

**Veranstaltung der Friedrich-Ebert-Stiftung 1.- 2. Juni 2006**

**Vortrag von Prof. Dr. Dr. Ingo Müller**

**Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaft im Strafrecht  
und Problembewusstsein in der Juristen**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich muss eingangs etwas klarstellen: Ich werde Ihnen nicht, wie im Programm angekündigt, eine Beispielvorlesung halten. Als meine Bereitschaft erfragt wurde, hier zur Strafrechtsdidaktik zu referieren, habe ich zugesagt. An der Planung der Veranstaltung war ich nicht beteiligt. Und als ich mich dann rührte, war es zu spät. Das Programm mit der etwas merkwürdigen Aufgabenstellung war schon versandt. Ich hoffe, Sie nehmen es mir nicht übel, wenn ich einfach zu dem Thema referiere.

Meine feste Überzeugung und Erfahrung etlicher Jahre akademischen Unterrichts ist, dass das Recht, die Normen und die zahlreichen dogmatischen Figuren, schwer zu begreifen sind, ohne Kenntnis ihrer Entstehung, ihrer politischen Hintergründe und der Weltanschauung, aus der sie geschaffen wurden. Ohne dieses Wissen wird das Rechtsstudium zur bewussten Auswendiglernerei, und das Ergebnis ist Dogmatik-Gläubigkeit und Weltferne, für die Juristen so gefürchtet sind. Das ist nicht nur im Strafrecht so, aber auch hier, und weil ich nun einmal Strafrechtler bin, werde ich über das Strafrecht reden.

Unter dem Dach der sogenannten ordentlichen Gerichtsbarkeit, die nicht etwa geordneter ist als Arbeits-, Verwaltungs- oder Finanzgerichtsbarkeit, sondern so heißt, weil sie zuerst da war und die anderen zunächst außerordentliche genannt wurden, sind die Straf- und die Zivilgerichte angesiedelt. Zerstrittene Schwestern, die weiter voneinander entfernt sind, als beide jeweils von den anderen Gerichtsbarkeiten. Strafrichter fühlen sich von Zivilrichtern missachtet, die das wiederum auf einen tiefsitzenden Minderwertigkeitskomplex der Strafrichter zurückführen. Das ist in allen Instanzen so vom Amts- und Landgericht, übers Oberlandesgericht bis zum Bundesgerichtshof.

Das geringe Ansehen der Strafrechtler beruht wohl weniger auf dem Gegenstand, mit dem sie sich beschäftigen, Zank und Streit sind immer unerquicklich und Gerichte haben es ja ausschließlich damit zu tun, und schließlich ist die Materie, mit der Abfallrechtsspezialisten und Immissionsrechtler zu tun haben, unappetitlicher als die meisten Straftaten. Daran kann es also nicht liegen. Im übrigen war es nicht immer so. Die Rechtsphilosophie, eine Perle der Rechtswissenschaft, wurde früher von Strafrechtlern mitverwaltet, und Namen wie Franz von Liszt und Gustav Radbruch haben bis heute große Strahlkraft und gelten als Autoritäten weit über ihr Fachgebiet hinaus. Der Ansehensverlust der Strafrechtler beruht in erster Linie auf ihrer Verstrickung in das Nazi-Unrecht. Strafrechtler hatten den größten Anteil am Niedergang des Rechts im Dritten Reich. Sie übten als Richter und Staatsanwälte die vom Bundesgerichtshof 1995 so bezeichnete „Blutjustiz“ aus oder stifteten dazu an, wie die Strafrechtsprofessoren jener Zeit. Das geringe Ansehen der Strafrechtler erklärt sich aber auch daraus, wie sie mit ihrer Geschichte umgingen. Sie hätten sich nicht das Geringste vorzuwerfen, waren jahrzehntelang die Abwehr gegen jeden Versuch, an die Vergangenheit zu rühren.

