

# **DAS DEUTSCHE STRAFRECHT**

**in seinen Grundzügen**

Von

**Dr. Hans Welzel**

**Professor in Göttingen**



Berlin 1947

**Walter de Gruyter & Co.**

**VORMALS G. J. GÖSCHEN'SCHE VERLAGSHANDLUNG — J. GUTTENTAG, VERLAGS-  
BUCHHANDLUNG — GEORG REIMER — KARL J. TRÜBNER — VEIT & COMP.**

Der erste Teil des Buches ist zugleich die 4. erweiterte Auflage von:  
„Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen“

**WELZEL / DAS DEUTSCHE STRAFRECHT**



# Inhaltsverzeichnis

Wichtige Abkürzungen . . . . .	Seite VIII
--------------------------------	---------------

## EINLEITUNG: DAS STRAFRECHT

§ 1. Sinn und Aufgabe des Strafrechts . . . . .	1
§ 2. Überblick über die Geschichte des deutschen Strafrechts . . . . .	7
§ 3. Quellen und Schrifttum des Strafrechts . . . . .	10
§ 4. Der Begriff des Strafrechts . . . . .	11
§ 5. Strafrecht und Strafgesetz . . . . .	13
§ 6. Der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts . . . . .	16

## ALLGEMEINER TEIL

### Erstes Buch: Die strafbare Handlung und ihr Täter

§ 7. Aufgabe und Grundlagen der allgemeinen Lehren des Strafrechts . . .	19
--	----

#### Erster Teil: Der Aufbau des Verbrechens und das Wesen des Täters.

##### *Einleitung: Die Handlungslehre.*

§ 8. Der Handlungsbegriff . . . . .	21
§ 9. Das Kausalproblem im Strafrecht . . . . .	25

##### *Erstes Kapitel: Das vorsätzliche Verbrechen.*

###### Erster Abschnitt: Das Unrecht und sein Täter.

###### a) Unrecht und Tatbestand.

§ 10. Das Wesen des Unrechts . . . . .	29
§ 11. Die Tatbestandsmäßigkeit des Unrechts . . . . .	33
§ 12. Der objektive Unrechtstatbestand . . . . .	37
§ 13. Der subjektive Unrechtstatbestand . . . . .	38
§ 14. Die rechtfertigenden Ausnahmetatbestände (Die Rechtfertigungsgründe)	45

###### b) Der Täter des Unrechts.

§ 15. Die Täterschaft . . . . .	56
§ 16. Die Teilnahme . . . . .	64
§ 17. Der Täter als kriminologischer Typ . . . . .	71

###### Zweiter Abschnitt: Die Schuld.

§ 18. Persönlichkeit und Schuld . . . . .	73
§ 19. Die strafrechtliche Schuld im einzelnen . . . . .	76

##### *Zweites Kapitel: Die fahrlässige Straftat.*

§ 20. Die fahrlässige Straftat . . . . .	82
--	----

## VI

	<b>Zweiter Teil: Die Formen der Verbrechensbegehung.</b>	<b>Seite</b>
§ 21.	Die Formen der Verbrechensbegehung, insbesondere die Unterlassung	86
	<b>Dritter Teil: Die Stufen der Verbrechensverwirklichung. Der Versuch.</b>	
§ 22.	Die Stufen der Verbrechensverwirklichung, insbesondere der Versuch	91
§ 23.	Der Rücktritt vom Versuch	98
	<b>Vierter Teil: Verbrechenseinheit und -mehrheit.</b>	
§ 24.	Die Handlungseinheit und die Einheit strafbarer Lebensführung	100
§ 25.	Zusammentreffen mehrerer Verbrechenstatbestände in einer Handlung (die Idealkonkurrenz)	106
§ 26.	Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (die Realkonkurrenz)	109
	<b>Zweites Buch: Die Strafen und die sichernden Maßregeln</b>	
§ 27.	Vom Wesen der Strafe und der sichernden Maßregeln	110
§ 28.	Das Strafsystem	116
§ 29.	Die Strafbemessung	118
§ 30.	Die Maßregeln der Sicherung und Besserung	125
§ 31.	Strafe, Zuchtmittel und Erziehungsmaßregeln des Jugendstrafrechts	129

## BESONDERER TEIL

### DIE EINZELNEN VERBRECHEN

§ 32.	Einleitung: Systematik des besonderen Teils	133
-------	---	-----

#### Erstes Buch: Verbrechen gegen die Persönlichkeit

§ 33.	Die Tötungsverbrechen	135
§ 34.	Die Körperverletzung	138
§ 35.	Gefährdung von Leib und Leben	139
§ 36.	Die Abtreibung	141
§ 37.	Die Beleidigung	143
§ 38.	Straftaten gegen die persönliche Freiheit	147
§ 39.	Der Hausfriedensbruch	150
§ 40.	Verletzung fremder Privatgeheimnisse	152

#### Zweites Buch: Die Vermögensverbrechen

##### Erster Abschnitt: Die Eigentumsverbrechen.

§ 41.	Der Diebstahl	154
§ 42.	Besondere Formen des Diebstahls und diebstahlsähnliche Fälle	158
§ 43.	Die Unterschlagung	163
§ 44.	Der Raub	164
§ 45.	Die Sachbeschädigung	165

## Zweiter Abschnitt:

## Straftaten gegen Aneignungs- und Forderungsrechte.

§ 46. Jagd- und Fischereiverbrechen . . . . .	166
§ 47. Straftaten gegen Forderungsrechte . . . . .	167

## Dritter Abschnitt: Verbrechen gegen das gesamte Vermögen.

§ 48. Der Betrug . . . . .	169
§ 49. Die Erpressung . . . . .	175
§ 50. Die Untreue . . . . .	177
§ 51. Strafbare Vermögensgefährdung und Ausbeutung . . . . .	179
§ 52. Sachliche (unechte) Begünstigung und Hehlerei . . . . .	181

## Drittes Buch: Verbrechen gegen das Gemeinschaftsleben

## Erster Abschnitt:

## Verbrechen gegen die sittlichen Grundlagen des sozialen Lebens.

§ 53. Straftaten gegen Personenstand, Ehe und Familie . . . . .	185
§ 54. Straftaten der Sexualsphäre (Sittlichkeitsdelikte) . . . . .	190
§ 55. Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe . . . . .	201
§ 56. Tierquälerei . . . . .	203

## Zweiter Abschnitt: Urkunden- und Geldverbrechen.

§ 57. Systematischer Überblick über die Urkundendelikte; der Urkundenbegriff . . . . .	204
§ 58. Die Urkundenfälschung . . . . .	208
§ 59. Die übrigen Urkundendelikte (Falschbeurkundung, Urkundenunterdrückung, Mißbrauch von Ausweispapieren, Grenzverrückung) . . . . .	212
§ 60. Straftaten gegen das Münzwesen sowie an Stempel- und Postwertzeichen . . . . .	215

## Dritter Abschnitt: Strafbare Störungen des Gemeinschaftslebens

§ 61. Gemeingefährliche Straftaten . . . . .	216
§ 62. Verletzung elementarer Verkehrsrücksichten und sozialer Pflichten . . . . .	223

## Viertes Buch: Verbrechen gegen den Staat

§ 63. Hoch- und Landesverrat . . . . .	227
§ 64. Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten . . . . .	227
§ 65. Straftaten gegen den Volkswillen . . . . .	227
§ 66. Auflehnung gegen die Staatsgewalt . . . . .	228
§ 67. Störungen des Volksfriedens . . . . .	234
§ 68. Strafbare Eingriffe in die Staatsverwaltung . . . . .	236
§ 69. Straftaten gegen die Rechtspflege . . . . .	239
§ 70. Fortsetzung: Falsche Beweisaussage . . . . .	244
§ 71. Die Amtsverbrechen . . . . .	249
Gesetzesregister . . . . .	261
Sachverzeichnis . . . . .	266

### Wichtige Abkürzungen

Binding I, II	= Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1902—1906.
Binding, Hdb.	= Binding, Handbuch, des Strafrechts 1885.
DJ.	= Deutsche Justiz.
DR.	= Deutsches Recht.
DRZ.	= Deutsche Rechtszeitschrift.
DStR.	= Deutsches Strafrecht.
Dohna, Aufbau	= Graf zu Dohna: Der Aufbau der Verbrechenlehre. 2. Aufl. 1941.
Frank	= Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.
Frank.-Festg.	= Festgabe für R. Frank. 1930.
Gerland	= Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Aufl. 1932.
Goldd. Arch.	= Goldammers Archiv für Strafrecht.
GS.	= Gerichtssaal.
Hafter I, II	= Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I (1937), II (1947).
Hann. Rpfl.	= Hannoversche Rechtspflege.
Hippel	= v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts. 1932.
Hippel I, II	= v. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I. 1926. Bd. II. 1930.
HR.	= Höchstrichterliche Rechtsprechung; Ergänzungsblatt z. DJ.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
KG.	= Kammergericht.
Kohlrausch	= Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch. 38. Aufl. 1944.
LK.	= Das Reichsstrafgesetzbuch. Erläutert von Ebermayer-Lobe-Rosenberg. 4. Aufl. 1929. (Leipziger Kommentar); 6. Aufl. 1944 (hsgg. v. Nagler) (bis § 151).
Leipz. Z.	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Liszt-Sch.	= v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 26. Aufl. 1932. Der Besondere Teil zitiert nach der 25. Aufl. 1927.
Mayer	= Hellmuth Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes. 1936.
Mezger, Lb.	= E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1933.
MonKrimBi.	= Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform.
MonSchdR.	= Monatschrift für deutsches Recht.
Olshausen	= J. v. Olshausens Kommentar zum StGB. 11. Aufl. 1927; 12. Aufl. (bis § 246) 1942.
Probleme	= Probleme der Strafrechterneuerung (E. Kohlrausch zum 70. Geburtstag). 1944.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RG.Rspr.	= Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Schönke	= Schönke, Strafgesetzbuch. 1944.
SJZ.	= Süddeutsche Juristen-Zeitung.
Weber, Gr.	= H. v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts. 1946.
Zak	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
Z.	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Die Bedeutung weiterer Abkürzungen ergibt sich aus dem Schrifttumsverzeichnis Seite 11.



