *Jäger*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Vor § 1 Rn. 8 f., 11 ff.; *Schünemann*, in: Saliger u.a. (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, 2017, S. 701 (705 ff.); mit Abstrichen auch *Kudlich*, *ZStW* 127 (2015), 635 (650 ff.).

<sup>79</sup> Eingehend zur begrenzten Leistungsfähigkeit des Begriffs „Rechtsgut“ als Mittel zur Begrenzung des Strafrechts *Frisch* (Fn. 75), S. 71 ff.; zu weiteren grundsätzlichen Bedenken *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 302 ff., 309 ff., 312 ff.; *Appel* (Fn. 7), S. 336 ff., 381 ff.; *ders.*, *KritV* 82 (1999), 278 (284 ff., 296 ff.); *Frisch*, *NStZ* 2016, 16 (23 f. – dort zugleich dazu, dass das insoweit ebenfalls gerne bemühte Ultima-ratio-Prinzip auch keine wirklich zutreffende Leitlinie bildet); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (333 ff., 351 ff.); *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 2/16 ff., 22 ff.; *ders.*, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, S. 7 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 2 Rn. 7 ff.; *Stratenwerth*, in: Hefendehl u.a. (Fn. 78), S. 255 ff.; *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653 (656 ff.); *ders.*, *ZStW* 129 (2017), 349 (357 ff.); speziell gegen die Versuche einer Ableitung des Rechtsgutserfordernisses aus der Verfassung *Engländer*, *ZStW* 127 (2015), 616 (633 f.) – Gegenkritik bei *Zazcyk*, *Der Staat*

<sup>73</sup> Ein typisches Beispiel stellt (für Deutschland) das – unter dem Eindruck temporärer kriminalpolitischer Trends – materiellrechtlich geradezu exzessiv ausgearbeitete Umweltstrafrecht dar, das eine Vielzahl von Bagatellen in das Strafrecht zieht, die in der Kumulation mit vergleichbaren Erscheinungen nur deshalb nicht zu einem Kollaps der Strafrechtspflege führen, weil sie schlicht nicht verfolgt oder im Vorfeld des justizstaatlichen Verfahrens erledigt werden.

<sup>74</sup> Dazu, dass ein nicht unwesentlicher Grund für die Erledigung vieler Strafverfahren im Wege des Deals darin liegt (und lag), dass all das, was das materielle Strafrecht, insbesondere mit seinen vielen Nebenmaterien (und hier wieder vor allem das Wirtschaftsstrafrecht) als Straftat ausweist, mit den verfügbaren prozessualen Ressourcen nicht justizstaatlich bewältigt werden kann, vgl. auch *Landau*, *NStZ* 2014, 425 f.

<sup>75</sup> Näher dazu schon *Frisch*, in: Küper/Welp (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und*



ergibt sich die weitestgehende Ungeeignetheit des Rechtsbegriffs für eine wirksame Begrenzung des Strafeinsatzes nicht erst aus der Vagheit des Begriffs. Sie ist vielmehr bereits prinzipieller Art. Das wird klar, wenn man sich bewusst macht, dass nahezu alle Verhaltensnormen Rechtsgüter konstituieren, erhalten oder gewährleisten wollen – und dass der allergrößte Teil dieser Normen gleichwohl (mit Recht) nicht strafbewehrt ist. Die Auswahl der strafbewehrten Normen kann damit nur durch ein anderes, zusätzliches Kriterium geleistet werden (oder in der Vergangenheit: geleistet worden sein). Das Kriterium des Rechtsguts eignet sich allenfalls dazu, die Berechtigung jenes kleinen Kreises einiger älterer Strafvorschriften infrage zu stellen, die allein dem Schutz oder der Durchsetzung bestimmter Moralvorstellungen dienen.<sup>80</sup> Im Übrigen ist das Kriterium des Rechtsguts für die Auswahl der Verhaltensweisen, die eine Strafbewehrung erfordern und verdienen, unbrauchbar.

Maßgebend ist vielmehr in einem Verfassungsstaat mit (Abwehr-)Grundrechten der Bürger und verfassungsrechtlichen Prinzipien, die auch den Gesetzgeber binden, vor allem, ob das Verbot und die Pönalisierung der verbotenen Verhaltensweisen mit der Verfassung vereinbar sind.<sup>81</sup> Dies ist dann der Fall, wenn für das Verbot und die Pönalisierung der je

fraglichen Verhaltensweisen vernünftige, im Lichte der Verfassung berechnete und tragfähige Gründe sprechen, mit ihnen also ein zulässiger Zweck in geeigneter, erforderlicher und nicht unverhältnismäßiger Weise verfolgt wird und auch die Bestrafung der (berechtigterweise) verbotenen Verhaltensweisen im Blick auf die mit dem Verbot und der Pönalisierung verfolgten Zwecke erforderlich und angemessen, insbesondere nicht unverhältnismäßig, erscheint.<sup>82</sup> In der Beurteilung der Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber – zu Recht – eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Beurteilungsspielraum zu.<sup>83</sup>

Innerhalb des – relativ weiten – Kreises der Verhaltensnormen, die diese Voraussetzungen erfüllen, kann eine weitere Beschränkung auf die Verhaltensnormen, die eine Strafbewehrung erhalten sollten, sinnvollerweise nur nach (dem Maß) der Wichtigkeit der Verhaltensnorm und ihrer Wirksamkeit in der staatlichen Gemeinschaft erfolgen. In diese Richtung weisen nicht nur Gesichtspunkte der distributiven Gerechtigkeit bei der Verteilung einer knappen Ressource (hier der Strafe), sondern ganz genauso Erwägungen der Legitimation der Strafe gegenüber den von ihr Betroffenen: Die für die Rechtfertigung der Strafe erforderliche praktische Konkordanz zwischen den für und den gegen den Einsatz der Strafe sprechenden Interessen<sup>84</sup> ist umso eher gewährleistet, je wichtiger die dem Schutz bestimmter Interessen dienende Verhaltensnorm ist. Und auch die für die Rechtfertigung der Strafe geforderte Vermeidbarkeit des Verstoßes gegen die Verhaltensnorm durch die Befolgung der Norm ist in der Regel umso eher gegeben, je wichtiger eine Verhaltensnorm ist – weil die Kenntnis wichtiger Verhaltensnormen und die Bereitschaft, sie zu befolgen, eher zu erwarten sind als die von weniger wichtigen Verhaltensnormen. Desgleichen erscheint ihre Bekräftigung bei Verstößen gegen die Norm vordringlicher als die von weniger wichtigen. Unter dieser Voraussetzung kann auch die Durchsetzung bestimmter für eine Gesellschaft fundamentaler Verhaltensnormen als solche, d.h. ohne, dass es der mühsamen Konstruktion eines hinter der Vorschrift stehenden Rechtsgutes bedürfte, durchaus Gegenstand des Strafrechts sein.<sup>85</sup>

50 (2011), 295 ff.; *Saliger*, in: Rosenau u.a. (Hrsg.), *Rechtsstaat und Strafrecht*, 2021, S. 95 (102 ff.).

<sup>80</sup> Das war ja auch lange Zeit ein zentrales Ziel der Rechtsgutsdoktrin (vgl. dafür etwa *Jäger*, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957, S. 13 ff., 38 f.; *Roxin* [Fn. 6], § 2 Rn. 13 ff.), weshalb die Streichung einiger Strafvorschriften, die offenbar vor allem der Durchsetzung bestimmter Moralvorstellungen dienten, von Vertretern der Rechtsgutsdoktrin denn auch als Erfolg dieser Doktrin ausgegeben wurde (vgl. etwa *Roxin* [Fn. 6], § 2 Rn. 17 f.) – was freilich eine sehr zweifelhafte Sicht des Hintergrunds dieser Streichung sein dürfte: Die Änderung war nicht der Überzeugungskraft der Rechtsgutsdoktrin zu verdanken, sondern die Folge einer Änderung der Moralvorstellungen und der Vorstellungen über den Inhalt des Rechts zur sexuellen Selbstbestimmung; vgl. dazu *Frisch* (Fn. 75), S. 72 f.; *Stratenwerth*, in: *Eser/Schittenhelm/Schumann* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, 1998, S. 398 ff.