Wie man in der Nachkriegszeit allgemein versuchte, jede historische Reminiszenz zu tilgen (der Berliner Senat zahlte in den 60er Jahren Hausbesitzern, die ihre Bauten von historischem Dekor befreiten, eine Stuck-Abschlagsprämie), so versuchte auch die Rechtswissenschaft, ihre historischen Wurzeln zu verschleiern. Was früher selbstverständlich zum Rechtsunterricht gehörte und zum Verständnis des gegenwärtigen Rechts auch unerlässlich ist, wurde inzwischen weitgehend aus dem Rechtsunterricht getilgt. Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafrechts von 1871 widmete zum Beispiel den ganzen ersten Band den geschichtlichen und philosophischen Grundlagen des Strafrechts, dem älteren mosaischen Recht, dem römischen, canonischen und germanischen Strafrecht, dem gemeinen Recht und dem aller europäischen Staaten, dem philosophischen Hintergrund und den „Hilfswissenschaften für das Studium des Strafrechts“: Staatswissenschaften, Statistik, Ethik, Anthropologie und Psychologie. Nicht, dass all dies nicht auch heute an der Universität gelehrt würde, aber es ist nicht mehr an der Juristischen Fakultät angesiedelt und auch nicht Bestandteil des Rechtsunterrichts. Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und juristische Zeitgeschichte sind vom juristischen Fachunterricht abgespalten,

weitgehend examens-irrelevant und werden daher von der ganz aufs Examen ausgerichteten Studentengeneration Freischuss nicht mehr belegt. Sie fallen als erste den vorgeblichen Sparzwängen zum Opfer, da sie als Ballastfächer gelten. Das ist, als ob man die Selbstreflexion, das Nachdenken über sich selbst aus Zeit-Management-Gründen abschafft. Wie es in den Nachkriegsjahrzehnten eine Garantie für das Ende jeder wissenschaftlichen Karriere war, die Larenz', Mezgers, Schaffsteins, Siegerts, Welzels, Dahms, Bruns, Langes und all die anderen aus ihren Schriften aus den zwölf braunen Jahren zu erinnern, so galt das gleiche für die aus dem Dritten Reich stammenden Rechtsgrundlagen.

Statt die Grundprobleme des Strafrechts und seiner Entstehung zum Thema zu machen und damit die Studenten zu beschäftigen, verlegte sich die Strafrechtswissenschaft auf eine Theorienhuberei ohne Gleichen. Dabei muss man wissen, dass all die Theorien, mit denen die Lehrbücher gefüllt werden, keine sind, sondern Wertungen, Behauptungen und Meinungen. Keine von ihnen ist wissenschaftlich verifizierbar, aber höchstes Ansehen genießt in der Strafrechtswissenschaft, wer eine neue Behauptung aufstellt, ihr einen einprägsamen Namen gibt und es schafft, sie zur herrschenden Meinung zu machen. Zu fast jedem Strafrechtsproblem gibt es eine subjektive und eine objektive „Theorie“ und in der Regel eine vermittelnde oder „Vereinigungstheorie“. Von den Studenten verlangt man in dem immer stärker von den Fakultäten beherrschten Ersten Examen die Kenntnis möglichst vieler dieser „Theorien“, deren praktische Relevanz man am besten daran erkennt, dass die für alle Rechtsanwender vom Polizeibeamten über den Staatsanwalt und sämtliche Richter bis hinauf zum Bundesgerichtshof allein maßgebliche Rechtsprechung allzu oft als „hoffnungslose Mindermeinung“ – ein Vernichtungsurteil – dargestellt wird.

Eine Beendigung dieses Theorienspuks würde gewaltigen Raum schaffen und Kapazitäten freisetzen für eine Beschäftigung mit dem Recht und seiner Entstehung, was das Verständnis für das Recht fördern und zur Entwicklung eines Rechtsbewusstseins beitragen würde.