# **EINLEITUNG**

## **Das Strafrecht**

### **§ 1. Sinn und Aufgabe des Strafrechts**

**Das Strafrecht ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Arten der verbrecherischen Handlungen festlegt und an sie Strafe oder sichernde Maßnahmen knüpft.**

**Aufgabe der Strafrechtswissenschaft ist es, den Inhalt dieser Rechtsregeln in ihrem inneren Zusammenhang, also systematisch zu entwickeln und zu deuten. Als systematische Wissenschaft legt sie den Grund zu einer gleichmäßigen und gerechten Rechtspflege, da nur die Einsicht in die inneren Zusammenhänge des Rechts die Rechtsanwendung über Zufall und Willkür hinaushebt. Nicht nur darum, weil sie der Rechtspflege dient, ist die Strafrechtswissenschaft eine „praktische“ Wissenschaft, sondern auch in einem tieferen Sinne darum, weil sie eine Theorie vom rechten und unrechten menschlichen Handeln ist, so daß ihre letzten Wurzeln bis zu den Grundbegriffen der praktischen Philosophie reichen.**

#### **I. Die sozialetische Funktion des Strafrechts**

**Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.**

**Jede menschliche Handlung, im Guten wie im Schlechten, unterliegt zwei verschiedenen Wertaspekten. Sie kann einmal nach dem Erfolg bewertet werden, den sie herbeiführt (Erfolgs- oder Sachverhaltenswert), zweitens aber auch unabhängig vom Erreichen des Erfolges schon nach dem Sinn der Tätigkeit als solcher (Aktwert).**

**Beispiel: Einer der elementarsten menschlichen Werte ist die Arbeit. Ihr Wert kann einmal vom sachlichen Ergebnis — dem Werk — her, das sie hervorbringt (Erfolgs- oder Sachverhaltenswert der Arbeit), gesehen werden. Aber schon unabhängig davon, ob ihr das Werk gelingt oder nicht, ist die Arbeit ein Wert im menschlichen Dasein. Das Tätigsein als solches bringt Erfüllung in das menschliche Leben, allerdings nur als sinnvolle Tätigkeit, d. h. als eine auf ein positives Werk gerichtete Tätigkeit; aber dieser Sinn bleibt ihr auch dann erhalten, wenn das Werk nicht erreicht wird (Aktwert der Arbeit). Das Gleiche gilt im Negativen: Der Unwert der Handlung kann darin gesehen werden, daß der Erfolg, den sie hervorbringt, mißbilligenswert ist (Erfolgsunwert der Handlung). Aber auch schon unabhängig vom Erreichen des Erfolges ist eine Handlung, die auf einen zu miß-**

billigenden Erfolg abzielt, mißbilligenswert (Aktunwert der Handlung, z. B. der Griff des Taschendiebes in die leere Tasche).

Beide Wertarten sind für das Strafrecht von Bedeutung. Das Strafrecht will zunächst bestimmte Lebensgüter der Gemeinschaft (Sachverhaltenswerte) schützen, wie z. B. den Bestand des Staates, das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum usf. (sog. Rechtsgüter), indem es ihre Verletzung (den Erfolgswert) mit Rechtsfolgen belegt. Diesen Rechtsgüterschutz erreicht es dadurch, daß es die auf Rechtsgüterverletzung abzielenden Handlungen verbietet und bestraft: also Verhinderung der Sachverhalts- oder Erfolgswerte durch Pönalisierung der Aktunwerte. Dadurch sicherte es die Geltung der positiven soziaethischen Aktwerte: wie z. B. der Achtung vor fremdem Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usf.

Die eingangs aufgestellte These, daß Aufgabe des Strafrechts sei, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen, präzisiert sich also dahin: Aufgabe des Strafrechts ist Rechtsgüterschutz durch Sicherung der Achtung der Rechtsgüter abzielenden Aktwerte oder kürzer ausgedrückt: Rechtsgüterschutz durch Schutz der elementaren soziaethischen Handlungswerte.

Während sich die Erkenntnis, daß Aufgabe des Strafrechts der Rechtsgüterschutz ist, allgemein durchgesetzt hat, ist dies bezüglich der soziaethischen Seite des Strafrechts nur ungenügend der Fall. Dies wirkt sich in einer Überbetonung der Erfolgsseite und einer damit unvermeidlichen Utilitarisierung des Strafrechts aus. Recht oder Unrecht einer Handlung bestimmen sich, nach dieser Auffassung, nach dem Grade ihrer Sozialnützlichkeit oder Sozialschädlichkeit. Das hat nicht nur eine starke Utilitarisierung, sondern auch eine starke Aktualisierung der Wertbeurteilung zur Folge: Der aktuelle Nutzen oder Schaden des Handlungserfolges bestimmen den Wert der Handlung. Dabei wird übersehen, daß es dem Strafrecht weniger auf das aktuelle positive Ergebnis der Handlung, als auf die bleibende positive Handlungstendenz der Rechtsgenossen ankommen muß. Die Achtung vor den Rechtsgütern (also die Geltung der Aktwerte) zu sichern ist wichtiger, als im aktuellen Einzelfall ein positives Ergebnis zu erreichen.

So steht hinter dem Tötungsverbot primär der Gedanke, die Achtung vor dem Leben anderer zu sichern, also der Schutz eines Aktwertes, und gerade darum ist Mörder auch der, der ein sozial wertloses Menschenleben, wie einen zum Tode verurteilten Verbrecher, eigenmächtig tötet. Der Gedanke einer erlaubten Lynchjustiz oder gar der Privatrache wegen mangelnden aktuellen Sozialschadens der Handlung wäre ebenso unerträglich wie gefährlich. Nur dann kann die Sicherheit aller ausreichend gewährleistet werden, wenn unabhängig vom aktuellen Werte des Einzelens die Achtung vor fremdem Leben sichergestellt wird. Der Aktwert ist relativ unabhängig vom Sachverhaltenswert (Rechtsgut). Nur über die Sicherung der elementaren soziaethischen Handlungswerte ist ein wirklich dauerhafter und durchgreifender Schutz der Rechtsgüter zu erreichen.

So ergibt sich:

### 1. Aufgabe des Strafrechts ist Rechtsgüterschutz.

Rechtsgut ist ein Lebensgut der Allgemeinheit oder des Einzelnen, das wegen seiner sozialen Bedeutung rechtlich geschützt wird. Dem Substrat nach kann es in verschiedenster Art auftreten: als psychophysisches oder als ideell-geistiges Objekt (jenes z. B. das Leben— dieses die Ehre) oder als realer Zustand (z. B. der Hausfrieden) oder als Lebensbeziehung (z. B. Ehe oder Verwandtschaft) oder als Rechtsverhältnis (z. B. Eigentum, Jagdrecht), ja sogar als Verhalten eines Dritten

(z. B. die Pflichttreue des Beamten, geschützt vor Bestechung). Rechtsgut ist also jeder erwünschte soziale Zustand, den das Recht vor Verletzungen sichern will. Die Summe der Rechtsgüter bildet nicht einen atomisierten Haufen, sondern die soziale Ordnung, und darum ist die Bedeutung eines Rechtsgutes nicht isoliert für sich allein, sondern nur im Zusammenhang mit der gesamten sozialen Ordnung abzuschätzen.

Diesen Rechtsgütern bietet das Strafrecht Schutz vor möglichen Verletzungen, allerdings nicht absolut, denn jedes Rechtsgut muß im sozialen Leben eingesetzt und damit bis zu einem gewissen Grade gefährdet werden (erinnert sei nur an den beträchtlichen Grad der erlaubten Lebensgefährdung im modernen Verkehr!). Rechtsgüterschutz gewährt das Strafrecht nur gegen bestimmtgeartete Angriffe.

2. Aufgabe des Strafrechts ist Rechtsgüterschutz durch Schutz der elementaren soziaethischen Handlungswerte.

Den Rechtsgüterschutz bewirkt das Strafrecht dadurch, daß es bestimmtgeartete Handlungen verbietet oder gebietet. Hinter seinen Verboten oder Geboten stehen elementare soziaethische Pflichten (Aktwerte), deren Geltung es dadurch sichert, daß es ihre Verletzung mit Strafe bedroht. Dadurch allein erzielt es einerseits einen wirklich durchgreifenden und dauerhaften Güterschutz und beschränkt ihn andererseits auf die soziaethisch verwerflichen Angriffsformen.

Inhaltlich lassen sich diese elementaren soziaethischen Pflichten in dem Gebote: *neminem laede* zusammenfassen, entsprechend der überwiegenden Verbotsnatur des Strafrechts: „Du sollst nicht...töten, rauben, betrügen“ usf., wie auch die wenigen positiven Handlungsgebote sich auf elementare Pflichten beschränken (etwa die Fürsorgepflicht der Eltern gegenüber den Kindern und dgl.).

So gering soziaethisch die Werthöhe dieser Pflichten ist, so schwerwiegend ist ihre Verletzung, gemäß dem Grundsatz, daß je geringer die Werthöhe einer Pflicht ist, desto schwerer ihre Verletzung wiegt (und umgekehrt). Mag auch die Achtung vor fremdem Leben soziaethisch selbstverständlich sein, so gehört doch ihre Verletzung, der Mord oder Totschlag, zu den schwersten Verbrechen. Die vom Strafrecht erfaßten und unter Strafschutz gestellten soziaethischen Pflichten sind elementar in dem doppelten Sinne, daß ihre Erfüllung von geringer Werthöhe, ihre Verletzung aber besonders schwerwiegend ist.

In dieser Beschränkung auf die elementaren Pflichten erfüllt das Strafrecht, um des Rechtsgüterschutzes willen, eine bedeutungsvolle, sittenbildende Funktion. Gewiß ist das Strafrecht nur ein Faktor unter den zahllosen, die sittliche Anschauungswelt einer Zeit prägenden Kräften, aber unter ihnen ein solcher von tiefgreifender Bedeutung. Indem es die unverbrüchliche Geltung der elementaren soziaethischen Pflichten durch Verfemung und Bestrafung ihrer Verletzung vor aller Augen stellt, formt und festigt es wirkungsstark das sittliche Urteil und die rechtliche Gesinnung der Rechtsgenossen. Die Sicherheit des soziaethischen Urteils des Einzelnen hängt wesentlich von der Sicherheit ab, mit der der Staat seine Werturteile ausspricht und durchsetzt, wobei sich diese Sicherheit des staatlichen Urteils allerdings nicht so sehr in der Strenge als vielmehr in der Gewißheit der Strafe, also in der Verfolgungsintensität ausspricht. Und wo durch eine ihrer selbst unsichere Strafrechtspflege die Geltung der elementaren Sozialpflichten ins Wanken gerät, beschränkt sich die Erschütterung nicht auf die elementaren sozial-

ethischen Pflichten, sondern ergreift die ganze ethische Wertwelt. Hierin besteht die Tiefenwirkung des Strafrechts: so sehr sich seine Normen auf die elementaren sozialetischen Pflichten beschränken, so legt es doch den Grund für den Bestand der gesamten sittlichen Wertwelt einer Zeit.

So weist das Strafrecht über sich hinaus und bettet sich in die Gesamtkultur seiner Zeit ein. Aber es erreicht diese Wirkung nur durch weise Beschränkung seiner Mittel. Eine Vielbestraferei würde seine Waffe stumpf machen. Es muß sich auf die Bestrafung von Verletzungen der elementaren sozialetischen Pflichten beschränken: insofern hat es einen „fragmentarischen Charakter“ (Binding, H. Mayer). Vor allem aber darf der Staat die schweren Eingriffe in Leben, Freiheit und Ehre der Person, die die Strafe (und die präventive Freiheitsentziehung) enthält, nur innerhalb des Strafrechts als Rechtsfolge des Verbrechens verwenden (Grundsatz der Exklusivität der spezifischen Strafmittel). Sobald er sie (oder gleichschwere Eingriffe) für außerstrafrechtliche Zwecke benutzt, etwa zur Erreichung organisatorischer oder wirtschaftlicher Ziele oder gar zur Bekämpfung politischer Gesinnungen, erschüttert er die sittenbildende Kraft der Strafnormen und drängt das Strafrecht auf den Weg zu einer reinen Abschreckungsmaßnahme. Wo Strafvorschriften fast alle Lebensbetätigungen einzwängen, wo selbst Akte der Existenzverteidigung strafbar werden können, da leidet im Übermaß des Strafens das Strafrecht Not.