<sup>81</sup> So mit Recht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, vgl. z.B. BVerfGE 87, 399 (408 ff.); 90, 145 (185); 92, 191 (196 ff.); 120, 224 (239 ff. – mit Ablehnung einer Einschränkung auf das strafrechtliche Rechtsgutskonzept, S. 241 ff.), und das ganz überwiegende Schrifttum des deutschen Öffentlichen Rechts, vgl. statt vieler *Appel* (Fn. 7), S. 389 f., 569 ff., 574 ff., 596 f.; *ders.*, *KritV* 82 (1999), 278 (300 ff.); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (349 ff.); *ders.*, *JZ* 2016, 641 (647 ff.); *Nettesheim*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, 2022, S. 93 (102 ff., 109 ff., 130 ff.). – Aus strafrechtlicher Sicht *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653 (654 ff.); *ders.*, *ZStW* 129 (2017), 349 ff.; *ders.*, *ZStW* 135 (2023), 904 (919 f.), mit zutreffender Kritik an Ansätzen, die als zusätzlichen Maßstab vage Kriterien wie eine vom Gesetzgeber zu beachtende „Legitimität“ der Strafbewehrung befürworten.

<sup>82</sup> So das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vgl. etwa BVerfGE 120, 224 (241 f.) m.w.N.; ebenso *Appel* (Fn. 7), S. 574 ff.; *ders.*, *KritV* 82 (1999), 278 (300 ff., 305 ff.); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (347, 350, 357, 360 f.).

<sup>83</sup> Vgl. etwa BVerfGE 90, 145 (173); 120, 224 (240 f.); 153, 182 (268 Rn. 224); 156, 63 (116 Rn. 192); *Appel* (Fn. 7), S. 204; *Lagodny* (Fn. 70), S. 138 ff., 173 ff.; zur Notwendigkeit eines solchen Beurteilungsspielraums *Stuckenberg*, *ZStW* 135 (2023), 904 (928 f., 934, 945).

<sup>84</sup> Siehe dazu II. 2. b) cc) und 3.

<sup>85</sup> Insoweit zutreffend *Stratenwerth* (Fn. 79), S. 256 f.; *ders.*, *ZStW* 105 (1993), 679 (693 ff.); *Kim*, *ZStW* 124 (2012), 591 (595 ff.) – Eine andere Frage ist es, ob man angesichts dessen den Rechtsgutsgedanken als argumentativen Topos überhaupt aufgeben sollte. Das erscheint mir nicht sinnvoll. Denn auch bei Verneinung seiner ausschließlichen Maßgeblichkeit be-

Wo es zweifelhaft ist, ob bestimmte Verhaltensweisen diese Bedingungen erfüllen, sollte man sich freilich gegen die Qualifikation als Straftat entscheiden und sich mit milderen und weniger aufwändig realisierbaren Sanktionen begnügen. Das folgt schon daraus, dass bei Eingriffen in Freiheitsrechte, wie sie mit der Strafe verbunden sind, die Erfüllung der legitimierenden Voraussetzungen für den Eingriff feststehen sollte und nicht nur möglich erscheinen darf. Ist es denkbar, dass auch ohne Verbot auszukommen ist oder die Durchsetzung des Verbots auch mit milderen Mitteln (etwa Geldbußen) möglich ist, so ist – zumindest zunächst – allein der Einsatz der milderen Mittel vernünftig.<sup>86</sup> Eine weitere (vor allem das verfassungsrechtliche Postulat der Verhältnismäßigkeit konkretisierende) Leitlinie könnte der Gedanke bilden, dass jedenfalls solche Typen des Unrechts, für deren Ahndung man schon ganz prinzipiell eine freiheitsentziehende Sanktion für unangemessen erachtet, für die also lediglich vermögensrechtliche Folgen in Betracht kommen, aus einem als ultima ratio verstandenen Strafrecht auszuscheiden haben<sup>87</sup> – hier handelt es sich qualitativ regelmäßig um bloße Ordnungswidrigkeiten, um Verwaltungsunrecht oder um Fehlverhaltensweisen, für die nur sonstige Sanktionen unterhalb der Strafe in Betracht kommen sollten.

Zuzugeben ist freilich, dass es sich bei diesen und ähnlichen „weichen Leitlinien“ nur um Anleitungen zu kriminalpolitisch oder straftheoretisch vernünftiger Gesetzgebung handelt. Die Abweichung von ihnen mag eine gesetzliche Entscheidung als nicht überzeugend oder unvernünftig erscheinen lassen – eine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes lässt sich auf sie nicht stützen.<sup>88</sup> Doch macht das die Erarbeitung solcher Leitlinien und die Diskussion über sie nicht sinnlos – auch um (innerhalb des weiten verfassungsrechtlichen Rahmens) vernünftiges Recht sollte man ringen.

nennt der Rechtsgutsgedanke doch für die wissenschaftliche Diskussion, die gute Gesetzgebung vorbereiten und begleiten sollte (nicht dagegen als angebliches verfassungsrechtliches Erfordernis, was er nicht ist), immerhin einen argumentativen Orientierungswert (zutr. Kim, ZStW 124 [2012], 591 [609 ff., 611]) – dies ähnlich wie die als Orientierungswert dienende Vergleichbarkeit einer Norm mit dem „Kernstrafrecht“.

<sup>86</sup> Dazu bereits Frisch, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993, S. 201 (228 f.).

<sup>87</sup> Zur näheren Begründung dieser Leitlinie und zu ihren immanenten Voraussetzungen Frisch, NStZ 2016, 16 (21); siehe auch ders. (Fn. 75 – Wolter/Freund), S. 148 f.; in der Sache ähnlich schon Eb. Schmidt, JZ 1951, 101 (102): Auscheidung von Taten aus dem Bereich des kriminellen Unrechts, die nicht zu Freiheitsstrafe führen können. Beispiele für deshalb (und aus anderen Gründen) aus dem Bereich des Strafrechts auszuscheidende Fehlverhaltensweisen bei Frisch (Fn. 86), S. 223 ff. und Frisch (Fn. 75 – FS Stree/Wessels), S. 95 ff.

<sup>88</sup> Ebenso Stuckenberg, ZStW 135 (2023), 904 (919 f., 945, dort 920 f. und 945 f. auch zu den Möglichkeiten der Strafrechtswissenschaft, kriminalpolitische Argumente einzubringen); Epik, GA 2024, 181 (198).

## 2. Allgemeine Voraussetzungen einer Straftat

Erheblich präzisere Aussagen als zur Extension der Straftaten, also zum Katalog der Straftaten und damit zum sog. Besonderen Teil des Strafrechts und dessen Grenzen, lassen sich vom Ausgangspunkt der Strafe her zu den allgemeinen Voraussetzungen einer Straftat machen. Die Voraussetzungen, die allgemein gegeben sein müssen, damit wir gewisse wichtige Güter gefährdende oder beeinträchtigende Sachverhalte als Straftat (und nicht lediglich als Unglück) bezeichnen dürfen, sind nicht etwa nur das Ergebnis einer Konvention, zu dem Strafrechtler und Gerichte im Laufe der Zeit gekommen sind. Sie entspringen auch nicht allein Zweckmäßigkeitsregeln, nach denen man das Vorliegen einer Straftat prüfen sollte. Die richtig konzipierten Voraussetzungen der Straftat und das System dieser Voraussetzungen geben das an, was notwendig ist, damit sich der Einsatz jener Strafe, die eingangs umschrieben wurde, (sachlogisch und nach Rechtsprinzipien) legitimieren lässt.<sup>89</sup>

### a) Beherrschbares Verhalten, das von einer tatbestandsimmanenten Verhaltensnorm ohne rechtfertigenden Grund tatbestandserfüllend abweicht

Die allererste Voraussetzung einer an der Legitimation der Strafe ausgerichteten Straftat ist aus Gründen der praktischen Vernunft wie der Gerechtigkeit ein Verhalten, das einer (strafbewehrten) Verhaltensnorm zuwiderläuft, die zum Schutz der strafrechtlich geschützten Güter und Interessen besteht. Nur ein solches Verhalten, nicht aber eines, welches der rechtlichen Verhaltensordnung entspricht, kommt überhaupt als Gegenstand des in der Strafe liegenden Tadelns in Betracht.<sup>90</sup> In einem Rechtsstaat mit dem Prinzip der Gesetzesbestimmtheit der Strafe (Art. 103 Abs. 2 GG) muss die Strafe für dieses Verhalten zudem gesetzlich (nämlich in einem Straftatbestand) vorgesehen sein. Die zu bestrafende Person muss dem-

<sup>89</sup> Siehe dazu schon Frisch, Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in ders. (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357 (372 ff.), wieder aufgegriffen durch dens., GA 2015, 65 (78 ff.); ders., GA 2017, 364 (368 ff.); ders., GA 2019, 185 (196 ff.); ders., in: Fahl (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 105 (107 ff.); siehe zu diesem Zusammenhang auch Jakobs (Fn. 28 – Zurechnung), S. 13 ff.; Pawlik, in: Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, 2007, S. 469 (477 f.); ders. (Fn. 3), S. 52 ff.; Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (348 f.).