Das Strafrechtssystem, die Abfolge einzelner Prüfkriterien anhand deren strafbares Handeln bestimmt und von straflosem abgegrenzt wird, wurde im 19. Jahrhundert

von Aufklärern wie Feuerbach und Mittermaier entwickelt und im frühen 20. Jahrhundert von Ernst von Beling zur Vollendung gebracht. Es wurde in dem Bemühen entwickelt, eine deutliche Abgrenzung des strafbaren Handelns zu ermöglichen. Dazu diente die Gliederung des komplexen Tatgeschehens in einzelne Elemente, die mit großer Nüchternheit einzeln zu prüfen und voneinander zu scheiden sind: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, dazu eventuelle Strafausschlussgründe, Prozesshindernisse und Ähnliches. Größte Bedeutung kommt dabei der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit zu, der Überprüfung des tatsächlichen Tathergangs auf seine Übereinstimmung mit der im Gesetz festgelegten Beschreibung einer für strafbar erklärten Handlung, Subsumtion genannt, denn Artikel 103 Abs. 2 des Grundgesetzes schreibt fürs Strafrecht strikte Gesetzesgebundenheit vor. Aufgabe jeder rechtsstaatlich orientierten Strafrechtsdogmatik muss das Aufzeigen der klaren Grenze zwischen straflosem und strafbarem Tun sein, was nur möglich ist, wenn die Gesetze klar und bestimmt sind und sich nicht der unter Strafrechtler geläufigen Karikatur eines Tatbestandes annähern: Wer sich unangemessen verhält, wird angemessen bestraft.

Daraus ergeben sich vier elementare Grundsätze, die der Strafrechtslehrer Gerhard Wolf aus Frankfurt (Oder) zusammengestellt hat:

1. nulla poena sine lege

Das Einvernehmen über dieses rechtsstaatliche Fundament der Strafrechtslehre darf nicht länger ein Lippenbekenntnis bleiben.

2. Nicht der Täter, sondern die Tat ist strafbar. Von einem Täter kann man nur sprechen, wenn man an eine nach Tatzeit, Tatort und Tatumständen bestimmte, gesetzlich unter Strafe gestellte Tat anknüpft und sich auf sie beschränkt.

3. Der Gesetzgeber hat eindeutige gesetzliche Regelungen zu schaffen. Er entzieht sich seiner Verantwortung, wenn er die Klärung ungelöster Probleme der Rechtsprechung aufbürdet oder dem Bundesverfassungsgericht überträgt.

4. Die Strafrichter haben sich bei der Beurteilung des Einzelfalls jeder eigenen Bewertung von Täter und Tat zu enthalten und ausschließlich das Gesetz anzuwenden.

Über diese Grundsätze gibt es, solange sie derart abstrakt formuliert sind, in der Strafrechtswissenschaft keinen Streit. Aber wenn es ins Detail geht, lässt man gerne mal Fünfe gerade sein, insbesondere wenn es sich um Straftaten handelt, die im Dritten Reich neu- oder umformuliert wurden, und von denen gibt es noch eine ganze Reihe im heutigen Strafgesetzbuch. In jenen zwölf Jahren hatte sich nämlich die Strafrechtsdogmatik zur Aufgabe gemacht, die Grenze zwischen straflosem und strafbarem Handeln zu verwischen: „Die Zurücksetzung von Rechtssicherheit und Berechenbarkeit gegenüber anderen und neuen Rechtswerten“ (Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft, Seite 11) war Ziel des nationalsozialistischen Täterstrafrechts und die vom Bonner Strafrechtslehrer Hans Welzel stets propagierte „wertfühlende ganzheitliche Betrachtungsweise“ das Mittel dazu, die damals einheitlich abgelehnte „rationalistische Zergliederung“ der Strafrechtsaufklärer zu überwinden. Sämtliche im Dritten Reich formulierten Straftatbestände waren geprägt von der „wertbetonten Typensonderung“, die Georg Dahm 1934 propagierte. (Die Erneuerung der Ehrenstrafe, DJZ 1934, Sp. 831). Typisch für jene Zeit war ein neues, vorwiegend von der Kieler Schule, der nationalsozialistischen „Stoßtruppfakultät“, entwickeltes, nicht mehr am Individual-Rechtsgüterschutz, sondern am „Gemeinschaftsgedanken“ orientiertes Strafrecht. „Fast alle Sätze, Begriffe und Unterscheidungen unseres bisherigen Rechts sind vom Geist der Aufklärung berührt und bedürfen daher der Umformung und Neugestaltung auf der Grundlage eines neuen Denkens und Erlebens“ (Politische Strafrechtswissenschaft 1934, Seite 26), schrieb Friedrich Schaffstein 1934, bis in die 70er Jahre Strafrechtsprofessor in Göttingen und ein Vierteljahrhundert lang Nestor des bundesdeutschen Jugendstrafrechts, denn „ein am Gemeinschaftsgedanken ausgerichtetes Strafrecht ist nicht Rechtsgutverletzungsstrafrecht, sondern Gesinnungsstrafrecht“.