## II. Die präventive Funktion des Strafrechts

1. Die geschilderte sozialetische Funktion des Strafrechts trifft vornehmlich solche, die überhaupt sozialetischer Bindung fähig sind. Das ist gewiß die Masse der Rechtsgenossen, die vornehmlich durch die beiden grundlegenden sozialen Bindungen: Beruf und Familie am positiven Aufbau des Gemeinschaftslebens teilhat. Diesen Rechtsgenossen gegenüber funktioniert das Strafrecht primär dadurch, daß es die Sicherheit und Stetigkeit ihres sozialetischen Urteils gewährleistet und damit in ihnen den Grund zu einer sittlichen Anschauungswelt legt, und erst sekundär dadurch, daß es gegen den Rechtsbruch im Einzelfall mit Strafe einschreitet. Die Kriminalität dieser großen Masse der Bevölkerung ist die aus einer außergewöhnlichen oder einer verlockenden Situation erwachsende Konflikts- und Gelegenheitskriminalität, die ihrerseits ebenfalls die Masse der tatsächlichen Kriminalität ausmacht. Nach dieser gesunden, das Gemeinschaftsleben tragenden Bevölkerungsschicht ist das Strafrecht einzurichten: durch klare Herausarbeitung des spezifischen deliktischen Unwerts der verbotenen Handlung in Tatbeständen, die durch feste Grenzen dem Einzelnen die erforderliche Bewegungsfreiheit im Sozialleben geben, und durch eine nach dem Maße der Schuld angemessene vergeltende Strafe (weiter durch einen Strafprozeß, der dem Angeklagten ausreichende eigene Verteidigungsrechte gibt).

2. Daneben gibt es jedoch eine andersartige Kriminalität von Menschen, denen die Bindungsfähigkeit an sozialetische Normen im weiten Umfange abgeht.

a) Die wichtigste Gruppe umfaßt die sog. Zustandsverbrecher i. e. S. Bei der Erforschung der tatsächlichen Kriminalität fällt immer wieder der tiefgehende Unterschied zwischen Gelegenheitstätern, die — an sich fest in den sozialen Bindungen wurzelnd — gelegentlich einer lockenden Versuchung oder einer außer-

gewöhnlichen Konfliktslage erliegen, und den Zustandsverbrechern auf, die unabhängig vom Wechsel der äußeren Verhältnisse immer wieder Verbrechen begehen, bei denen das Verbrechen also in ihrer Persönlichkeit wurzelt.

Deutlich zeigt es die Statistik (Exner, Kriminalbiologie S. 210): Während Konjunkturschwankungen die Kriminalität der (bisher) Unbestraften stark beeinflussen, ändern sie die Kriminalität der vielfach Vorbestraften nur geringfügig.

Verurteilte Diebe auf je 100 000 der strafmündigen Bevölkerung:

	Unbestrafte	Mehr als 4 mal Vorbestrafte
Inflation 1922—1924	413	36,3
Aufschwung 1927—1929	100	25,4

In Herkunft, Charakter und Lebensbedingungen unterscheiden sich die Zustandsverbrecher deutlich von der übrigen Bevölkerung, der die Gelegenheitstäter voll zugehören. Sie stammen auffällig stark aus Familien, die mit schweren charakterlichen Abartigkeiten (Psychopathien) oder mit Kriminalität belastet sind, deren Erziehungsverhältnisse dementsprechend schlecht sind. Sie sind selbst zu einem hohen Prozentsatz charakterlich schwer abartig, meist hilflos oder gemütsarm. Schlechte Schulerfolge, vorzeitiger Abbruch der Lehre, bloße Gelegenheitsarbeit der meisten von ihnen zeugen von ihrer Unfähigkeit zu ernster Arbeit und zum Beruf. Statt Bindung an bleibende Werte, die dem Menschen durch Beruf und Familie vermittelt werden, beherrschen lebensbehauptende Nahziele ihr Wollen. Diese tiefverwurzelte weitgehende Bindungslosigkeit führt sie über einen meist frühzeitigen Kriminalitätsbeginn zu einem asozialen Dasein mit einer Kette von Straftaten. Zu diesen Zustandsverbrechern gehören einerseits die Gruppe der Asozialen i. e. S.: der Bettler, Landstreicher, Arbeitsscheuen, Dirnen mit einer meist leichten Kriminalität andererseits die Gruppe der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher mit erheblicher Kriminalität.

Ihrer Herkunft nach rekrutieren sie sich vornehmlich aus den Nachkommen der Bettler, Gauner und Landstreicher, der „Jauner“ und „Jänischen“ früherer Jahrhunderte, weiter aus den haltschwachen Menschen, die der modernen großstädtischen Freiheit nicht gewachsen sind, während noch ihre Eltern und Großeltern in den patriarchalischen Abhängigkeitsverhältnissen der Grundherrschaften und kleinbürgerlichen Gewerbe ein sozial brauchbares Leben führten — stammt doch die überwiegende Zahl der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher aus der Großstadt —; zu ihnen stoßen durch Verwahrlosung und Entgleisung immerfort Splitter der sozialtauglichen Bevölkerung.

Dem Zustandsverbrecher gegenüber reicht das eigentliche Straf-Recht nicht aus, da es gegenüber ihrer weitgehenden Bindungslosigkeit keine genügend sittenbildende, haltgebende Kraft entfalten kann. Die vom Maße der Schuld begrenzte vergeltende Strafe trifft nicht die in der Täterpersönlichkeit liegende bleibende Gefährlichkeit. Diese muß durch andersartige, sichernde Maßnahmen bekämpft werden, die mit der Strafe zusammen erst den vollen Rechtsgüterschutz gewährleisten. Das geltende Recht stellt dabei für die Asozialen mit leichter Kriminalität das Arbeitshaus und für die gefährlichen Gewohnheitsverbrecher die Sicherungsverwahrung als sichernde Maßnahmen zur Verfügung (im Anschluß an die Strafe als Schuldvergeltung).

Der Weg des Straf- oder richtiger des Kriminalrechts ist also „zweispurig“. Die eine Spur führt über die Schuld zur vergeltenden Strafe, die andere über die Gefährlichkeit zur sichernden Maßnahme. Es ist notwendig, sich des Verbindenden wie des Trennenden beider Spuren stets bewußt zu bleiben. Das Verbindende liegt einmal in der Voraussetzung, die für Strafe und Maßnahme das Verbrechen ist, zweitens in der Art ihrer Verhängung, die beide Male durch strafrichterliches

Urteil erfolgt. Denn auch die Verhängung der oben besprochenen Schutzmaßnahmen ist kein bloßer Verwaltungsakt, sondern Aufgabe des strafrichterlichen Amtes: Dies nicht bloß zum Zwecke der höheren Rechtsgarantien für den Betroffenen, sondern deshalb, weil das Urteil, das dem Täter wegen seiner kriminellen Gesamtpersönlichkeit das im Gemeinschaftsleben vorauszusetzende Maß an Selbstbeherrschung und Bindungsfähigkeit abspricht, ein negativ-sittliches Urteil ist, das, wie das Schuldurteil, nur dem Strafrichter obliegt.

Das Trennende liegt darin, daß beide Spuren, wenn auch im Grenzgebiet sich überschneidend, grundsätzlich zwei verschiedene Tätergruppen treffen, auf der einen Seite die Gelegenheits- und Konflikttäter der sozialaufbauenden Bevölkerung, auf der anderen die Zustandstäter der asozialen Schicht. Während die Funktion des Strafrechts dort sozialetischer Natur ist, muß es hier vornehmlich auf präventiv-sichernden Rechtsgüterschutz bedacht sein. Während es dort klare, festumrissene Tatbestände aufstellen muß, um die soziale Handlungsfreiheit des Einzelnen nicht zu lähmen, muß es hier mit dem allgemeinen Würdigungsbegriff der „sozialen Gefährlichkeit“ arbeiten, um die Rechtsgüter gegen die Asozialen wirksam zu schützen. Während es dort die feste, durch das Maß der Schuld bestimmte Strafe verhängt, bleibt hier die Dauer der Maßregel von der unbestimmten Dauer der Tätergefährlichkeit abhängig. Klare, bestimmte Grenzen dort, verschwimmende Umrisse hier: um so notwendiger ist es, beide Spuren scharf auseinanderzuhalten. Schon einmal hat die Ausrichtung auf den „schädlichen Mann“ die Grundhaltung eines ganzen Strafrechts bestimmt, nämlich den gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß. Dieses Verfahren, in dem der Angeklagte bloßes Objekt war, dem man gegebenenfalls mit der Folter das Geständnis zu entreißen suchte, war im Kampf gegen den landschädlichen Mann der spätmittelalterlichen Unterschicht erwachsen, demgegenüber der germanisch-altdeutsche Parteienprozeß versagt hatte; es war dann allmählich auf den freien Vollbürger ausgedehnt worden mit all den Mängeln, die es trotz vieler Verbesserungen von seinem Ursprunge her an sich tragen mußte. Nicht weniger bedenklich wäre es auch heute, das von festen Tatbeständen umgrenzte, sozialetisch fundierte Strafrecht zugunsten eines allgemeinen Sicherungsrechtes aufzuweichen, wie es umgekehrt unzulänglich war, daß das Strafrecht des 19. Jahrhunderts als ausschließliches Straf-Recht die Sicherungsaufgaben gegen den schädlichen Mann übersah.

b) Gegenüber der besprochenen Gruppe der Zustandsverbrecher treten andere Gruppen von Zustandsverbrechern i. w. S. zurück: die Rauschgiftsüchtigen und die gefährlichen Geistesdefekten. Auch diesen gegenüber kann die Strafe den vollen Rechtsschutz nicht gewährleisten, sondern muß durch sichernde Maßnahmen ergänzt werden (durch Unterbringung in Entziehungsanstalten oder Heil- und Pflegeanstalten). Die Beziehung dieser Maßnahmen zum Strafrecht ist eine lockere: das Delikt ist keine Voraussetzung zur Maßregel selbst, sondern nur zur Zuständigkeit des Strafrichters. Zwangsentziehung und Verbringung in eine Heil- und Pflegeanstalt sind auch ohne deliktisches Verhalten und ohne strafrichterliches Urteil zulässig.

Ein wirkungsstarkes Strafrecht ist doppelspurig: es ist ein sozialetisch fundiertes, in feste Tatbestände umgrenztes, vergeltendes Strafrecht gegen den Ge-

legenheitstäter einerseits, ein — akute Sozialgefahren bekämpfendes — Sicherungsrecht gegen den Zustandsverbrecher andererseits.

## § 2. Überblick über die Geschichte des deutschen Strafrechts

Brunner-v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, I 1906, II 1928; His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, I 1920, II 1935; v. Hippel, I S 38 ff., Eberh. Schmidt, Einführung in die Geschichte d. deutsch. Strafrechtspflege. 1947.

1. Dem Germanen erschienen die meisten „Missetaten“ als Sippenverletzungen. Sie berechtigten und verpflichteten die Sippe — wenn nicht Buße gefordert wurde — zur Blutrache (Fehde), die durch Sühnevertrag beendet wurde. Nur in wenigen Missetaten sah man einen Bruch des Friedens des ganzen Volkes (z. B. in Kriegsverrat, Heeresflucht, Meintaten u. a.); der Täter verfiel der Friedlosigkeit und konnte bußlos von jedermann getötet werden.