<sup>90</sup> Zu dieser ersten Voraussetzung der Straftat, die aus Erwägungen zu den notwendigen Voraussetzungen der Legitimation der (tadelnden) Strafe folgt, schon Frisch, Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in: ders. (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357, 373 ff.; ders., GA 2015, 65 (78 ff.); ders., GA 2017, 364 (371 f.); ders., GA 2019, 185 (197 ff.); ders. (Fn. 89 – FS Beulke), S. 108 f.; ders. (Fn. 32), S. 657 ff.; übereinstimmend z.B. Freund/Rostalski (Fn. 40), § 2 Rn. 9 ff. – Dazu, dass das – von der Strafrechtswissenschaft oft kaum zur Kenntnis genommen – dezidiert auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist, vgl. Appel, KritV 82 (1999), 278 (306 ff.).

entsprechend durch ihr Verhalten von einer Verhaltensnorm abgewichen sein, die in dem nach den konkreten Umständen in Betracht kommenden Tatbestand als verletzt vorausgesetzt ist, und sie muss dadurch den Tatbestand, an den das Gesetz die Strafe als Rechtsfolge knüpft, insgesamt erfüllt haben.<sup>91</sup>

In den Verhaltensnormen (wie in den Tatbeständen) sind dabei nur solche Verhaltensweisen gemeint, die beherrschbar sind, also von einer Person vermieden oder erbracht (vorgenommen) werden können. Das folgt schon daraus, dass die Verhaltensnormen, die den Tatbeständen zugrunde liegen und für die Verwirklichung des Straftatbestands als verletzt vorausgesetzt werden, sinnvollerweise auch nur die Vornahme beherrschbaren Verhaltens verbieten oder – umgekehrt – die Vornahme bestimmten beherrschbaren Verhaltens einfordern können.

Außerdem darf das Verhalten aber auch trotz seines (in der Verhaltensnorm und im Tatbestand zum Ausdruck kommenden) negativen Bezugs auf ein strafrechtlich geschütztes Gut nicht – wie zum Beispiel Verhalten aus Notwehr oder aufgrund einer Einwilligung – ausnahmsweise erlaubt sein. Ist das Verhalten erlaubt, entspricht es also dem Recht, so entfällt ebenfalls jedweder Grund für einen Tadel und es wäre ungerecht und widersprüchlich, wegen eines solchen Verhaltens in die Rechte einer Person einzugreifen.

All das hat, wie leicht einsichtig ist, mit dem heute im Strafrecht viel strapazierten Begriff der Zurechnung direkt nichts zu tun.<sup>92</sup> Es geht um nichts weiter als darum, ob das je

in Frage stehende Verhalten einer Person, das ein beherrschbares Verhalten sein muss, von einer Verhaltensnorm abgewichen ist, die dem für ein solches Verhalten in Betracht kommenden Straftatbestand zugrunde liegt, und ob es deswegen zur Verwirklichung des Tatbestands gekommen ist; außerdem darf es für diese Abweichung keinen rechtfertigenden Grund geben.

Der Blick auf die dem Tatbestand zugrunde liegende Verhaltensnorm und die Frage danach, ob von dieser abgewichen worden ist und darauf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale beruht, sind vor allem (freilich nicht nur) für die forensisch wichtigen Erfolgsdelikte bedeutsam. Bei diesen genügt die tatbestandlich geforderte Kausalität eines beherrschbaren Verhaltens für den eingetretenen tatbestandlichen Erfolg zur vollständigen Tatbestandserfüllung nämlich nicht, vielmehr muss der Handelnde auch, damit sein Verhalten rechtswidrig ist, gegen eine sein Verhalten (wegen des diesem anhaftenden rechtlich inakzeptablen Risikos) verbietende Verhaltensnorm verstoßen haben, und gerade darauf muss der Erfolgseintritt auch beruhen, also zurückführbar sein (so dass er bei Einhaltung der Norm vermieden worden wäre).<sup>93</sup> Wer an dieser Stelle nach der Zurechnung des Erfolgs fragt, verdeckt diese präzisen normentheoretischen Erfordernisse (und Zusammenhänge) durch einen vagen Begriff und vordergründige Formeln, die die eigentlichen normativen Zusammenhänge nicht sichtbar machen. Selbst wenn man damit zu richtigen Ergebnissen gelangen kann, ist das für eine Theorie, die diesen Namen verdient, nicht ausreichend – dies umso weniger, als die Betrachtung aus der Perspektive der Zurechnung auch dort ganz versagt, wo ein Erfolg gar nicht eingetreten ist, sich also die Frage der Zurechnung des Erfolgs überhaupt nicht stellt, aber an einem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm nicht zu zweifeln ist und dies für die Frage einer adäquaten Beurteilung des Versuchs (natürlich) bedeutsam ist.<sup>94</sup>

#### *b) Vermeidbarkeit des von der strafbewehrten Verhaltensordnung abweichenden Verhaltens als Erfordernis der Legitimation staatlichen Strafens*

Freilich kann es für die Bestrafung nicht genügen, dass eine Person durch ihr Verhalten von der strafbewehrten Verhaltensordnung abgewichen ist. Eine solche Abweichung bedeutet nur, dass eine Person sich unrechtmäßig verhalten, also dass sie Unrecht verwirklicht hat.<sup>95</sup> So können sich auch ein geistes-

<sup>91</sup> Die Betonung dessen, dass die Person von einer Verhaltensnorm abgewichen sein muss, als Mindestvoraussetzung einer Straftat, ist nur im Sinne einer *systematischen* Aussage zu verstehen. Sie bedeutet nicht, dass bei einer *rechtspraktischen* Prüfung als allererstes und ohne Orientierung an den Tatbeständen das Vorliegen eines Verstoßes gegen eine (strafrechtlich bewehrte) Verhaltensnorm geprüft werden müsste. Da das Verhalten, wenn es strafbar sein soll, doch jedenfalls einen der geschriebenen Tatbestände des Gesetzes erfüllen muss (Art. 103 Abs. 2 GG), erscheint es rechtspraktisch natürlich empfehlenswert, von den geschriebenen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Tatbestandes auszugehen und zunächst nach deren Erfüllung zu fragen und sich erst dann mit der Frage zu befassen, ob die Erfüllung des geschriebenen Tatbestands auch auf der Verletzung einer dem Tatbestand zugrunde liegenden Verhaltensnorm beruht. Dies umso mehr, als Letzteres bei vielen Tatbeständen, deren geschriebene Merkmale erfüllt sind, in der Regel der Fall sein wird; doch kann es vor allem bei den Erfolgsdelikten auch anders sein. Siehe dazu noch den letzten Absatz dieses Abschnitts.

<sup>92</sup> Allenfalls das Erfordernis der Beherrschbarkeit des Verhaltens, also in herkömmlicher Terminologie: das Erfordernis einer Handlung, könnte man mit der Zurechnung in Zusammenhang bringen: Zurechnung eines Verhaltens fordere dessen Beherrschbarkeit. Doch ist das auch ohne Zurechnung jederzeit begründbar, weil nicht beherrschbares Verhalten schon aus dem sinnvollen Regelungsbereich der Verhaltensnormen herausfällt – es also schon an einer Abweichung von

der Verhaltensnorm (oder jedenfalls einer Verletzung derselben) fehlt.

<sup>93</sup> Zu diesem Erfordernis als Voraussetzung dafür, dass der eingetretene Erfolg ein Unrechtserfolg ist, aus normentheoretischer Sicht näher *Frisch*, GA 2018, 553 (570); *ders.*, JZ 2022, 971 (978 f.).

<sup>94</sup> Dazu näher *Frisch*, GA 2018, 553 (562 ff.); *ders.*, JZ 2022, 971 (974 ff.).

<sup>95</sup> Und auch das nur, wenn man unrechtes Verhalten im Sinne einer bloßen *Abweichung* von der Verhaltensrechtsordnung versteht. Anders, wenn man dafür einen *Verstoß* gegen diese, d.h. eine *Missachtung* dieser Verhaltensordnung fordert und das als für spezifisch *strafrechtliches* Unrecht maßgeblich erachtet. Auf die Vorzugswürdigkeit der einen oder anderen

kranker Täter oder ein Kind verhalten haben, die wir trotzdem nicht bestrafen. Wir bestrafen sie deshalb nicht, weil die tadelnde Strafe ihnen gegenüber ungerecht wäre. Legitimierbar ist diese nur gegenüber Personen, die von der strafbewehrten Verhaltensordnung nicht nur *abgewichen* sind, sondern dies hätten *vermeiden* können, also auch fähig (das heißt in der Lage) waren, deren Erwartungen zu erfüllen; nur bei ihnen kann die Abweichung von der Verhaltensnorm auch als *Missachtung* der Verhaltensordnung angesehen werden, welche die in der Strafe liegende tadelnde Missbilligung (und den mit der Strafe verbundenen Rechtseingriff) rechtfertigt.<sup>96</sup>

Sachlich setzt das, genau besehen, mehreres voraus: Die durch ihr Verhalten von der Verhaltensnorm abweichende Person muss über bestimmte Kenntnisse in Bezug auf ihr Verhalten verfügen – nämlich solche, die es ihr ermöglichen, die Normwidrigkeit ihres Verhaltens zu erkennen. Und sie muss zudem bestimmte Fähigkeiten besitzen – nämlich erstens die Fähigkeit, auf der Grundlage dieser Kenntnisse auch die Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu erkennen, und zweitens die Fähigkeit, dieser Einsicht durch das vom Recht erwartete Handeln (ein Unterlassen oder die Vornahme einer rechtlich erwarteten Handlung) nachzukommen.