Die Auffassung des Verbrechens als Pflichtwidrigkeit führte nicht nur in den Augen der Exponenten der Kieler Schule „zu einer völligen Revolutionierung der inneren Struktur und damit auch der Begriffswelt des Strafrechts“.

Im Gegensatz zu diesen lauten und unzweideutigen Bekenntnissen zum Führerstaat entwickelte der Bonner Strafrechtslehrer Hans Welzel, auf die konservative Philosophie Nicolai Hartmanns gestützt, seine „finale Handlungslehre“. In den 60er Jahren noch eher als Skurrilität betrachtet, hat sie, schamhaft in soziale Handlungslehre umbenannt, einen beispiellosen Sieg in der akademischen Strafrechtslehre errungen. Sämtliche Studenten der Bundesrepublik legen ihren Strafrechtsklausuren das Welzelsche Prüfschema zugrunde. In der Abfolge von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, der klassischen Trias zur Untersuchung der Strafbarkeit einer Handlung, zählten die Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit logischerweise zur Schuld. Welzel, der in Anlehnung an Nicolai Hartmanns Ontologie als menschliche Handlung nur anerkennt, was bewusst geschieht, vom Willen gesteuert, nimmt den Vorsatz, wenn man so will den verbrecherischen Willen, zur Tatbestandsmäßigkeit. Damit erreicht man dasselbe wie die exponierten Nazis mit ihrem Täterstrafrecht und dem „Verbrechen als Pflichtverletzung“, nur ohne deren anstößige Begrifflichkeit. Gemeinsam ist beiden, dass dominiert, was die Juristen das „subjektive Element“ nennen, was man 1933 ff. mit den Worten umschrieb: Strafbar ist nicht die Tat, sondern die Gesinnung, und die Tat ist nur ein Indiz für die Gesinnung.

Der schon erwähnte Rechtsphilosoph und Strafrechtslehrer Gustav Radbruch hatte 1947 in seinen Gedanken zur Erneuerung des Rechts gefordert, abzugehen „von dem, was man bisher als Fortschritt begrüßt: von der Individualisierung, der Psychologisierung, von allem dem, was wir Täterstrafrecht nennen“ (Die Erneuerung des Rechts, Die Behandlung 1947, nachgedruckt bei Maihofer, Naturrecht und Rechtspositivismus, Seite 1 ff., 8). Radbruch blieb ein Rufer in der Wüste. Eine 1954 vom Bundesjustizminister Neumeier eingesetzte Große Strafrechtskommission, deren 30 Mitglieder größtenteils exponierte Juristen des Dritten Reichs waren, wie die Professoren Lange, Mezger und Welzel, die Richter Baldus, Niethammer, Bundesanwalt Fränkel und die Ministerialbeamten Schafheutle, Kanter und Dreher, diese Kommission war ganz noch von der Idee des Verbrechens als Pflichtverletzung besessen

und lobte im Vorwort ihres Entwurfs die „wertvollen Gedanken“ des Entwurfs 1936, den die amtliche Strafrechtskommission unter Staatssekretär Freisler erarbeitet hatte. Der von der Großen Strafrechtskommission beschlossene Gesetzentwurf – bekannt unter der Bezeichnung E 62 – sah statt bisheriger 358 Strafrechtsparagrafen nicht weniger als 484 vor. Zum Glück sind diese nicht Gesetz geworden. Aber die Grundlage des Strafrechts, der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches wurde 1968 vom Bundestag in der Fassung des E 62 beschlossen und trat am 1. Januar 1975 in Kraft. Und immer wieder bedient sich die Ministerialbürokratie aus dem E 62, wenn eine Strafrechtsvorschrift neu gefasst werden soll. Typisch für den E 62 war das starke Abstellen auf Absichten, Motive und Gedanken des Täters. Jurastudenten, denen man das Staunen noch nicht hat abgewöhnen können, wundern sich über die Selbstgespräche führenden Täter, die sich entweder sagen: „Ich sehe den schädigenden Erfolg als möglich voraus, nehme ihn aber billigend in Kauf“ oder „Ich vertraue darauf, dass er nicht eintritt“. Als Strafrjurist weiß man natürlich, welche der beiden Varianten dem Täter durch den Kopf ging.