Mit dem Erstarken staatlicher Gewalten im fränkischen Reich wurden in steigendem Umfang Missetaten mit öffentlicher Strafe (Leibes- und Lebensstrafen, Verbannung u. a.) bedroht und öffentlich verfolgt. Im Mittelpunkt der Strafen stand jedoch die Sühnezahlung (das Kompositionensystem der Volksrechte), die der fränkische Staat zur Zurückdrängung der Fehde begünstigte. Auch öffentliche Strafe war regelmäßig durch Friedensgeld an den Staat und Buße an den Verletzten ablösbar.

Das Wesen der Missetat sah man in der rechtswidrigen Zufügung einer Verletzung ohne (spezielle) Berücksichtigung der Willensseite. „Die Tat tötet den Mann“. Darum haftete man auch für „Ungefährwerke“ (Fahrlässigkeit und Zufall), während umgekehrt der Versuch grundsätzlich straflos blieb. Doch bedeutet das keine Blindheit gegenüber der Willensseite, sondern nur ein archaisches Haften am Typischen: in der verletzenden Tat steckt typisch der verletzende Wille. Daraus erklärt sich, daß gewisse typische Fälle, in denen der Wille meist fehlt (z. B. Töten beim Baumfällen) milder bestraft wurden, wie umgekehrt typische Versuchsfälle (z. B. Messerzücken) ohne Verletzungserfolg unter Strafe standen. Eine deutliche Berücksichtigung der Willensseite zeigen die besonders schimpflichen „Meintaten“ oder „Neidingswerke“, vor allem die heimlichen Taten wie Mord und Diebstahl (im Unterschied zum „ehrlicheren“ offenen Totschlag oder Raub) u. a. Die Betonung der Tat- und Erfolgsseite bleibt jedoch ein Kennzeichen des deutschen Strafrechts bis ins StGB. hinein.

Rechtsquelle war ursprünglich allein die überlieferte Rechtsüberzeugung, die vom 6. Jahrh. an in den Volksrechten, beginnend mit der lex Salica, aufgezeichnet wurde. Dazu trat in der fränkischen Zeit das gesetzte Königsrecht (Kapitularien). Doch blieb daneben stets auch ungeschriebenes Recht in Anwendung.

2. Das weitere Mittelalter (10. bis 15. Jahrh.) brachte überwiegend eine Verschlechterung der strafrechtlichen Verhältnisse in Deutschland. Die innen- und außenpolitischen Kämpfe der deutschen Kaiserzeit führten zu einem Nachlassen der staatlichen Strafrechtspflege. Die Überhandnahme des Fehdewesens und Raubrittertums wurde seit dem 12. Jahrh. durch die Landfrieden einzudämmen versucht. Mit dem Aufblühen der Städte und dem Erstarken der Territorialgewalten seit dem 13. Jahrh. trat die öffentliche Strafrechtspflege in den Vordergrund. Der

zunehmenden Grausamkeit des Spätmittelalters entsprach jedoch eine brutale Verrohung der Strafarten. Das geschriebene Recht (Volksrechte und Kapitularien) war in Vergessenheit geraten; erst vom 13. Jahrh. an wurde das Recht wieder aufgezeichnet im Sachsen- und Schwabenspiegel, in Stadt- und Landrechten u. a. Das materielle Strafrecht erfuhr darin kaum eine Fortbildung.

3. Neue mächtige Impulse brachten erst das 15. und 16. Jahrh. unter dem starken Einfluß der italienischen Rechtswissenschaft (Glossatoren und Postglossatoren), deren wissenschaftliche Verdienste vor allem in der Herausarbeitung der allgemeinen Lehren des Strafrechts lagen. Diese Einflüsse wirkten durch Vermittlung einer popular-wissenschaftlichen Literatur auf die deutschen Partikulargesetze (sogen. Halsgerichtsordnungen) ein. Bahnbrechend wurde die Bamberger Halsgerichtsordnung Johann von Schwarzenbergs (1507) als Grundlage des ersten und auf dreieinhalb Jahrhunderte einzigen deutschen Reichsstrafgesetzbuches, der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (*constitutio criminalis Carolina*), einer der bedeutendsten Leistungen der deutschen Rechtsgeschichte überhaupt!

Die Carolina enthält materielles und Prozeßrecht. Im Prozeß brachte sie eine rechtliche Ordnung des (sog.) Inquisitionsverfahrens. Im materiellen Strafrecht kommt das Willensprinzip endgültig zum Durchbruch: Grundsätzlich ist nur die vorsätzliche Tat strafbar; die Fahrlässigkeit wird klar vom Zufall abgetrennt. Der Versuch wird definiert und allgemein unter Strafe gestellt; ebenso, wenn auch weniger klar, die Teilnahme.

Die einzelnen Verbrechenstypen waren überwiegend die deutschrechtliche Überlieferung. Die Sprache ist volkstümlich, klar und kraftvoll und von großem Ernst gegenüber der richterlichen Aufgabe: Jede Obrigkeit solle möglichste Sorgfalt anwenden, „damit die peinlichen gericht zum besten verordnet und niemand unrecht geschehe, alsdann zu dieser großen sachen, welche des menschen ehr, leben und gut belangen sein, dapffer und wol bedachter fleiß gehörig“ (Art. 1). Darum wird der Richter grundsätzlich an das Gesetz gebunden. Bei Gesetzeslücken soll nach Analogie des kaiserlichen Rechtes und der Carolina entschieden werden, doch soll der Richter dabei Rat beim Oberhof oder der Obrigkeit einholen oder, wenn die Obrigkeit Anklage führt, bei der nächsten Juristenfakultät (Art. 104/05, 219).

Die Carolina war Reichsgesetz mit Vorbehalt zugunsten des Landesrechts („salvatorische Klausel“). Die innere Kraft ihres Wertes hat sie in Deutschland weitestgehend durchgesetzt, so daß sie die Grundlage des gemeinen deutschen Strafrechts auf drei Jahrhunderte wurde. Ergänzend traten zu ihr die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 gegen Ausartungen im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben.

4. Die Weiterentwicklung des Strafrechts hielt sich in der Folgezeit nicht auf der Höhe der Carolina. Durch wirkliche und durch künstlich (mittels einengender Auslegung) geschaffene Lücken in der Carolina drangen uferlose römischrechtliche Deliktsbegriffe wie *crimen majestatis*, *stellionatus* und *falsum* (Verrats-, Täuschungs und Fälschungsdelikte) ein. Die Umgehung der Carolina führte zu einer unerhörten richterlichen Willkür. Als Gewinn stand ihr immerhin die allmähliche Milderung der noch sehr harten Strafen der Carolina und das Aufkommen der Freiheitsstrafe an Stelle peinlicher Strafen gegenüber (wichtig war



das Amsterdamer Zuchthaus von 1595). Einflußreich wurde die junge deutsche Rechtswissenschaft, vor allem die sächsischen Juristen des 17. Jahrhunderts. Ihr Haupt war Benedikt Carpzov, der mit seiner umfassenden praktisch-kommentatorischen Behandlung des geltenden Rechts und seiner umfangreichen gutachtlichen Tätigkeit im Leipziger Schöppenstuhl die deutsche Strafrechtspflege auf hundert Jahre bestimmt hat. Im 18. Jahrh. wandte sich die Wissenschaft unter dem Einfluß des Naturrechts tiefergehenden, systemgerichteten Forschungen zu und erreichte vor allem bei J. S. F. Böhmer eine wesentliche Vertiefung der allgemeinen Lehren.

Die unhaltbar gewordenen Zustände in der Strafrechtspflege wurden durch Aufklärung und aufgeklärten Absolutismus entscheidend gebessert. Aus verschiedenartigen, z. T. entgegengesetzten Motiven führte die Aufklärung zu einer strengen Bindung des Richters an das Gesetz; sie brachte eine rationellweltliche Behandlung des Strafrechts, eine Milderung der Strafen unter dem Gesichtspunkt ihrer staatlichen Notwendigkeit, dabei eine Einschränkung der Todesstrafe und eine weitgehende Verwendung der Freiheitsstrafe, Abschaffung der Folter u. a. Literarisch wirkten vor allem Montesquieu, Voltaire und Beccaria, gesetzgeberisch Josef II. („Josephina“ von 1787) und am stärksten Friedrich der Große (ALR. von 1794).

5. Auf die Gestaltung des Strafrechts im 19. Jahrh. übte die Wissenschaft einen entscheidenden Einfluß aus. Mit Anselm v. Feuerbach, einem Anhänger des kantischen Kritizismus, beginnt die Strafrechtswissenschaft im modernen Sinne, gekennzeichnet durch scharfe Begrifflichkeit und klare, sachgebundene Systematik (Lehrbuch 1801). Seine wegweisende gesetzgeberische Leistung war das bayrische Strafgesetzbuch von 1813, das durch strenge Systematik, begriffliche Schärfe, Bestimmtheit der Strafen bei Wahrung richterlicher Ermessensfreiheit, Abstufung der Strafmaß, nicht zuletzt durch seine Kürze das Vorbild der deutschen Gesetzgebung im 19. Jahrh. wurde. Unter den zahlreichen Partikularstrafgesetzen aus der Jahrhundertmitte ragte das preußische StGB. von 1851 als stärkste Leistung hervor, auf das neben der reichblühenden deutschen Wissenschaft Napoleons Code pénal von 1810 eingewirkt hatte. Es ist in verbesserter Form unser RStGB. von 1871 geworden.

6. Auf dem Boden des RStGB. entfaltete sich ein reiches wissenschaftliches Leben, das sich um zwei Schulen kristallisierte. Die „Klassiker“ mit Bindung an der Spitze bewahrten die rechtsstaatlich umgrenzte, konservativ-autoritäre Haltung und die Vergeltungsidee, die beide als Erbe des Idealismus Kants und Hegels die geistige Luft des StGB. bestimmt hatten. Die Arbeit der Klassiker galt vor allem der Dogmatik (Hauptwerk: Bindings „Normen“). In teilweise scharfen Gegensatz dazu stellte sich die von Franz von Liszt begründete sogen. „moderne Schule“. Sie sah im Strafrecht eine rationale Zweckmaßnahme der Verbrechensbekämpfung. Ihr Hauptziel war, in naturwissenschaftlich-kausaler Methode die Verbrechensursachen zu erforschen und die geeigneten Mittel für ihre Beseitigung zu finden. Beide Schulen haben — jede in gewisser zeitbedingter Einseitigkeit — unsere strafrechtlichen Einsichten wesentlich vertieft. Gesetzgeberisch jedoch blieb, trotz zahlreicher Novellen, die Grundhaltung des StGB. bis 1933 unverändert.

An den Schicksalen des Strafrechts im Dritten Reich lassen sich drei Entwicklungsreihen unterscheiden:

a) Der größere Teil der staatlich angeordneten Freiheitsentziehungen und Tötungen, deren Verhängung bisher ausschließlich im Rahmen des Strafrechts möglich war, erfolgte ohne Rechtsgarantien durch die politische Polizei oder andere politische Stellen.

b) Das Strafrecht selbst wurde trotz Beibehaltung der großen Stoffmasse in der Grundstruktur insofern verändert, als in ständig zunehmendem Maße einmal die gesetzliche Bindung des Richters gelockert wurde — durch Änderung des § 2, später durch unbestimmt gefaßte Gesetze und Verordnungen (VolksschädlingsVo. u. a.), schließlich (seit 1942) durch eine planmäßige „Lenkung der Rechtspflege“ seitens des Justizministeriums — und zweitens in zahlreichen Tatbeständen die Strafdrohungen unter immer ausschließlicherer Verwendung des Abschreckungsgedankens verschärft wurden; (dabei ungeahnte Vermehrung der Todesstrafe). Dazu traten rein politische Gesetze, wie das Heimtücke- und das Blutschutzgesetz.

c) Neben dieser Politisierung der Strafrechtspflege lief eine Entwicklungsreihe unpolitischer Rechtsfortbildung einher, zumeist auf der Grundlage früherer Reformvorschläge: Einführung der Sicherungsmaßregeln §§ 42 a ff., der limitierten Akzessorietät § 50, Neufassung der §§ 153 ff., 211/2, 253, 267 u. a. m.