#### aa) Zum Erfordernis der Kenntnis

Die zur Vermeidung des von der Norm abweichenden Verhaltens notwendige Kenntnis ist am ehesten gegeben, wenn die handelnde Person ihr Handeln nicht nur in tatsächlicher Hinsicht zutreffend erfasst hat, sondern sich auch der Sozialschädlichkeit des Verhaltens bewusst ist – dieses also in jener negativen Bedeutung erfasst hat, derentwegen das Recht solches Verhalten verbietet.<sup>97</sup> Hier muss nur noch die personale Fähigkeit hinzukommen, auch die deswegen erfolgte *rechtliche* Missbilligung des Verhaltens zu erkennen und dieser durch ein Abstecken von der Tat Rechnung zu tragen (dazu unten bb).

Doch können auch dahinter zurückbleibende tatsächliche Kenntnisse für eine tadelnde Missbilligung des Verhaltens ausreichen. Von einer Rechtsperson wird in einer sozialen Gemeinschaft auch erwartet, sie werde dafür Sorge tragen, dass es durch ihr Verhalten nicht zu vermeidbaren Beeinträchtigungen fremder Rechtsgüter und Rechtssphären kommt. Ein rechtlicher Tadel lässt sich dementsprechend auch darauf gründen, dass die Person bei Wahrnehmung dieser von ihr erwarteten Sorge die Sozialschädlichkeit ihres Verhaltens erkannt hätte und (bei Vorhandensein der anschließend unter

bb) behandelten Fähigkeiten) ihr verhaltensnormwidriges und tatbestandserfüllendes Verhalten damit hätte vermeiden können.<sup>98</sup> Eine andere Frage ist, ob dieses Zurückbleiben hinter der erwartbaren Sorge bei allen vermeidbaren Rechtsgutsbeeinträchtigungen eine Strafe mit ihrem gravierenden Rechtseingriff rechtfertigt oder zur Folge haben soll – hier sind in einem die Strafe vernünftigerweise sparsam einsetzenden Gemeinwesen durchaus Differenzierungen denkbar und sinnvoll.

Dass der Täter sein Verhalten in tatsächlicher Hinsicht und in seiner (für das Recht relevanten) Bedeutung zutreffend erfasst hat oder doch zumindest hätte erfassen können, ist freilich nur eine notwendige, keine hinreichende Voraussetzung für die Legitimation eines (durch einen Rechtseingriff verstärkten) rechtlichen Tadels wegen seines Verhaltens. Dafür bedarf es vielmehr zusätzlich bestimmter Fähigkeiten.

#### bb) Zum Erfordernis bestimmter Fähigkeiten

Der Täter muss auch erkannt haben oder doch jedenfalls – bei Wahrnehmung der ihm zumutbaren Sorge um die *rechtliche* Unbedenklichkeit seines Verhaltens<sup>99</sup> – haben erkennen können, dass sein Verhalten von der staatlichen Rechtsordnung missbilligt wird (also verboten und nicht ausnahmsweise erlaubt ist). Und er muss fähig gewesen sein, dieser Einsicht zu folgen und sich zu rechtlich richtigem Verhalten zu entschließen – also sein verbotenes Handeln zu unterlassen oder dem rechtlichen Gebot nachzukommen.

Von beiden Fähigkeiten gehen wir als normalerweise gegeben aus, wenn eine Person ein bestimmtes Alter erreicht und damit einen Prozess der Norminternalisierung und der persönlichen Reifung durchlaufen hat. Doch kann es schon an der Unrechtseinsichtsfähigkeit fehlen, wenn dies nicht der Fall ist (wie bei Kindern) oder der Prozess der Norminternalisierung lückenhaft erfolgt ist und dem Handelnden die für eine richtige rechtliche Beurteilung notwendigen Wertungsgrundlagen fehlen;<sup>100</sup> desgleichen, wenn Personen aus einem bestimmten Kulturkreis plötzlich mit den Anforderungen

Auffassung kann in diesem begrenzten Beitrag naheliegenderweise nicht mehr näher eingegangen werden.

<sup>96</sup> Näher *Frisch*, GA 2015, 65 (79, 83); *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 108 ff.; in der Sache übereinstimmend *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 34, 43 f.; *ders.* (Fn. 28 – Zurechnung), S. 22, 59 ff.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 203 ff.; *Kubiciel* (Fn. 2), S. 137, 160; *Pawlik* (Fn. 8), S. 87; *ders.* (Fn. 3), S. 259 ff., 266 f.

<sup>97</sup> In der Terminologie der herrschenden Meinung: wenn die Person Vorsatz im Sinne der Bedeutungskennntnis (Parallelwertung) hat; siehe dazu *Frisch*, Strafrecht, 2022, § 3 Rn. 40 ff.

<sup>98</sup> Zu der dann in Bezug auf das Verhalten und eine etwaige Gutsverletzung gegebenen Fahrlässigkeit grundlegend *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, S. 266 ff.; aus neuerer Zeit klärend insbes. *Burkhardt*, in: *Wolter/Freund* (Fn. 18), S. 99, 114 ff.; *ders.* (Fn. 62), S. 444 ff., 469 ff., 487 ff.

<sup>99</sup> Dazu näher *Frisch*, GA 2017, 699 (706 ff.) m.w.N. zur Diskussion; dort auch zu der Frage, ob es für die Wahrnehmung dieser Sorge eines besonderen Anlasses bedarf.

<sup>100</sup> Fälle dieser Art werden (bei habituell unrechtseinsichtsfähigen Personen) wegen des dann regelmäßig vorliegenden Irrtums des Handelnden über die Rechtswidrigkeit seines Handelns nach den Regeln des Verbotsirrtums behandelt und führen nach diesen Regeln bei Unvermeidbarkeit zum Ausschluss der Strafbarkeit – sei es wegen fehlender Schuld, sei es wegen Fehlens einer Missachtung der Norm. In der Sache handelt es sich um einen Spezialfall fehlender Unrechtseinsichtsfähigkeit und damit fehlender Normbefolgungsfähigkeit.

einer anderen Rechtsordnung konfrontiert sind.<sup>101</sup> Auch psychische Erkrankungen oder Bewusstseinsstörungen können dem Handelnden schon die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht oder doch die Fähigkeit nehmen, der richtig gewonnenen Einsicht durch rechtlich richtiges Verhalten zu entsprechen. Inwieweit das der Fall ist, hängt entscheidend auch von erfahrungswissenschaftlichen Einsichten ab und hat sich – wie diese – im Laufe der Zeit gewandelt.

Die genannten Fähigkeiten werden heute üblicherweise unter dem Begriff der *Schuldfähigkeit* zusammengefasst, früher sprach man häufig von *Zurechnungsfähigkeit*. Beide Bezeichnungen entspringen einem mehr gegenständlichen Verständnis der Straftat: diese verstanden als ein unwertiges äußeres Geschehen, an dem der Täter Schuld trägt oder welches ihm (als Straftat) zugerechnet werden soll. Sieht man in der Straftat nicht nur das, sondern – aus normrelevanter Sicht – eine Infragestellung oder Missachtung der Norm, der im Wege der Strafe als (durch einen Rechtseingriff verstärkten) Tadel zur Erhaltung und Bestätigung der Normgeltung entgegengetreten werden muss (oben II. 2.), so geht es vor allem um die Fähigkeit des Täters, der Norm zu folgen (*Normbefolgungsfähigkeit*). Fehlt es an dieser – sei es wegen der fehlenden Fähigkeit des Handelnden, den Unrechtscharakter seines Verhaltens zu erfassen, sei es wegen des Fehlens der Fähigkeit, dieser Einsicht bei der Verhaltenseinrichtung zu folgen – so kommt der Abweichung von der Norm auch nicht die Bedeutung einer Missachtung der Norm zu, derentwegen der Handelnde zu tadeln ist, und es fehlt damit an einer Straftat.