Aber nicht nur im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs haben sich Gedanken aus den Jahren 1933 bis 1945 erhalten, sondern in großem Maße auch im besonderen Teil, bei den einzelnen Strafvorschriften.

Als nach dem Krieg die Alliierten anordneten, „typisch nationalsozialistische“ Bestimmungen aus den Gesetzen zu streichen, setzte ein zähes Ringen um die vielen in dieser Zeit neu- oder umformulierten Vorschriften ein. Die Neigung, Errungenschaften nationalsozialistischer Gesetzgebung aufzugeben, war gering, schließlich entsprachen sie doch nach wie vor der allgemeinen Auffassung der Juristenschaft in Rechtsprechung und Lehre. Sie hatte sie schließlich auch mitformuliert. Man berief sich darauf, dass nur typisch Nationalsozialistisches zu streichen sei. Wenn etwas nur rechtsstaatsfeindlich oder „einfach nationalsozialistisch“ war, konnte es bleiben. Die Nürnberger Gesetze mit ihrem Kernstück, dem Blutschutzgesetz, waren sicher typisch wie auch die Reichstagsbrandverordnung und die Polen-Juden-Strafrechtsverordnung. Sie wurden schon von der Besatzungsmacht aufgehoben. Wie verhielt es sich jedoch mit den Straftatbeständen der Unterlassenen Hilfeleistung, der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 i.d.F. der NotVO vom

4.2.1933, RGBl. I, 38), der Nichtanzeige geplanter Straftaten (durch Gesetz vom 2.7.1936), der Verkehrsunfallflucht (VO vom 2.4.1940, RGBl. I, 606), der Urkundenfälschung (Strafrechtsangleichungs-VO vom 29.5.1943, RGBl. I, 339), des Vollrausches (Ges. vom 4.9.1941, RGBl. I, 549), des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (Ges. vom 22. Juni 1938, RGBl. I, 651), der Nötigung (VO vom 29.5.1943, RGBl. I, 339), der Untreue (Ges. vom 26. Mai 1933, RGBl. I, 295) und des Mordes (Ges. vom 4.9.1941, RGBl. I, 549), sämtlich Strafvorschriften, die 1933 bis 1945 ihre heutige Formulierung erhielten. Fritz Hartung, Reichsgerichtsrat bis 1945 und auch noch danach Strafrechts- und Strafprozesskommentator, schwärmte 1971, „auf juristischem, insbesondere strafrechtlichem Gebiet hat das nationalsozialistische Regime ... Fortschritte von grundlegender Bedeutung gebracht ...., Verbesserungen, die bis heute Bestand haben und aus dem Strafrecht nicht mehr wegzudenken sind“ (Jurist unter vier Reichen, S. 123). Heute wird dieser Tatbestand lieber verschwiegen.

Ein prominentes Beispiel für die nationalsozialistische Gesetzgebung ist der Mordparagraph 211, der im September 1941 seine heutige Fassung erhielt. Die bis dahin klare Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, die wir aus englischen, französischen und amerikanischen Filmen kennen und auch von 1871 bis 1941 im Strafgesetzbuch stand, dass wegen Mordes zu bestrafen sei, wer einen anderen „mit Überlegung“ tötet, wurde durch ein Bündel zehn verschiedener Motive, Modalitäten und Zwecke ersetzt, auch durch im Gesetz nicht näher bestimmte „sonstige niedere Motive“. Welche Schwierigkeit dieses Paragraphenmonster Strafruristen bereitet, mag man daran erkennen, dass die Kommentierung der alten Strafvorschrift im klassischen Frank'schen Kommentar von 1931 gerade eine Seite in Anspruch nahm, während heute der bekannteste Kurzkomentar 29 eng bedruckte braucht, im übrigen ohne einen Hinweis auf den Ursprung der Vorschrift. Dass der Paragraph ganz der nationalsozialistischen Täter-Typen-Lehre entspricht, zeigt schon seine äußere Form: „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“ Die einzigen Änderungen, welche die Vorschrift erfuhr, waren nach Abschaffung der Todesstrafe durch das Grundgesetz die Umwandlung dieser in lebenslanges Zuchthaus und seit 1975 dessen Umwandlung in lebenslängliche Freiheitsstrafe. Es blieb bei der Fülle sperriger Kriterien, die eine Tötung zum Mord machen, auch bei den „sonstigen niederen Motiven“. Der Präzisierungsversuch des Bundesgerichtshofs, dass das solche seien, die



„nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtungswert sind und auf tiefster Stufe stehen“ (BGHSt 2, 63) ersetzt eine Leerformel durch fünf andere und hat nicht mehr Erklärungswert als Onkel Bräsigs Feststellung, „dass die Armut von der Pauverté kommt“. Die niederen Motive sind ein Einfallstor für Vorurteile und individuelle Wertauffassungen der jeweils entscheidenden Richter, und wie verschieden sie sind, konnte man jüngst bei der Beurteilung der Tat des Kannibalen von Rotenburg beobachten.

Das Werturteil über den Täter und die von ihm begangene Tat ist danach nicht Ergebnis der Subsumtion einer Tat unter einen gesetzlichen Tatbestand, sondern dessen Voraussetzung. Eine solche, mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG kaum vereinbare Strafbarkeit nach Werturteil war Kennzeichen der Gesetzgebung des Dritten Reichs, deren Täter-Typisierungen das Verdammungsurteil stets schon mitlieferten: Sehr gefährliche Gewohnheitsverbrecher, der jugendliche Schwerverbrecher, der Volksschädling und eben auch: der Mörder. Aber inzwischen wurde dem Mordparagraphen so oft verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigt (BVerfGE 45, 187; 54, 100), dass er kaum noch aus der Welt zu schaffen ist.

Nicht nur beim Paragraphen 211, auch bei vielen anderen im Dritten Reich formulierten Tatbeständen ersetzt das richterliche Werturteil die Bestimmtheit des gesetzlichen Straftatbestandes. Das ist auch bei der Untreue so, insbesondere dem sogenannten „Treubruchtatbestand“, dessen Ursprung und Unbestimmtheit erst zum Thema öffentlicher Diskussion wurde, als der Freispruch des einflussreichsten deutschen Wirtschaftsführers vom Bundesgerichtshof aufgehoben wurde. Die Empörung über dessen Tun kann man teilen, nur hätte dies präziser in der Tatbestandsbeschreibung zum Ausdruck kommen müssen. Der Paragraph 266 erhielt aber am 26. Mai 1933 eine bewusst vage und unbestimmte Fassung, eben damit das richterliche Werturteil über die Strafbarkeit entscheide. Denn „Begriff und Wort des Tatbestandes sollten“, so die damalige Forderung Georg Dahms, „aus der Strafrechtsdogmatik verschwinden. Die Lehre vom Tatbestand ist nicht nur unfruchtbar, sondern schädlich“ (Verbrechen und Tatbestand, in K. Larenz (Hrsg) Grundlagen der neuen Rechtswissenschaft 1935, Seite 89).

Am deutlichsten wird dies jedoch beim Nötigungstatbestand. Bis 1943 lautete der Paragraph 240: „Wer einen anderen widerrechtlich durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft“. Da die leichteren Straftaten damals Übertretungen waren, war nur die Bedrohung mit einer schweren Straftat strafbare Nötigung. Als die „Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue vom 29. Mai 1943 bereits die „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ zum Nötigungsmittel erklärte, musste, da ansonsten der Tagesablauf jedes Menschen aus einer Kette von Nötigungen bestünde, ein Absatz 2 angefügt werden: „Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht“.

Damit war eine präzise Abgrenzung zwischen straflosem und strafbarem Handeln unmöglich geworden. Es blieb dem Richter überlassen, nach nationalsozialistischen Prinzipien zu entscheiden, wann eine Nötigung strafbar sein sollte. Die Strafe wurde dem damaligen Zeitgeist entsprechend auf das Fünfzehnfache erhöht. Sie wurde mittlerweile herabgesetzt, ist aber heute noch dreimal so hoch wie bis 1941.