### § 3. Quellen und Schrifttum des Strafrechts

#### I. Übersicht über den wichtigsten Quellenbestand

##### 1. Das Reichsrecht

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich ist am 15. Mai 1871 verkündet worden. Von den zahlreichen Änderungen und Ergänzungen bis 1933 sei hier nur das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923, erwähnt, aufgegangen im RJGG. nach der JugendstrafrechtsVO, vom 6. November 1943.

Die heute geltende Fassung bestimmt sich nach dem Kontrollgesetz Nr. 1 und 11, ferner dem Gesetz der Militärregierung Nr. 1, den Bestimmungen der Militärregierung hierzu, der Allgemeinen Richteranweisung Nr. 1.

Das Land Thüringen hat ein eigenes Gesetz zur Anwendung des RStGB. v. 1. Nov. 1945 erlassen, das zahlreiche abweichende Bestimmungen enthält.

##### 2. Das Landesrecht

Nach § 2 EinfGes. zum StGB. tritt das Landesrecht außer Kraft, soweit es Materien betrifft, die Gegenstand des StGB. sind. Materie ist eine Deliktgruppe, die Verbrechen bestimmter Art oder gegen bestimmte Rechtsgüter abschließend regelt. So bilden die Sittlichkeitsverbrechen eine geschlossene Materie und schließen landesrechtliche Strafvorschriften gegen das Konkubinat aus (vgl. RG. 33 273). Ob und inwieweit die allgemeinen Lehren des StGB. für das Landesrecht bindend sind, ist bestritten; auf jeden Fall kann das Landesrecht von den Vorschriften des StGB. über die Schuldfähigkeit nicht abweichen (vgl. Mezger, S. 63 ff.).

##### 3. Interlokales Strafrecht

Durch die Zoneinteilung Deutschlands ist teilweise eine Rechtszersplitterung eingetreten und eine weitere zu befürchten. Bei der Abgrenzung der verschiedenen Rechtsbereiche Deutschlands (sogenanntes „interlokales Strafrecht“) ist das Strafrecht maßgebend, das am Tatort gilt (RG. 74 219; bei mehreren Tatorten in verschiedenen Rechtskreisen ist das strengste Recht anzuwenden. RG. 75 385, 76 201, abw. RG. 75 104. Vgl. auch § 10 Thür. StGB. Dazu v. Weber, Probleme S. 120 ff.

#### II. Die Arbeiten an der Strafrechtserneuerung

Seit 1902 wird an der Reform des StGB. gearbeitet. Die Reihe der Entwürfe sind: VorEntw. 1909, Gegenentw. 1911, Entw. 1913, Entw. 1919, dann zusammen mit Österreich die beiden Entwürfe 1922 und 1925, letzterer ging mit den Änderungen durch den Reichsrat

1927 an den Reichstag, in den Reichstagsausschüssen wurde er weiter geändert zum Entw. 1930. Auch die nach 1933 unternommenen Reformarbeiten haben zu keinem Abschluß geführt.

### III. Die Rechtsprechung

Die amtliche Sammlung von Entscheidungen des bisherigen Reichsgerichts ist: „Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft“. Für die Zeit von 1879 bis 1888 besteht noch eine zweite, nur mit 10 Bänden erschienene Sammlung „Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen“. Weitere Entscheidungen veröffentlichten: Deutsche Justiz, Höchststrichterliche Rechtsprechung (Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz), Juristische Wochenschrift (später: Deutsches Recht), Deutsche Juristen-Zeitung (später: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht), Goldammers Archiv für Strafrecht (später: Deutsches Strafrecht). Heute erscheinen: Süddeutsche Juristen-Zeitung, Deutsche Rechtszeitschrift; ferner geben die OLG. der britischen Zone eigene Mitteilungsblätter mit Entscheidungsteil heraus.

### IV. Kurze Übersicht über das wichtigste Schrifttum

Lehrbücher: Binding, Handbuch des Deutschen Strafrechts I. 1885; ders., Die Normen und ihre Übertretung I—IV, 1914—1919; ders., Lehrbuch d. gemeinen deutschen Strafrechts; Besonderer Teil 2. Aufl. 1902—05. v. Liszt-Schmidt, Lehrb., 25. Aufl. 1927, 26. Aufl. (nur Allgem. Teil) 1932; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I 1925; Bd. II 1930; Lehrbuch 1932; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932; Allfeld, Lehrbuch., 9. Aufl. 1934; Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1933; Hellmuth Mayer, Das deutsche Strafrecht 1936; Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 2. Aufl. 1941; v. Weber, Grundriß d. deutschen Strafrechts 1946; Engelhard, Einführung in das Strafrecht (hrsg. v. Radbruch) 1946.

Kommentare: Olshausen, 11. Aufl. 1927, 12. Aufl. 1942 (unvollständig); Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 4. Aufl. 1929, 5. Aufl. (nur Allgem. Teil) 1933, fortgeführt von Nagler, 6. Aufl. 1944 (unvollständig); Frank, 18. Aufl. 1931; Schönke, 2. Aufl. 1944; Kohlrausch-Lange, 38. Aufl. 1944; Schwarz, 11. Aufl. 1942.

Strafrechtliche Zeitschriften: Der Gerichtssaal (seit 1849); Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (begründet von Liszt), Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsform. Strafrechtliche Einzelschriften, vor allem wichtige Dissertationen, werden in den „Strafrechtlichen Abhandlungen“, hrsg. von Schoetensack gesammelt.

## § 4. Der Begriff des Strafrechts

### I. Umfang des Strafrechts

Der Name „Strafrecht“ ist für den im StGB. behandelten Stoff vor allem seit der Novelle vom 24. Nov. 1933 zu eng geworden; denn neben der Strafe umfaßt das StGB. auch die sichernden und bessernden Maßregeln.

Rechtsgrund der Strafe ist das Verbrechen, d. i. die für die Rechtsgemeinschaft unerträgliche, sozialeschlecht besonders verwerfliche Handlung. Rechtsgrund der sichernden und bessernden Maßregeln ist die durch wiederholte Verbrechenbegehung indizierte Gefährlichkeit des Täters für die Gemeinschaft.

Aus dem Strafrecht scheidet das Recht der sog. nichtkriminellen Strafen aus, weil ihr Rechtsgrund nicht das Verbrechen im obigen Sinne ist:

1. Die Ordnungswidrigkeiten (das sog. Polizei- oder Verwaltungsunrecht). Ihre Tatbestände zielen auf die Erreichung eines verwaltungs-, besonders wirtschaftspolitisch angestrebten Zustands (Zwecks) hin und sichern sie durch Strafandrohung.

Der Tatumwert erschöpft sich in der schlichten Unbotmäßigkeit. Der Einsatz der Strafe erfolgt weniger wegen dieser geringfügigen Unbotmäßigkeit, als zur Sicherung des wirtschaftspolitischen Zweckes. Die Strafe ist hier primär Zweckmaß-

nahme, die in der Regel als „Ordnungsstrafe“ von einer Verwaltungsstelle verhängt wird.

Jedoch wird auch noch vielfach statt der Ordnungsstrafe eine vom Strafrichter zu verhängende Strafe angedroht; damit wird der Strafrichter mit einer ihm wesensfremden verwaltungspolitischen Aufgabe belastet.

Die Grenze zwischen Ordnungswidrigkeit und kriminellem Unrecht wird in dem Maße flüssig, wie die unmittelbare Bedeutung des angestrebten Zweckes für das Gemeinwohl und zugleich die sozioethische Verwerflichkeit der Tat über die bloße Unbotmäßigkeit hinaus steigt.

So vor allem im Wirtschaftsnotrecht, wo vielfach wegen derselben Tatbestände sowohl Ordnungsstrafe wie an deren Stelle Kriminalstrafe möglich ist (vgl. PreisstrafrechtsVO. vom 26. Okt. 1944 [Abänderung s. Hann. Rptl. 46 42] und VerbrauchsregelungsstrafVO. vom 26. Nov. 1941). In allen Fällen hat hier die Strafe vor allem Zweckaufgaben (Sicherung des Preisgefüges und der Ernährung) zu erfüllen.

2. Die Dienstvergehen und Verfehlungen gegen die Standesehre. Bei ersteren handelt es sich um Verletzungen der Dienstpflicht aus der Dienststellung. Die Dienststrafe verhängt der Staat als Dienstberechtigter; daher ist schwerste Strafe die Aberkennung des Amtes (Zweck: Aufrechterhaltung eines sauberen Beamtenstandes). Entsprechendes gilt für die Ehrengerichtbarkeit der Stände, z. B. der Rechtsanwälte, Ärzte. Strafbar sind hier Verfehlungen gegen die Standesehre; die Strafe bezweckt ebenfalls Reinerhaltung des Standes.

3. Die prozessualen Beugestrafen (Zwangsstrafen); sie sollen ein bestimmtes Verhalten erzwingen, z. B. §§ 888, 889 ZPO., ferner die prozessualen Ordnungsstrafen wegen Ungebühr §§ 178, 179 GVG., wegen Nichterscheinens des Zeugen § 51 StPO., § 380 ZPO. u. dgl.

## II. Die formale Verbrechensdreiteilung des § 1 StGB.

Im Anschluß an den Code pénal unterscheidet § 1 StGB. nach der Schwere der angedrohten (nicht der verhängten) Strafe: Verbrechen, Vergehen, Übertretungen. Die Dreiteilung hat heute nur noch technische Bedeutung, z. B. für Versuch § 43 Abs. 2, Beihilfe § 49, Teilnahmeversuch § 49a, Verjährung u. a. m. (jedoch nur noch im geringen Maße für das Verfahrensrecht, vgl. § 24, 73a StPO.).

§ 1. „Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

„Eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfünfzig Reichsmark oder mit Geldstrafe schlechthin bedrohte Handlung ist ein Vergehen.

„Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis einhundertfünfzig Reichsmark bedrohte Handlung ist eine Übertretung.“

1. Der Einteilung des § 1 liegt eine generelle („abstrakte“) Betrachtungsweise zugrunde: nicht die im Einzelfalle verwirkelte, sondern die für das anzuwendende Strafgesetz allgemein angedrohte (Höchst-)Strafe bestimmt die Deliktsnatur. Daraus folgt:

a) Wird aus einem Grundtatbestand durch Hinzunahme spezieller Tatbestandsmerkmale ein neuer Tatbestand gebildet (Spezialdelikt), so bestimmt sich die Deliktsnatur nach dem neuen Tatbestand, und zwar ist dieser bei Strafschärfung ein qualifiziertes Delikt (z. B. § 243 im Verhältnis zu § 242), bei Strafmilderung ein privilegiertes Delikt (z. B. § 248a—§ 242).

b) Sind nur innerhalb desselben Tatbestandes „mildernde Umstände“ vorgesehen, so ändert sich die Deliktsnatur nicht; es handelt sich nur um Strafzumessungsgründe desselben Tatbestandes.