Gleich, ob man die genannten Fähigkeiten als Schuldfähigkeit, Zurechnungs- oder Normbefolgungsfähigkeit bezeichnet, werden diese Fähigkeiten im normativen Kontext des Strafrechts (und des Rechts überhaupt) nicht als naturwissenschaftlich bewiesene und beweisbare Fakten verstanden und behauptet.<sup>102</sup> Es geht vielmehr um Fähigkeiten, die sich die Mitglieder einer sozialen Gemeinschaft für ein geordnetes Zusammenleben – durchaus erfahrungsfundiert, wenngleich nicht naturwissenschaftlich beweisbar – aus Vernunftgründen wechselseitig zuschreiben, wenn Personen ein bestimmtes Alter erreicht und damit üblicherweise einen bestimmten Reifungsprozess durchlaufen haben und wenn nicht bestimmte (diese Fähigkeiten erfahrungsfundiert aufhebende) Ausnahmesachverhalte (zum Beispiel bestimmte Krankheiten, Bewusstseinsstörungen) vorliegen. Das Strafrecht baut damit

auf Befunde auf, die unserem gesamten Sozialleben zugrunde liegen, gewissermaßen Tatsachen des sozialen Lebens sind, und von denen in einem auf Akzeptanz angewiesenen Strafrecht abzuweichen kaum vernünftig wäre.<sup>103</sup>

### c) *Erforderlichkeit des strafenden Tadels*

Das Vorliegen einer durch Normbefolgung vermeidbaren (insoweit schuldhaften) Abweichung von der strafbewehrten Verhaltensordnung (und damit die Infragestellung ihrer Geltung) kann unter Umständen schon genügen, um eine Bestrafung des entsprechenden Verhaltens zu legitimieren – dann nämlich, wenn bei Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen bereits eine dritte Voraussetzung der Legitimation der Strafe erfüllt ist: die Erforderlichkeit, auf das Verhalten zur Erhaltung der Normgeltung mit Strafe zu reagieren.<sup>104</sup> Das ist bei Verhaltensweisen, die mit Gefahren für besonders hochrangige Güter verbunden sind, durchaus denkbar. Oft ist die Erforderlichkeit, auf das schuldhaft rechtswidrige Verhalten mit der massiven Reaktion der tadelnden Strafe zu antworten, freilich an zusätzliche, den Unrechts- oder Schuldgehalt des Verhaltens erhöhende objektive oder/und subjektive Voraussetzungen gebunden – wie daran, dass das Verhalten zu einem bestimmten Erfolg geführt oder der Täter vorsätzlich gehandelt hat.<sup>105</sup> Diese zusätzlichen Anforderungen sind zugleich die Leitbegriffe von Subsystemen, wie z.B. der Erfolgsdelikte, der Vorsatzdelikte oder der vorsätzlichen Erfolgsdelikte, in denen es um die Konkretisierung der für diese Subsysteme spezifischen Voraussetzungen der Straftat geht.<sup>106</sup> Auch die verschiedenen Formen der Teilnahme bilden solche Subsysteme, wobei das Bestimmende hier der Verstoß gegen die den jeweiligen Teilnahmeformen zugrunde liegenden besonderen Verhaltensnormen ist.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> Auch diese Fälle werden bei gegebener habitueller Unrechtseinsichtsfähigkeit nach den Regeln des Verbotsirrtums (Fn. 100) behandelt.

<sup>102</sup> Wie dies einige Neurowissenschaftler bei ihrer Kritik an einem Strafrecht, das auf die Fähigkeit des Einzelnen aufbaut, statt seines rechtswidrigen Handelns rechtlich richtig zu handeln, offenbar annehmen. Dazu, dass, hiervon abgesehen, auch von einem gelungenen Nachweis der naturwissenschaftlichen Unhaltbarkeit solcher Fähigkeiten nicht die Rede sein kann, vielmehr insoweit nach wie vor eine Situation des non liquet vorliegt, *Frisch*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 187 (192 f., 201 ff.).

<sup>103</sup> Dazu im Einzelnen *Frisch* (Fn. 102), S. 203 ff., 210 ff., dort auch weitere umfassende Nachweise zur Diskussion; zur Begründetheit ihrer Einordnung als Tatsachen näher *Burkhardt*, *ZfStw* 5/2025, 533 (538, 547 f., 551).

<sup>104</sup> Zu diesem im herkömmlichen systematischen Aufbau der Straftat fast durchweg übersehenen weiteren Grundelement der Straftat, das heute schon aus verfassungsrechtlichen Gründen unverzichtbar ist, näher *Frisch*, GA 2015, 65 (84 f.); *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 105 (111 ff.); *ders.*, GA 2019, 185 (202 ff.); siehe dazu auch schon *Frisch*, Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in: *Frisch* (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357 (379 ff.).

<sup>105</sup> Zu derartigen zusätzlichen Straftatmerkmalen, die die Funktion von Schwellenwerten der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit haben, näher *Frisch*, GA 2017, 364 (372 ff.).

<sup>106</sup> Siehe dazu für die Erfolgsdelikte näher *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, passim; für die Vorsatzdelikte *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, passim.

<sup>107</sup> Zu den insoweit maßgebenden Verhaltensnormen näher *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 26 ff., 46 ff., 65 ff., 71 ff. und 79 ff. mit Formulierungen der Verhaltensnormen für Alleintäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe (dort zu Rn. 63 auch weitere Nachweise);

Freilich sind unter der allgemeinen Straftatvoraussetzung der Erforderlichkeit der Strafe zur Erhaltung der Normgeltung nicht nur positiv zu erfüllende Voraussetzungen versammelt. Es gibt auch Sachverhalte, die trotz einer schuldhaften (vermeidbaren) Verletzung der strafbewehrten Verhaltensordnung eine der Erhaltung der Normgeltung dienende Strafe entbehrlich erscheinen lassen – insbesondere deshalb, weil von der Tat auch bei fehlender Ahndung keine nennenswerte Gefahr für die faktische Geltung (und Anerkennung) der verletzten Norm ausgeht.<sup>108</sup> Typische Beispiele dafür sind der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, der durch die Rückkehr des Täters zur Legalität die mit der versuchten Tat verbundene Infragestellung der Normgeltung gewissermaßen selbst neutralisiert, und gewisse Ausnahmesituationen wie die Entschuldigungsgründe, bei denen ein Verzicht auf die Bestrafung der ohnehin geringen Schuld nicht mit der Gefahr von Fehlurteilen in Bezug auf die Geltung der verletzten Norm in Normalfällen verbunden ist.<sup>109</sup>

#### d) Allgemeine Voraussetzungen der Straftat und Subsysteme der Straftat

Was ich soeben skizziert habe, sind die Kerninhalte eines allgemeinen Straftatbegriffs und einer allgemeinen Verbrechenslehre, die dezidiert aus dem Gedanken der Legitimation der Strafe als Tadel und Übel und den dafür notwendigen Legitimationsvoraussetzungen entwickelt sind. Eine so konzipierte funktionale und legitimationsbezogene Verbrechenslehre sieht in manchem doch etwas anders aus als die noch ganz aus dem Positivismus und Naturalismus entwickelte Verbrechenslehre,<sup>110</sup> an der im Laufe des 20. Jahrhunderts nur immer wieder neue Notreparaturen vorgenommen worden sind.<sup>111</sup>

Auch die noch ganz dem naturalistischen Denken entstammende weitgehende Gleichsetzung der allgemeinen Verbrechenselemente mit der Lehre des vorsätzlichen Erfolgsdelikts ist letztlich eine Fehlkonstruktion, die nicht hinreichend zwischen den allgemeinen Straftatvoraussetzungen

(die z.T. auch bereits instrumental auf die Strafe bezogen sind) und den Voraussetzungen der Subsysteme (dazu oben c) trennt. Manche Probleme der Subsysteme wie z.B. die Erfolgszurechnung haben dadurch einen Stellenwert erhalten, der ihnen im Gesamtsystem überhaupt nicht zukommt. Die unzureichende Erfassung der Erforderlichkeit der Strafe als einer unverzichtbaren Straftatkatégorie in der Verbrechenslehre eines instrumentalsten Staates<sup>112</sup> wiederum hat zu gravierenden Verformungen des Schuldbegriffs geführt (wie z.B. der generalpräventiven Aufladung des Schuldlements).<sup>113</sup> Kurz: Die allgemeine Verbrechenslehre, die vielen als das stolze Flaggschiff moderner Strafrechtsdogmatik erscheint, müsste in mancherlei Hinsicht umgeschrieben werden.

#### 3. Zur Theorie der Strafzumessung

Noch weit mehr Anstrengungen sind in Bezug auf das theoretische Fundament im Bereich einer anderen praktisch hochbedeutsamen Materie des materiellen Strafrechts gefordert: dem Sanktionenrecht, insbesondere der Strafzumessung.