Also bleibt der schwere Diebstahl auch bei Zubilligung mildernder Umstände (§ 243 Abs. 2) ein Verbrechen. — Gleiches gilt auch für § 213; ebenso für die Strafmilderung wegen Versuchs § 44 und Beihilfe § 49 Abs. 2, verminderter Zurechnungsfähigkeit § 51 Abs. 2.

c) Obwohl für Jugendliche die Strafrahmen des allgemeinen Strafrechts nicht gelten, bleiben diese doch im Hinblick auf den Verbrechensbegriff auch im Jugendstrafrecht maßgebend: Ob z. B. der Jugendliche wegen Versuchs einer Straftat belangt werden kann, entscheidet sich danach, ob nach allgemeinem Strafrecht der Versuch strafbar ist! Vgl. § 5 RJGG.

2. Nach Allg. Richteranz. Nr. 1, Ziffer 8 b darf bei Tatbeständen, deren Strafe nach 1933 verschärft wurde, nicht über das Höchstmaß der vor 1933 geltenden Strafdrohung hinausgegangen werden, sofern nicht die Strafschärfung durch die kriminelle Vergangenheit oder die Häufigkeit der Straftat gerechtfertigt ist (s. S. 119 f.). Bei diesem Rückgang auf die alte Strafdrohung entsteht die Frage, ob sich die Deliktsnatur nunmehr auch nach der alten Strafdrohung richten muß, z. B. ob §§ 175 a, 218 Abs. 3, die jetzt Verbrechen sind, als Vergehen anzusehen sind. Die Frage kann nur generell beantwortet werden: Da in den angeführten Ausnahmefällen (kriminelle Vergangenheit, Häufigkeit der Straftat) die erschwerte Strafe zulässig ist, muß das ganze Delikt nach dem Höchstmaß der Strafdrohung bestimmt werden. Folglich bleiben §§ 175 a, 218 Abs. 3 Verbrechen.

Das ist praktisch vor allem für den Versuch wichtig. Wollte man die Deliktsnatur nach der früheren Strafdrohung bestimmen, so käme man zu der unannehmbaren Konsequenz, daß versuchte Abtreibung in § 218 Abs. 3 jetzt straflos wäre. Daher unzutreffend OLG Oldenburg, SJZ. 1946, 96; dagegen auch Steidle, SJZ. 1946, 118; ebenso v. Weber, SJZ. 1946, 238.

3. Insofern bleibt die Zweifelsfrage über die Einordnung der „besonders schweren Fälle“. Während RG. 62 49; 72 205; 77 133 sie allgemein als bloße Strafzumessungsregeln ansprechen, versucht die Literatur ihnen von einer „konkreteren“ oder ganz „konkreten“ Betrachtungsweise aus, eine deliktsändernde Bedeutung beizumessen. Zwar in den Fällen der Mischung benannter und unbenannter Strafschärfungsgründe (§§ 263 IV, 265 II) wird man einen neuen Tatbestand anzunehmen haben, dagegen können die ganz unbenannten Strafänderungsgründe (die sonstigen leichteren, schweren, besonders schweren Fälle) nur als Strafzumessungsregeln angesprochen werden. Die gegenteilige Auffassung (Engisch, SJZ. 1946, 231) führt zu dem unmöglichen Ergebnis, daß z. B. versuchter Raub bei mildernden Umständen straflos wäre! Noch unhaltbarer sind die Ergebnisse der auf die verwirkte Strafe abstellenden ganz konkreten Auffassung Schönkes § 1 II, 1: ein mit einhundert Reichsmark zu bestrafender Betrugsversuch müßte straflos sein, da er eine Übertretung wäre! — Nur in der VerbrauchsregelungsstrafVO ist kraft positivrechtlicher Ausnahme (§ 21) die verwirkte Strafe für die Bestimmung der Deliktsnatur maßgebend.

## § 5. Strafrecht und Strafgesetz

### I. Der Grundsatz *nulla poena sine lege* und seine Geschichte

1. Die ursprüngliche Fassung des § 2 lautete: Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Diese Bestimmung besagte dreierlei: Nur ein Gesetz kann eine Handlung zum Verbrechen erklären (*nullum crimen sine lege*) und nur ein Gesetz kann eine Strafe für sie bestimmen (*nulla poena sine lege*), und beides nur, bevor die Handlung begangen wurde (Ausschluß rückwirkender Kraft strafbegründender oder

strafschärfender Strafgesetze). Damit wird jede außergesetzliche, sei es durch ausdehnende Auslegung, Analogie oder durch Gewohnheitsrecht erfolgende Tatbestandsbildung und Strafbestimmung verboten. Von beiden Rechtsquellen, dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht, hat im Strafrecht das Gesetz den unbedingten Vorrang.

Während der Grundsatz *nullum crimen sine lege* die gesetzliche Bestimmtheit der Strafbarkeit, d. h. des Verbrechenstatbestandes fordert — also auch absolut unbestimmte Strafdrohungen zuläßt, — geht der Satz *nulla poena sine lege* noch darüber hinaus und verlangt auch gesetzliche Bestimmtheit der Verbrechenfolgen, d. h. nach Art und Rahmen mindestens relativ bestimmte Strafdrohungen. Art. 116 Weim.-Verf. umkleidete den ersten (nicht auch den zweiten) Grundsatz mit den erhöhten verfassungsrechtlichen Garantien: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde“. Eine gesetzlich nicht einmal relativ — durch Art und Strafrahmen — bestimmte Strafe, wie § 27 Ziffer 1 in der Fassung vom 6. II. 1924 in Gestalt der Geldstrafe von unbeschränkter Höhe vorsieht, war darum verfassungsrechtlich zulässig (Unbestimmte Strafdrohungen heute auch in §§ 5/6 RJGG von 1943 und in § 20 Thür. StGB.).

Art. IV Ziffer 7 d. Ges. Nr. 1 der Militärregierung setzt den Grundsatz *nullum crimen sine lege* i. S. von Art. 116 Weim. Verf. wieder in Kraft: „Anklagen dürfen nur erhoben, Urteile nur erlassen und Strafen nur verhängt werden, falls ein zur Zeit der Begehung der Handlung in Kraft befindliches Gesetz diese Handlung ausdrücklich für strafbar erklärt. Bestrafung von Taten unter Anwendung von Analogie oder nach angeblichem „gesunden Volksempfinden“ ist verboten“.

2. Der Grundsatz *nulla poena (nullum crimen) sine lege* ist kein römisch-rechtlicher Grundsatz. Vor allem war er der römischen Kaiserzeit und dem justinianischen Recht mit ihren *crimina extraordinaria* und ihren weitgefaßten, fast uferlosen Deliktbegriffen (z. B. dem *stellionatus*, der „Schulterei“) fremd. Er entspricht auch dem extremen römischen Willensstrafrecht nicht, das für die *delicta publica* galt und das keine Unterscheidung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung, also keinerlei Tatbestandlichkeit kannte.

Auch dem germanisch-altdeutschen Recht war er unbekannt. Wohl kann man sagen, daß er dem germanischen Strafrecht (als Tatstrafrecht) näher steht als dem römischen Willensstrafrecht. So strebte jenes auch immer zu festen, klaren Deliktstatbeständen (vgl. die Bußsätze der Volksrechte). Doch stets konnte nach Gewohnheitsrecht gestraft werden, da die Voraussetzung des Grundsatzes *nulla poena sine lege*: die Gesetzesstaatlichkeit fehlte. Das gilt auch für die *magna charta* von 1215.

Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. band den Richter grundsätzlich an das Gesetz, ließ jedoch unter gewissen Kautelen auch eine außergesetzliche Bestrafung zu (s. o. S. 8). Erst in der Aufklärungszeit setzte sich der Grundsatz *nulla poena s. l.* im Kampfe gegen richterliche und obrigkeitliche Willkür durch. Unter Berufung auf die *Magna Charta libertatum* wurde er in den nordamerikanischen Verfassungen von 1774 und in der Erklärung der Menschenrechte von 1789 proklamiert. Er fand im Strafgesetzbuch Josephs II. von 1787 und im ALR von 1794 seinen Niederschlag. Die lateinische Formulierung stammt von Feuerbach (in seinem Lehrbuch 1801). Im 19. Jahrhundert wurde er in das Strafrecht fast aller Kulturstaaten aufgenommen. Eine gewisse Ausnahme macht das dänische Strafrecht (auch das neue Dän. StGB von 1930) insofern, als es — wie es übrigens auch Binding, Hbd. S. 17 ff. befürwortete — eine analoge Bestrafung zuläßt. Eine Sonderstellung nimmt das englische Strafrecht ein, da es nur zum Teil auf gesetztem Recht — dem *statute law* — zum anderen Teil aber auf der richterlichen Rechts-tradition — dem *common law* — beruht, die jedoch den Richter durch das Mittel des Präjudiz stark bindet.

Den ersten Schritt zu einem Bruch mit der kontinentaleuropäischen Tradition — nachdem schon Rußland 1817 den Grundsatz *nulla poena* abgeschafft hatte, — machte die Novelle vom 28. Juni 1935. Sie ermöglichte neben der gesetzlichen auch eine außergesetz-

liche Bestrafung aus dem „gesunden Volksempfinden“, jedoch noch gebunden an den Grundgedanken eines Strafgesetzes. Diese wichtige Einschränkung benutzte ein beachtlicher Teil der Wissenschaft und der Praxis, um die Anwendung des neuen § 2 möglichst einzuengen. Diesen Bemühungen wirkte eine immer schärfer werdende politische Strömung entgegen, die den neuen § 2 mit seiner Kontrolle durch den gesetzlichen Grundgedanken zu einer bloßen „Etappe“ auf dem Wege zu „einer nationalsozialistisch gesteuerten Rechtsschöpfung unmittelbar aus dem gesunden Volksempfinden“ erklärte (Freisier, DJ. 1941/479). Dementsprechend wurden die späteren n. S. Gesetze, besonders der Kriegszeit (Autofallengesetz, Volksschädlings- und Gewaltverbrecherverordnung u. a.) so weit und unbestimmt gefaßt, daß sie jeder politischen „Steuerung“ der Rechtspflege Raum gaben, wie sie vor allem nach 1942 durch „Richterbriefe“ und Einzelanweisungen einsetzte.

## II. Die Einzelausgestaltung

Nur was unter den Tatbestand eines Strafgesetzes fällt, kann mit Strafe belegt werden. Dadurch ist nicht nur jede gewohnheitsrechtliche Tatbestandsbildung verboten, sondern auch angeordnet, daß jede Gesetzesauslegung an die Grenzen des gesetzlichen Tatbestandes gebunden ist: ausgeschossen ist die Tatbestands-erweiterung durch ausdehnende Auslegung oder durch Analogie.

1. Abgesehen von dieser Einschränkung gelten die gewöhnlichen juristischen Auslegungsregeln; zusammenfassend hierzu RG. 62 373: der Richter „muß neben Wortlaut auch Zweck und Sinn des Gesetzes beachten, für dessen Erforschung die Entstehungsgeschichte und der Zusammenhang der Vorschriften unter sich und mit anderen bereits bestehenden Bestimmungen von Bedeutung ist“.