##### a) Zur Entwicklung und zum aktuellen Stand der Theorie der Strafzumessung

Zwar wird das Recht der Strafzumessung in Deutschland nicht mehr einfach der Praxis überlassen, wie es in den ersten Jahrzehnten des deutschen Strafgesetzbuchs von 1871 der Fall war und wie dies in manchen Staaten noch heute den Zustand der Strafzumessung kennzeichnet. Die deutsche strafrechtliche Dogmatik hat im Laufe des 20. Jahrhunderts in verdienstvoller Weise die Rechtsprechung der Strafgerichte und die literarische Diskussion zur Strafzumessung analysiert und durch deren Systematisierung für eine gewisse – zumindest äußere – Ordnung gesorgt.<sup>114</sup> Zu einer Reihe von Einzelfragen sind auch wichtige weitere Untersuchungen erschienen, die die Strafzumessungsdogmatik für ihren Teilbereich sehr gefördert haben.<sup>115</sup> Wiederholt war die Strafzumessung

<sup>112</sup> Siehe dazu schon oben 2. c) m.w.N.

<sup>113</sup> Dagegen u.a. Frisch, GA 2017, 364 (373 f.); ders. (Fn. 32), S. 676 ff., 691 ff.; mit Recht kritisch zu dieser präventiven Aufladung des Schuldbegriffs auch Kim, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987, S. 81, 85 ff., 91 ff., 97 ff.

<sup>114</sup> Besonders hervorzuheben sind insoweit die Arbeiten von Bruns; grundlegend Bruns, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1967 und ders., Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1974, sowie ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985; für Österreich Pallin, Die Strafzumessung in rechtlicher Hinsicht, 1982; zu diesen Werken Frisch, ZStW 99 (1987), 349 ff. und 751 ff.; danach insbesondere Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990; später Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, inzwischen in 7. Aufl. 2023.

<sup>115</sup> Für die Zeit unmittelbar nach dem Erscheinen des umfangreichen Werkes von Bruns sind insoweit zunächst die Monografien von Zipf, Die Strafmaßrevision, 1969 und Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971 zu nennen; für die Zeit danach insbesondere Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984 und Hart-

eingehend Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 221 ff., 238 ff. und Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 29 f., 149 f. und passim.

<sup>108</sup> Dazu näher Frisch, GA 2017, 364 (374 ff.).

<sup>109</sup> Einzelheiten dazu bei Frisch, GA 2015, 65 (84 f.); ders., GA 2017, 364 (374 f., 380 f.); ders., GA 2019, 185 (203 f.); ders. (Fn. 89 – FS Beulke), S. 105 (112 f.); ders. (Fn. 32), S. 689 ff., 695.

<sup>110</sup> Als Inbegriff dieser Sicht des Verbrechens gilt das v. Liszt-Beling'sche System; vgl. dazu vor allem v. Liszt, Deutsches Reichsstrafrecht, 1881, S. 65 ff.; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 5 ff.; ders., Grundzüge des Strafrechts, 1899 und zuletzt 11. Aufl. 1930, S. 12 ff.

<sup>111</sup> Wie etwa die Einsicht in den normativen Charakter vieler Tatbestandsmerkmale, die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente, die Ersetzung oder Ergänzung der naturalistischen Kausalität durch eine normative Zurechnung, die Materialisierung der Begriffe der Rechtswidrigkeit und der Schuld usw.



zudem Gegenstand von Tagungen – des Deutschen Juristentags und von (auch internationalen) wissenschaftlichen Tagungen.<sup>116</sup>

Ebenso unübersehbar sind jedoch die Defizite der Theorie zur Strafzumessung: Dieser fehlt nicht nur vielfach die Vernetzung mit bestimmten Grundinhalten der Theorie der Strafe und mit Inhalten der allgemeinen Verbrechenslehre – was zu Fehlansätzen, Fehlintuitionen und irreführenden, weil letztlich unnötigen Diskussionen geführt hat. Zu wichtigen, vielleicht sogar den wichtigsten Teilfeldern der Strafzumessung – nämlich zur Frage der komparativen und quantitativen Umsetzung der vorangehenden qualitativen Erwägungen – fehlt es auch heute noch an praktisch verwertbaren theoretischen Aussagen fast völlig. Skizzenhaft:

Das Grundverständnis der herrschenden Theorie zur Strafzumessung basierte lange Zeit auf der Annahme, dass es in der Strafzumessung nach dem Abschluss der Schuldfrage und dem Schuldspruch um etwas ganz anderes als in der Dogmatik der Verbrechenslehre gehe.<sup>117</sup> Im Zentrum einer solchen eigenständigen Strafzumessungslehre stehe – so dieses Grundverständnis – die als erstes zu beantwortende Frage, an welchem Zweck der Strafe sich der Richter bei der Strafzumessung zu orientieren habe – der Vergeltung, dem Schuldgleich, der Resozialisierung oder der Generalprävention (um nur die wichtigsten Zwecke zu nennen). Neben der um die Beantwortung dieser Frage bemühten Lehre von den sog. finalen Strafzumessungsgründen war lange Zeit das zweite zentrale und intensiver behandelte Themenfeld die Frage danach, welche Umstände im Lichte dieser Zwecke für die Strafzumessung von Bedeutung seien (sog. reale Strafzumessungsgründe). Ein drittes Interesse galt der Frage, wie die finalen mit den realen Strafzumessungsgründen so verknüpft werden können, dass man zu einer konkreten Strafgröße gelangt (so die Lehre von den sog. logischen Strafzumessungsgründen). Eine solche Strafzumessungslehre baut in mehrfacher Hinsicht auf Fehlintuitionen auf.

Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992; aus neuerer Zeit exemplarisch Hörnle (Fn. 39); Maurer, Komparative Strafzumessung, 2005; Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014; Stahl, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2014; Grosse-Wilde, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017.

<sup>116</sup> Vgl. etwa die Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentags in Leipzig 2018 mit den Gutachten C von Kaspar (Bd. I, 2019) und den Referaten von Fünfsinn, Kilian und Mosbacher (Bd. II/2, M 7–65) und die von Hoven und Weigend veranstaltete Tagung im Juni 2023, deren Ergebnisse in dem Sammelband Hoven/Weigend (Hrsg.), Auf dem Weg zu rationaler und konsistenter Strafzumessung, 2024, festgehalten sind.

<sup>117</sup> Vgl. dazu und zum Nachfolgenden vor allem die klassischen theoretischen Standardwerke von Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 23 ff., 191 ff.; Bruns (Fn. 114 – Strafzumessungsrecht 1974), S. 52 ff., 196 ff., 357 ff., 613 ff.; ders. Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 81 ff., 144 ff., 243 ff.; ders., GA 1988, 339 (347 ff.).

## b) Fehlintuitionen und Defizite der gegenwärtigen Theorie der Strafzumessung

aa) Verfehlt ist zunächst schon die Erweckung des Eindrucks, der Richter habe nach dem Schuldspruch die Frage zu beantworten, welcher Zweck bei der nunmehr zu bestimmenden Strafe zu verfolgen sei, er habe also insoweit als erstes eine Art Wahl zu treffen.<sup>118</sup>

Nach dem gesetzlichen Programm hat der Richter im Anschluss an die Feststellung, dass die Voraussetzungen einer Straftat erfüllt sind, zur Bestätigung der Geltung der verletzten Norm (oben II. 2.) eine Strafe zu verhängen, die aus einem System von Strafrahmen zu entnehmen ist, welche ganz offensichtlich nach der Bedeutung der Taten für die durch sie verletzte Rechtsordnung gestaffelt sind. Entsprechend dem Aufbau und der Grundidee dieses Rahmensystems hat er damit innerhalb des für den konkreten Fall maßgeblichen Strafrahmens eine Strafgröße zu bestimmen, die der Bedeutung der Tat für die durch sie verletzte Norm entspricht. Der Richter hat sich also zu überlegen, wo die abzuurteilende Tat im Verhältnis zu anderen Taten, die dieselbe Norm verletzen, einzuordnen ist, und danach aus dem Rahmen der für solche Taten gesetzlich vorgesehenen ansteigenden Strafgrößen eine der Bedeutung der Tat entsprechende Strafe unter Berücksichtigung der bisherigen Strafpraxis zu bestimmen.<sup>119</sup>

Führen diese Überlegungen wegen des Gewichts der Tat zu einer höheren Strafe (etwa zu Freiheitsstrafe erheblich über einem Jahr und mehr), so stellt sich die Frage nach dem zu verfolgenden Strafzweck für die Strafzumessung im Grunde gar nicht – denn eine solche an der Bedeutung der Tat orientierte und damit dem Ausmaß des Unrechts und der Schuld entsprechende Strafe befriedigt nicht nur in ausreichendem Maße die generalpräventiven Bedürfnisse, sondern ermöglicht auch regelmäßig eine etwa erforderliche Resozialisierung. Führen die entsprechenden Überlegungen dagegen wegen des nicht allzu großen Gewichts der Tat nur zu einer nicht allzu hohen Strafe aus dem unteren Bereich des Strafrahmens (Geldstrafe oder kurze Freiheitsstrafe von nicht wesentlich über sechs Monaten oder weniger), so entspricht eine solche Strafe regelmäßig den Bedürfnissen des Schuldgleichs und der Generalprävention<sup>120</sup> und es kann allenfalls sein, dass die Strafe die Resozialisierung des Täters nicht ermöglicht. Doch stellt sich auch in diesem Fall die

<sup>118</sup> Dazu und zum Folgenden kritisch schon Frisch (Fn. 41), S. 67 f.

<sup>119</sup> Dazu schon mit eingehender Darstellung der (damaligen) Diskussion Frisch (Fn. 115), S. 161 ff.; ders. (Fn. 68), S. 159 ff., 162 ff.; ders., Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 3, 17 ff.; Hörnle (Fn. 39), S. 361 ff.

<sup>120</sup> Dem Schuldgleich ohnehin, wenn die Strafe sich am Maß des verschuldeten Unrechts orientiert; den Bedürfnissen zulässiger Generalprävention ebenfalls, wenn man diese – wie die wohl herrschende Meinung – am besten als durch die schuldgerechte Strafe gewahrt erachtet (vgl. etwa statt vieler Müller-Dietz [Fn. 24], S. 823, 825 f.; weitere Nachweise dazu bei Frisch [Fn. 21], S. 248 f.).

Frage nach dem für die Zumessung der Strafe richtigen Strafzweck in Wahrheit nicht, weil die Verhängung einer deutlich höheren Strafe, die die Resozialisierung ermöglichte, hier angesichts der geringen Bedeutung der Tat gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstieße.<sup>121</sup>

bb) Ebenfalls einer Fehlintuition entspringt die Annahme, dass es bei der Bestimmung der realen Umstände der Strafzumessung um etwas ganz anderes als in der Verbrechenslehre gehe. In Wahrheit handelt es sich hier in erster Linie darum, Überlegungen aus dem Bereich der Straftheorie und der Verbrechenslehre unter dem Aspekt des Mehr oder Weniger fortzusetzen.<sup>122</sup> Bedeutsam sind nunmehr vor allem die Umstände, die die relative Bedeutung der Tat, also das Ausmaß des Unrechts und der Schuld (Vermeidbarkeit der Tat), bestimmen; die bisher unter dem Aspekt des Ob von Unrecht und Schuld angestellten Überlegungen werden nunmehr also in den Bereich des Komparativen und Quantitativen verlagert.<sup>123</sup>

Richtig ist freilich, dass sich darin der Kreis der für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände nicht erschöpft. Auch Umstände, die nichts mit dem Unrecht und der Schuld des Täters in Bezug auf die Tat zu tun haben, wie z.B. das Nachtatverhalten, eine etwaige Wiedergutmachung und der lange Zeitablauf nach der Tat können für die Bestimmung der angemessenen Strafe von Bedeutung sein.<sup>124</sup> Denn auch solche Umstände können doch jedenfalls das Ausmaß der *erforderlichen* Strafe beeinflussen, sind nämlich geeignet, die ohne diese Umstände verwirkte (volle) Strafe unter bestimmten Voraussetzungen zu reduzieren.<sup>125</sup> Doch kann auch das nur

dann als Besonderheit der Strafzumessung erscheinen, wenn man (wie die traditionelle Verbrechenslehre) zuvor den Stoff der Verbrechenslehre defizitär bestimmt und dort übersehen hat, dass es auch schon in der Verbrechenslehre – über Unrecht und Schuld hinaus – um Sachverhalte geht, die trotz vorhandenen Unrechts und vorhandener Schuld lediglich die Erforderlichkeit der Strafe ausschließen (oben 2. c) a.E.).<sup>126</sup>

cc) Auch im Bereich des dritten Teilfelds der herkömmlichen Strafzumessungslehre, die als Verknüpfung der realen Umstände mit den Strafzwecken bezeichnet wird und den Übergang von den Umständen der Strafzumessung zu der am Ende ausgesprochenen Strafe beschreiben soll, ist einiges dringend besser auszuarbeiten. Auf die Frage, wie man von den realen für die Strafzumessung bedeutsamen Umständen eines konkreten Falles zu einer dem Gewicht oder der Bedeutung der Tat entsprechenden Strafe gelangen kann, erfährt man gegenwärtig nicht allzu viel Erhellendes.

Das Gesetz fordert insoweit in § 46 Abs. 2 S. 1 StGB zur Abwägung der für die Strafzumessung relevanten Umstände auf – aber wie eine bloße Abwägung von Umständen ohne weitere Hilfen zu einer konkreten Strafgröße führen soll, bleibt das Geheimnis des Gesetzgebers. Die Theorie hat versucht, zur Beantwortung dieser Frage Stufenmodelle mit Bandbreiten an Strafgrößen für z.B. leichte, mittelschwere, schwere oder ganz schwere Fälle zu entwickeln,<sup>127</sup> aber deren Umsetzbarkeit ist aus mehreren Gründen fragwürdig.<sup>128</sup> Erst recht gilt das für die Versuche, das richtige Strafmaß über mathematische Berechnungen zu ermitteln.<sup>129</sup> Letztlich bleibt damit dem an dieser Stelle vom Gesetz und von der Theorie verlassenen Richter nur der Rückgriff auf die von der Theorie gerne gescholtene Strafzumessungstradition, deren Erfassung

<sup>121</sup> Denn damit die Strafe die Chance einer Resozialisierung böte, müsste sie in der Regel mindestens ein bis zwei Jahre betragen, was eindeutig unverhältnismäßig wäre (am besten sichtbar daran, dass bei Taten solch geringen Gewichts ein rein spezialpräventiv legitimierbarer Eingriff – etwa eine Maßregel – auch nach dem Gesetz nicht in Betracht kommt).

<sup>122</sup> Eingehend dazu *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 1 (13 ff.); *ders.* (Fn. 28), S. 253 ff.; *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 113 f.; eindrucksvoll weitergeführt und ausdifferenziert von *Stahl* (Fn. 115), insbesondere S. 98 ff., 238 ff.

<sup>123</sup> Dazu schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (385 ff.); *ders.*, GA 1989, 338 (355 ff.); *ders.* (Fn. 122), S. 13 ff., 28 ff.; weitergeführt und ausdifferenziert von *Maurer* (Fn. 115), insbesondere S. 94 ff., 180 ff.

<sup>124</sup> Die von der Rechtsprechung zum Zweck der Einbeziehung solcher Umstände in den Kreis der strafzumessungsrelevanten Umstände lange Zeit verwendeten „Indizkonstruktionen“ (mit der Frage: Ist der entsprechende Umstand ein *Indiz* für höhere oder geringere *Tatschuld*? Siehe dazu die eingehende Darstellung bei *Bruns* [Fn. 114 – Strafzumessungsrecht 1974], S. 565 ff., 575 ff. m.w.N.) überzeugen nicht und können heute aus theoretischer Sicht als gescheitert angesehen werden, siehe dazu schon *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (776 ff.); eingehend dazu *Stahl* (Fn. 115), S. 169 ff., 197 f., 198 ff., 209 f., 220.

<sup>125</sup> Dazu näher erstmals *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (776 ff., 780 ff.); weitergeführt bei *Frisch* (Fn. 122), S. 15 ff.; ein-

gehend dazu die monografische Untersuchung von *Stahl* (Fn. 115), insbesondere S. 137 ff., 156 ff., 165 ff., 238 ff.

<sup>126</sup> Ich habe auf die insoweit vorliegenden Defizite der traditionellen Straftatdogmatik erstmals in meiner Mannheimer Antrittsvorlesung 1977, abgedruckt in: *Frisch* (Fn. 62 – Notwendigkeit), S. 357 (379 ff.), hingewiesen; danach in *Frisch* (Fn. 122), S. 18 f.; *ders.*, GA 2015, 65 (84 f.); *ders.*, GA 2019, 185 (202 ff.); *ders.* (Fn. 89 – FS Beulke), S. 111 ff.

<sup>127</sup> Vgl. etwa als besonders prominentes Beispiel das Stufenmodell von *Bruns*, dargestellt bei *Bruns* (Fn. 114 – Strafzumessungsrecht 1974), S. 46 ff. und bei *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 1985, S. 243 ff.; Überblick über derartige Stufenmodelle bei *Maurer* (Fn. 115), S. 190 ff.; krit. Analyse bei *Frisch*, in: Haverkamp u.a. (Hrsg.), Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht – Exploring the World of Crime and Criminology, Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag, 2021, S. 619 (626 f.).