Dazu vgl. Art. III Ges. Nr. 1 der Militärregierung (Verbot der Auslegung nach nationalsozialistischen Lehren), insbesondere Ziffer 6: „Deutsches Recht, das nach dem 30. I. 1933 in Kraft trat und in Kraft bleiben darf, ist entsprechend dem klaren Sinn des Wortlauts auszulegen und anzuwenden. Gesetzeszwecke und Deutungen, die in Vorschriften oder anderen Erklärungen enthalten sind, bleiben bei der Deutung außer Betracht.“

Wo keine Tatbestands-erweiterung, sondern nur eine Tatbestandsauslegung in Frage steht, ist auch der Vergleich mit anderen Tatbeständen, insofern also auch „Analogie“ zulässig (z. B. Vergleich des Begriffs der Öffentlichkeit in den verschiedenen Tatbeständen RG. 73 90), vgl. Hippel II, 39. Ebenso kann zur Tatbestandsauslegung auch Gewohnheitsrecht mittelbar bedeutsam werden (ergänzendes Gewohnheitsrecht): so vor allem für die Begriffe des allgemeinen Teils, wie Vorsatz, Fahrlässigkeit, Schuld usf.: gerade die fundamentalen Begriffe des allgemeinen Teils sind gewohnheitsrechtlicher Natur!

2. Strafeinschränkende Analogie und strafaufhebendes Gewohnheitsrecht sind unbeschränkt zulässig. RG. 56 168.

3. § 2 schließt jedoch nicht nur eine außergesetzliche Tatbestandsbildung aus, sondern erhebt auch Forderungen an das Gesetz selbst. Ein „Strafgesetz“, das erklärt: bestraft wird, wer sich grob gemeinschaftswidrig verhält, wäre mit der Idee des § 2 unvereinbar; denn es überließe die gesamte materielle Strafbarkeitsbestimmung dem ungesetzten Recht. Die Idee des § 2 setzt die Tatbestandsmäßigkeit des gesetzten Rechts voraus (s. u. § 10); d. h. es verlangt, daß das für strafbar erklärte Verhalten im Gesetz selbst plastisch umschrieben wird. Strafgesetz im Sinne des § 2 ist nicht jedes Strafe androhende Gesetz, sondern nur ein auf der Idee der Tatbestandlichkeit aufgebautes „substantielles“ Strafgesetz. (Vgl. dazu: Welzel, Probleme. S. 101 ff.) Dabei kann es durchaus in einzelnen Tatbestandsbegriffen auf außergesetzliche Instanzen, wie soziale Gewohnheiten und Wer-

tungen verweisen (z. B. bei dem Begriff der „unzüchtigen Handlung“), aber die wesentliche Tatbestandsumgrenzung muß es selbst vornehmen. Eine Strafbarkeits-erklärung nur auf Grund von Generalklauseln ist mit der Idee des § 2 unvereinbar.

Der Grundsatz *nullum crimen sine lege* schließt innerhalb derjenigen Rechtsordnung, die ihn aufgenommen hat, wesensmäßig Ausnahmen aus, da diese ihn nicht bloß einschränken, sondern aufheben würden. Dies ist gegenwärtig besonders im Hinblick auf das Problem der strafrechtlichen Beurteilung politischer Denunziationen streitig geworden. Vgl. dazu die Aufsätze von Coing, v. Hodenberg, Rädbruch, Wimmer in SJZ 1946 105; 1947 61, 113 ff. M. E. sind diese Fälle vom Strafrecht ohne Verletzung des Grundsatzes *nullum crimen sine lege* nur im Rahmen der Rechtsbeugung zu erfassen, nämlich entweder als Teilnahme an einer vorsätzlichen Anwendung einer ungültigen Norm oder als Mitwirkung an einer unvorsätzlichen Anwendung einer ungültigen Norm; in beiden Fällen ist die subjektive Seite, nämlich das Bewußtsein von der Ungültigkeit der Norm von entscheidender Bedeutung. Vgl. dazu näher u. § 71 II 2.

## § 6. Der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts

### I. Die zeitliche Geltung, § 2a

#### 1. Der Grundsatz: Keine Rückwirkung der Strafgesetze

Strafbarkeit und Strafe bestimmen sich nach dem Strafgesetz zur Zeit der Tat.

Überhaupt ist für die Frage nach Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafbarkeit die Lage zur Zeit der Vornahme der Handlung maßgebend; gleichgültig ist die Lage zur Zeit des Erfolgeintrittes. Daher wirken z. B. die zivilrechtlichen Rückwirkungen, wie §§ 142, 1933 BGB., strafrechtlich nicht zurück.

#### 2. Die Rückwirkung des milderen Gesetzes

Das zur Zeit der Entscheidung geltende mildere Gesetz kann statt des strengeren Gesetzes der Tatzeit angewendet werden (§ 2a Abs. 2); ebenso kann der Richter von Strafe ganz absehen, wenn das Gesetz zur Zeit der Entscheidung weggefallen ist, außer bei sog. Zeitgesetzen, die von vornherein nur für eine vorübergehende Notlage erlassen sind (z. B. seuchenpolizeiliche Vorschriften während einer Viehseuche) § 2a Abs. 3.

Grund: Da Milderung oder Wegfall der Strafbarkeit (in der Regel) auf einer Milderung der sozialesithischen Wertung der Tat beruhen, muß dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, dieser Milderung auch bei einer früher begangenen, aber noch nicht abgeurteilten Tat Rechnung zu tragen. Ganz anders bei den Zeitgesetzen: ihre Aufhebung beruht auf dem Wegfall der Notlage (z. B. dem Aufhören der Seuche); die sozialesithische Wertung der Tat (z. B. Mißbilligung der Ein- oder Ausfuhr während einer Seuche) bleibt unberührt und begründet die Strafbarkeit der früher begangenen Tat.

Die Rückwirkung des strengeren Gesetzes ist zwar mit dem Satz *nullum crimen, nicht aber nulla poena sine lege* vereinbar.

Der Nationalsozialismus legte in zunehmendem Maße Strafgesetzen rückwirkende Kraft bei, z. B. dem § 289 a, dem Autofallengesetz vom 22. Juli 1938 und besonders den Kriegsgesetzen. Welche Möglichkeiten eines politischen Mißbrauchs die Rückwirkung von Strafgesetzen eröffnet, zeigt das Änderungsgesetz vom 19. September 1939. Unmittelbarer Anlaß für dieses Gesetz war der Wunsch der politischen Führung, ein rechtskräftiges Zuchthaus-Urteil des Volksgerichtshofs wegen versuchten Landesverrats in ein Todesurteil umzuwandeln. Zu diesem Zweck wurden der „außerordentliche Einspruch“ gegen rechtskräftige Urteile geschaffen, die Zuständigkeit des Reichskriegsgerichts für den betreffenden Fall begründet und §§ 89 Abs. 3; 90 Abs. 2 mit rückwirkender Kraft gestrichelt.

#### 3. Bei sichernden Maßnahmen

ist das Recht zur Zeit der Entscheidung maßgebend (§ 2a Abs. 4).

Denn sie sind nicht Sühne für die begangene Tat, sondern Sicherung für die Zukunft.



## II. Der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts

## §§ 3—9.

Wo und von wem muß die Tat begangen sein, damit deutsches Recht auf sie anwendbar sein soll? Die Regeln hierüber sind trotz des irreführenden Namens „internationales Strafrecht“ nicht Völker-, sondern nationales Recht (und zwar Strafanwendungsrecht). Die Neuregelung durch VO. vom 6. Mai 1940 beseitigte die Zentralstellung des Territorialitätsprinzips und unterscheidet nach Tätern: Für Deutsche gilt das Personalitätsprinzip, d. h. der Grundsatz der räumlich unbegrenzten Verpflichtung gegenüber dem deutschen Recht. Für Ausländer gelten vor allem das Territorialitäts- und das Schutzprinzip (Schutz deutscher Interessen).

## 1. Straftaten Deutscher

1. Grundsatz: Personalitätsprinzip: Das deutsche Strafrecht gilt für Taten deutscher Staatsangehöriger, gleichgültig wo sie begangen sind, § 3 Abs. 1.

Ob die Tat vom deutschen Recht auch wirklich erfaßt wird, kann bisweilen zweifelhaft sein, vor allem bei Taten, die sich gegen einen fremden Staat oder dessen verwaltungsmäßiges Funktionieren richten. Das deutsche Recht schützt nicht die fremde Verfassung, es bestraft auch nicht Straftaten gegen ausländische Beamte, etwa Bestechung oder Widerstand gegen die Staatsgewalt. Doch fallen unter deutsches Recht Meineid und falsche Anschuldigung vor ausländischer Behörde.

2. Ausgenommen sind solche Straftaten Deutscher im Auslande, die nach dem Rechte des Tatortes nicht strafbar sind, § 3 Abs. 2.

Die Einschränkung, daß die Taten „nach gesundem Volksempfinden wegen der besonderen Verhältnisse am Tatort nicht strafwürdig“ sein dürfen, muß wegfallen, da sie die Strafbarkeit vom „gesunden Volksempfinden“ abhängig macht. Dagegen den Abs. 2 ganz zu streichen (so SJZ 1946/121), würde sogar eine Straferschwerung gegenüber der bisherigen Fassung bedeuten. Praktisch gilt heute § 4 Ziffer 3 a. F.

## 2. Straftaten von Ausländern

1. Inlandstaten unterstehen dem Territorialitätsprinzip: Das deutsche Strafrecht gilt für alle auf Reichsgebiet begangenen Taten von Ausländern, § 4 Abs. 1.

2. Auslandstaten, § 4 Abs. 2 und 3: Für Taten von Ausländern im Auslande gilt das deutsche Strafrecht nur ausnahmsweise, und zwar

a) wegen des Schutzes deutscher Interessen (Schutzprinzip) für:

Verrat deutscher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse III, 5; Meineid im Verfahren vor deutschen Behörden III, 6; Taten gegen deutsche Beamte im Hinblick auf ihren Dienst III, 1 (2 Altern.). Ferner für Straftaten des Ausländers als deutschen Beamten III, 1 (1. Altern.) (hier handelt es sich jedoch nicht um das Schutzprinzip, sondern um die Verletzung einer Sonderpflicht).

b) nach dem Weltrechtsprinzip zum Schutze von Kulturinteressen aller Staaten für:

Münzdelikte III, 7; Sprengstoffverbrechen III, 3; Kinder- und Frauenhandel III, 4; unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln III, 8; Handel mit unzüchtigen Veröffentlichungen III, 9. Für diese Taten gilt deutsches Recht, gleichgültig wo sie begangen und gegen welchen Staat oder Staatsangehörigen sie gerichtet sind.

c) nach dem Grundsatz stellvertretender Strafrechtspflege § 4 Abs. 2.

Das deutsche Strafrecht tritt an Stelle einer primär erwarteten ausländischen Bestrafung oder bei fehlender Straf Gewalt ein, wenn

- aa) der Täter nach der Tat Deutscher geworden ist oder  
 bb) die Tat sich gegen das deutsche Volk oder gegen einen deutschen Staatsangehörigen richtete oder  
 cc) der Täter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht ausgeliefert wird, obwohl nach der Art der Tat die Auslieferung möglich gewesen wäre.  
 Voraussetzung ist, daß die Tat nach dem Recht des Tatortes strafbar ist oder der Tatort keiner Strafgewalt untersteht.  
 Zu a—c: Aburteilung ist nur mit Zustimmung der Mil. Regierung zulässig.

### 3. Der Begriff des Begehungsortes

1. Begehungsort ist sowohl der Ort der Handlung (bei Unterlassungsdelikten: der gebotenen Tätigkeit) wie der des Erfolgseintritts (bei Unterlassungen und beim Versuch: der Ort des erwarteten Erfolges) § 3 Abs. 3. Bei Teilnahme ist Begehungsort auch der Ort der Haupttat. RG. 74 60.

2. Der Begriff des Inlandes bestimmt sich nach Völkerrecht. Er umfaßt das Reichsgebiet, den Luftraum darüber und das Küstenmeer in der Dreimeilenzone.

Er umfaßt auch die fremden Gesandtschaftsgebäude (RG. 69 54), unbeschadet der persönlichen Straflosigkeit und der Nichtverfolgbarkeit der sogenannten Exterritorialen, §§ 18—20 GVG.

3. Als im Inland begangen gelten nach § 5 auch Taten, die auf deutschem Schiff oder Luftfahrzeug begangen sind (gleichgültig, ob Kriegs- oder Handelsschiff, und gleichgültig, wo sie sind).

---

# ALLGEMEINER TEIL

## Erstes Buch

### Die strafbare Handlung und ihr Täter

#### § 7. Aufgabe und Grundlagen der allgemeinen Lehren des Strafrechts

N. Hartmann, *Ethik* 1926; *Problem des geistigen Seins*, 1933; A. Gehlen, *der Mensch*, 1940; Welzel, *Persönlichkeit und Schuld*, Z. 60, S. 428 ff.

##### I. Aufgabe des allgemeinen Teils

Gegenstand der allgemeinen Lehren des Strafrechts sind die allgemeinen Wesensmerkmale des Verbrechens und des Täters. Jede strafrechtlich bedeutsame Handlung ist eine gegliederte Einheit objektiver und subjektiver Momente (von Tat und Wille); ihre Verwirklichung geschieht in verschiedener Weise (als Begehung oder als Unterlassung) und in verschiedenem Grade (als Vorbereitung, Versuch oder Vollendung); ihre Bewertung in der Gemeinschaft kann verschiedenartig ausfallen (als rechtmäßig oder rechtswidrig; als schuldlos oder schuldhaft); sie steht in unlösbarer Beziehung zu ihrem Täter, dessen Persönlichkeit, Wille und Gesinnung ihre Eigenart prägen. Diese Momente darzustellen, ist Aufgabe des allgemeinen Teils.

Aufgabe des besonderen Teiles ist es, die einzelnen Verbrechensarten (Mord und Totschlag, Diebstahl und Raub usw.) voneinander abzugrenzen.

##### II. Wesensmerkmale der Handlung und des Täters und deren strafrechtliche Bewertung

1. Jedes Gemeinschaftsleben baut auf der Zwecktätigkeit der Gemeinschaftsglieder auf. Es setzt voraus, daß der Mensch Zwecke, d. h. künftige Ziele setzen, die zu ihrer Erreichung erforderlichen Mittel auswählen und in Gang bringen kann. Diese erste Voraussetzung alles Gemeinschaftslebens ist auch das erste Kriterium menschlichen Handelns überhaupt. Das reine Naturgeschehen verläuft blind-kausal (oder in der belebten Natur, vor allem der Tierwelt bestenfalls unbewußt-zweckmäßig [instinkthaft]). Aber der Mensch vermag die Zukunft zweckbewußt zu gestalten, d. h. auf Grund von Kausalerfahrungen die verschiedenartigsten Zielsetzungen planvoll zu verwirklichen. Damit ermöglicht er die spezifische Eigenart, die Breite und Fülle menschlichen kulturell-zivilisatorischen Schaffens.

Auch das Strafrecht beschäftigt sich allein mit Handlungen im Sinne dieser Zwecktätigkeit. Wo der Mensch nur kausal wird, sei es, daß er als bloße mechanische Masse wirkt (bei plötzlicher Ohnmacht), oder daß er zweckmäßig oder

zweckwidrige Reflexbewegungen ausführt (bei Krampfanfällen oder unbeherrschbaren Schreckreaktionen), da mag er u. U. als Objekt rechtlichen Einschreitens z. B. als polizeiwidriger Zustand) in Betracht kommen; strafrechtlich scheidet sein Verhalten aus.

Wie Zweckhandlungen das Gemeinschaftsleben aufbauen, so sind es Zweckhandlungen, die es verletzen. Handlungen, die sich innerhalb der Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen, werden von der Gemeinschaftsordnung positiv, als „rechtmäßig“ bewertet. Handlungen aber, die sie verletzen, sind „rechtswidrig“.

2. Der Mensch ist jedoch nicht nur ein zwecktätig handelndes, sondern auch ein für seine Handlungen sittlich verantwortliches Wesen. Er vermag nicht bloß beliebige Ziele zu setzen und planvoll zu verwirklichen, sondern auch diese Ziele zuvor nach ihrem Sinn und Wert für das Gemeinschafts Ganze auszuwählen. Richtet sich der Mensch nach den von den Gemeinschaftswerten ausgehenden Sollensforderungen (z. B. nach der Pflicht zur Hilfeleistung in § 330 c), so handelt er verdienstlich. Verletzt er sie, so handelt er schuldhaft. Der Mensch ist „Person“ in dem doppelten Sinne, daß er zwecktätig handelndes und für seine Handlungen sittlich verantwortliches Wesen ist. In diesen beiden aufeinander aufbauenden Stufen der Zwecktätigkeit und der sittlichen Verantwortlichkeit erfüllt sich menschliche, personale Täterschaft.

Die beiden Wertungen des Strafrechts: Rechtswidrigkeit und Schuld entsprechen diesen beiden Wesensmerkmalen von Handlung und Täterschaft. Der Zwecktätigkeit entspricht die Rechtswidrigkeit, der Verantwortung die Schuld. Beide Momente sind — obwohl überwiegend verbunden — sachlich doch zu unterscheiden. Denn gewisse Menschen sind, obwohl sie zwecktätige Handlungen vollziehen können, sittlicher Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft nicht fähig: das Kind und der Geisteskranke.

Ein 12jähriger Junge, der in Nachbars Garten Äpfel stiehlt, handelt nicht schuldhaft, weil er noch keine vollentwickelte moralische Persönlichkeit ist, die die soziale Bedeutung der Handlung wirklich erkennen und sich danach richten könnte. Seine Handlung aber ist eine Zweckverwirklichung, die aus der sozialen Ordnung (der Eigentumsordnung) herausfällt und darum rechtswidrig ist. Gerade deshalb hat auch der Erwachsene, der dem Jungen über den Zaun geholfen hat, nicht etwa bei einem rechtlichen Nichts mitgewirkt, sondern zu einer rechtswidrigen Diebeshandlung Beihilfe geleistet und ist als Gehilfe dafür verantwortlich.

Wie das „finale“ Moment der Handlung (die Zwecktätigkeit) eigenständig ist gegenüber dem sittlichen Moment der Verantwortlichkeit, so ist auch die Rechtswidrigkeit eine eigenständige Wertungsstufe gegenüber der Schuld. Die Rechtswidrigkeit enthält das schlichte Werturteil darüber, daß die Handlung aus den Ordnungen des Gemeinschaftslebens herausfällt. Die Schuld ist die Verantwortlichkeit der sittlichen Persönlichkeit für ihre rechtswidrige Handlung.

3. Von dem Grundsatz, daß für das Strafrecht nur zwecktätige Handlungen in Betracht kommen und bloße Verursachungen ausscheiden, gibt es eine den Grundsatz bestätigende Ausnahme für solche Verursachungen, die von ihrem Urheber zwecktätig vermeidbar waren, das sind die fahrlässigen Handlungen. Denn sind sie zwar bloße Verursachungen, so sind sie doch dadurch, daß sie durch den möglichen Einsatz der Zwecktätigkeit vermeidbar waren, in den Umkreis menschlichen Handelns erhoben (s. u. S. 22).

## ERSTER TEIL

# DER AUFBAU DES VERBRECHENS UND DAS WESEN DES TÄTERS

## Einleitung: Die Handlungslehre

### § 8. Der Handlungsbegriff

#### I. Das Grundgefüge der Handlung

Vgl. Weizel, Z. 58 502 ff.

##### 1. Die vorsätzliche Handlung

Menschliches Handeln ist Ausübung der Zwecktätigkeit. Die Eigenart menschlicher Täterschaft besteht darin, Ziele gedanklich zu antizipieren, die für die Zielerreichung erforderlichen Mittel auszuwählen und sie dann planmäßig zur Verwirklichung des Zieles einzusetzen. Ganz anders bei der reinen Kausalität: bei ihr sind die Ursachfaktoren nicht vom Ziel her bestimmt, sondern das „Ziel“ (die Wirkung) ist die blinde Resultante der gerade vorhandenen Ursachfaktoren. Kausalität ist „blind“; Finalität (Zwecktätigkeit) „sehend“, d. h. ein vom Ziel her gelenktes Wirken.

Ein Beispiel mag das verdeutlichen: Wenn der Blitz einen auf dem Felde arbeitenden Mann erschlägt, so beruht das Geschehen darauf, daß zwischen dem Mann und der Wolke die stärkste elektrische Spannung entstanden war, die zur Entladung führte. Diese Spannung hätte genau so gut auch zwischen einem sonstigen hochstehenden Gegenstand und der Wolke entstehen können. Daß es gerade der Mann war, war in der unendlichen Kette des Geschehens gewiß ursächlich bedingt, aber das Geschehen war daraufhin nicht zielgerichtet. Ganz anders bei menschlichen Handlungen: Wer einen anderen ermorden will, wählt die Ursachfaktoren bewußt daraufhin aus und legt sie so an, daß sie das vorbestimmte Ziel erreichen. Hier ist die Ursachkonstellation auf die Zielerreichung angeordnet: Einkäufen der Waffe, Auskundschaften der Gelegenheit, Auf-die-Lauer-Legen, Zielen, Losdrücken: alles sind einem Gesamtplan unterstehende, zielgerichtete Akte.

Diese Zielgerichtetheit (aktuelle Finalität) beruht auf der Fähigkeit des Willens, in bestimmtem Umfange die Folgen seines kausalen Eingreifens vorzusehen und dieses danach planvoll zur Zielerreichung einzurichten. Der zwecktätige Wille beherrscht durch sein Kausalwissen das reale Geschehen und gestaltet es zu einer zielgerichteten Aktion. Dadurch hebt sich die Willensverwirklichung über jede äußere Verursachung hinaus. Der Wille ist kraft seines Kausalwissens objektiv-gestaltender Faktor der Handlung; er lenkt das Handlungsgeschehen planvoll zur Zielerreichung hin (Willensverwirklichung). Daher gehört der Vorsatz zur Handlung als deren objektiv-gestaltender Faktor.

Über den Inhalt des zwecktätigen Verwirklichungswillens s. u. S. 39.

##### 2. Die fahrlässige Handlung

Handlung im weiteren Sinne ist die zwecktätig vermeidbare Verursachung. Beispiel: Löst sich beim Reinigen eines Gewehres, das der Täter versehentlich nicht