<sup>128</sup> Ansätze einer insoweit kritischen Betrachtung schon bei *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (782 ff., 795 ff.); weitergeführt von *dems.*, GA 1989, 338 (345 ff.); *dems.* (Fn. 122), S. 24 ff.; dort (GA 1989, 338 [372 ff.]) und bei *Frisch* (Fn. 122), S. 28 ff. und 32 ff. auch Alternativvorschläge für eine adäquatere Strukturierung der Strafzumessung.

<sup>129</sup> Siehe dazu mit Nachweisen der einschlägigen Versuche *Frisch* (Fn. 127), S. 624 f.

durch Datenbänke eine gewisse Option für die Zukunft der Strafzumessung bilden könnte,<sup>130</sup> und – auf sein Gefühl.

Der Akribie einer hochentwickelten allgemeinen Verbrechenslehre und einer mittlerweile fast ebenso intensiv ausselektierten Dogmatik zur Relevanz einiger Strafzumessungsumstände<sup>131</sup> folgt damit dort, wo die Tiefe des Eingriffs in die Rechte des schuldig Gesprochenen – also das für diesen Bedeutsamste – zur Diskussion steht und eigentlich möglichst einheitlich zu urteilen und nachvollziehbar zu begründen wäre, weitgehend ein auf theoretischem Desinteresse beruhendes Vakuum.<sup>132</sup> Zumindest was den Beitrag der Theorie zu diesem Teil der Strafzumessung anlangt, gilt daher auch heute noch weitgehend *Franz v. Liszts* berühmter Satz – sie ist „ein Griff ins Dunkle“.<sup>133</sup>

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Der vorstehende Überblick hat nicht nur gezeigt, dass das Interesse der Theorie an den einzelnen Teilfeldern des materiellen Strafrechts und dementsprechend deren theoretische Fundierung sehr unterschiedlich ist: Partien, die theoretisch hoch im Kurs stehen, wie insbesondere Teile der allgemeinen Verbrechenslehre, stehen solche gegenüber, die in der Wissenschaft nur wenig Beachtung finden – wie vor allem die Strafzumessung. Der Blick auf die einzelnen Teilfelder des materiellen Strafrechts und die insoweit zu findenden Ausarbeitungen hat überdies deutlich gemacht, dass diesen gegenwärtig der einheitsstiftende Gesamtrahmen fehlt.

Die Lehre von den allgemeinen Voraussetzungen der Straftat ist, soweit sie überhaupt straftheoretisch fundiert entworfen worden ist, auf der Grundlage einer Straftheorie (nämlich der Schuld-Vergeltungstheorie) entstanden, die längst problematisch geworden ist. Sie ist am Begriff einer bedeutungshaltigen Strafe und deren grundsätzlichen Zweck (oben II. 1. und II. 2.) daraufhin zu überprüfen, ob sie die Legitimationsvoraussetzungen einer solchen Strafe adäquat abbildet und, soweit dies nicht der Fall ist, neu auszurichten (oben insbes. III. 2. a) und c).

Dass dies nicht längst geschehen ist, hat mit Defiziten der Straftheorie zu tun: Der Bedeutungsgehalt der Strafe als Tadel, aus dem sich für deren Einsatz allgemeine Straftatvoraussetzungen ergeben, stand lange Zeit im Schatten des Merkmals des „Übels“; eine kleinteilig geführte Diskussion über traditionelle Strafzwecke der Strafverhängung hat zugleich den Blick auf den übergeordneten allgemeinen Zweck der Strafe

(Aufrechterhaltung der besonderen Wirksamkeit einer strafbewehrten Verhaltensnorm, oben II. 2. b) verstellt, aus dem sich ebenfalls Straftatansforderungen in Gestalt der Erforderlichkeit der Strafe (zur Normstabilisierung) ergeben (oben III. 2. c). Völlig übersehen worden ist in der Theorie der Strafe aber vor allem, dass die Strafe nicht nur einer Legitimation durch heillos umstrittene vorverfassungsrechtliche (insbesondere „philosophische“) Erwägungen, sondern einer expliziten verfassungsrechtlichen Legitimation bedarf. Wenn diese geleistet ist, können die vorverfassungsrechtlichen Legitimationsversuche „in die zweite Reihe treten“ und sinken zu bloßen möglichen Sinngebungen des verfassungsrechtlich Legitimierten herab.

Die Nichterfassung dieser Zusammenhänge und des zentralen Zwecks der Strafe hat auch in der Theorie der Strafzumessung zu Fehlintonationen geführt, nämlich dort eine erneute Strafzweckdiskussion aufleben lassen (oben III. 3. b), für die kein Raum ist, wenn man sich am zentralen Strafzweck und einer sinnvollen und auch dem positiven Recht entsprechenden Methode der Verwirklichung dieses Zwecks orientiert (oben III. 3. b). Den Schlüssel für eine adäquate Bestimmung der allgemeinen Voraussetzungen der Straftat wie für eine anschlussfähige Theorie der Strafzumessung bildet nach allem die zutreffende Erfassung des Wesens und des grundsätzlichen (übergeordneten) Zwecks der Strafe (oben II. 2.).

Freilich öffnet dieser Schlüssel nicht die Tür zur Lösung aller offenen Fragen. Auf die Frage, ob es für die Qualifikation eines Verhaltens als Straftat nur darauf ankommt, dass diese Einstufung den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatliche Rechtseingriffe genügt oder ob die Tat dafür auch weitere Erfordernisse erfüllen, etwa die Beeinträchtigung oder Gefährdung eines Rechtsguts darstellen muss (oben III. 1.), gibt die Rückbesinnung auf Wesen und Zweck der Strafe keine Antwort. Denn so selbstverständlich es ist, dass der Einsatz eines bedeutungshaltigen Strafübels zum Zweck der Normstabilisierung die verfassungsrechtlichen Anforderungen an staatliche Zwangseingriffe erfüllen muss – so wenig versteht es sich von selbst, dass dieser Maßstab in einem Verfassungsstaat für staatliche Zwangseingriffe in Gestalt der Strafe nicht genügen soll, insoweit vielmehr zusätzliche Anforderungen zu erfüllen seien. Das gilt umso mehr, als solche zusätzlichen Anforderungen an wirksame Strafgesetze erhebliche Spannungen zu anderen Entscheidungen der Verfassung wie der Maßgeblichkeit der Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers schaffen könnten.<sup>134</sup> Ausgeräumt ist die Gefahr derartiger Spannungen nur, wenn es bei den teilweise aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen gar nicht um Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Verbindlichkeit der strafbewehrten Norm, sondern um anderes geht – wie insbesondere die kriminalpolitische Vernünftigkeit eines Strafgesetzes. Dass die Strafrechtswissenschaft aufgerufen ist, zu diesen Fragen – beratend – Stellung zu nehmen und gegebenenfalls Empfehlungen auszuspre-

<sup>130</sup> Siehe dazu das Gutachten von *Kaspar* auf dem 72. DJT (Fn. 116) sowie die Referate von *Kaspar* und *Hoven*, in: *Hoven/Weigend* (Fn. 116), S. 217 ff. und 229 ff.

<sup>131</sup> Beispielhaft dafür die weit ausgreifende, grundlagenorientierte und differenziert ausgearbeitete Untersuchung von *Grosse-Wilde*, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017.

<sup>132</sup> Dazu aus jüngster Zeit nochmals *Frisch* (Fn. 127), S. 623 ff. mit Vorschlägen zur Behebung dieses Vakuums S. 630 ff. und 635 ff.; *ders.*, *Criminal Law Forum* 2017, 437 (446 ff. mit Vorschlägen 454 ff. und insbesondere 465 ff.).

<sup>133</sup> *v. Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 1, 1905, S. 290 (393).

<sup>134</sup> Siehe dazu die in diese Richtung gehende kritische Anfrage von *Gärditz* (Fn. 64), S. 39 ff. an die Strafrechtswissenschaft; auch schon *Stuckenberg*, *GA* 2011, 633 (638 ff.).

chen,<sup>135</sup> dürften wohl auch Vertreter des öffentlichen Rechts nicht infrage stellen wollen. Die Strafrechtswissenschaft sollte sich hier deshalb zur Beseitigung von Missverständnissen deutlicher erklären, worum es bei den von ihr zum Teil zusätzlich aufgestellten Erfordernissen oder zu erfüllenden Erwartungen genau geht (und aus normentheoretischer Sicht allein gehen kann).

---

<sup>135</sup> In diesem Sinn mit Beispielen auch *Stuckenberg*, ZStW 135 (2023), 904 (921, 945 f.).

---