Einen Spezialfall der Nötigung behandelt der Paragraph 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte). Wer einem Amtsträger bei der Vollstreckung von Hoheitsakten mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt Widerstand leistet oder ihn dabei tätlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Man ist sich nicht einig, ob diese Vorschrift gegenüber der Nötigung eine Qualifizierung oder Privilegierung darstellt. Für ersteres spricht die wesentlich schwerere Form der Tatbegehung, für letzteres die mildere Strafe. Wer einem Polizisten androht, man werde ihn umbringen, wenn er etwas zu beschlagnahmen versuche und ihm obendrein an die Gurgel geht, wird milder bestraft als wer ihm für diesen Fall ankündigt, ihn wegen verschiedener Dienstvergehen anzuzeigen. Das wäre nämlich keine Widerstandshandlung, sondern nur eine Nötigung, und die wird schwerer bestraft. Nach Kommentarauffassung will der Staat die verständliche Erregung des Bürgers angesichts staatlicher Vollstreckungsakte privilegieren. Seit wann aber

schützt der Staat seine rechtmäßig handelnden Beamten weniger als alle anderen Bürger? Rechtsprechung und Anzeigepraxis bei angeblichen Polizistenbeleidigungen sprechen für das Gegenteil. Der Widerspruch wäre vom Gesetzgeber aufzulösen, indem die Strafe für Nötigung herab- oder die für Widerstand heraufgesetzt würde oder beides. 1943 hatte der Gesetzgeber jedoch die Nötigungsstrafe drastisch erhöht, nicht jedoch die für „Widerstand gegen die Staatsgewalt“ wie § 113 damals hieß. Sie blieb unverändert „Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu zwei Jahren“. Da die Polizei damals über ein eigenes, der gerichtlichen Kontrolle entzogenes Sanktionensystem verfügte, wäre niemandem in den Sinn gekommen, einen Widerstand Leistenden vor Gericht zu stellen. Wer der Polizei Widerstand leistete, wurde, wenn nicht auf der Stelle erschossen, in Schutzhaft genommen, das heißt er kam ins Konzentrationslager für bestimmte oder unbestimmte Zeit.

Vom Grundsatz des Täterstrafrechts, dass strafbar nicht die Tat sei, sondern die verbrecherische Gesinnung, ist auch unsere Strafbarkeit des Versuchs bestimmt. Je nach Zeitgeist bestraft die Justiz als Versuch die rechtsfeindliche Gesinnung des Täters (sogenannte subjektive Theorie) oder Aktionen, die eine Gefährdung des jeweiligen Schutzgutes an das Strafrecht darstellen (sogenannte objektive Theorie). Seit es eine Strafrechtsdogmatik gibt, stellt sich die Frage, wie die prinzipiell straflose Vorbereitung einer Straftat vom strafbaren Versuch abzugrenzen sei. Nach § 43 des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871, der auch im Dritten Reich nicht geändert wurde, war wegen Versuchs strafbar, „wer den Entschluss, ein Vergehen oder Verbrechen zu verüben, durch Handlungen, welche den Anfang der Ausführung ... enthalten, betätigt hat“. Man musste also mit der eigentlichen Tat begonnen haben, um wegen Versuchs strafbar zu sein. Daher schied nach höchstrichterlicher Rechtsprechung „als Versuchshandlung alles (aus), was die Ausführung der Tat nur ermöglichen oder erleichtern soll“ (RGSt 53, 336). Diese nüchterne Bewertung gaben die Strafsenate des Reichsgerichts in den 30er Jahren aus zwei Gründen auf: Erstens folgten sie der täterschaftlichen Orientierung der Strafrechtslehre, und zweitens ging es um die Verurteilung von „Rasseschändern“, d.h. Personen, denen zwar nichts vorzuwerfen war als eine einvernehmliche Liebesbeziehung, freilich eine, die damals missbilligt wurde

und nach § 5 Abs. 2 des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre strafbar war.

Die Beziehung zwischen einer „deutschblütigen“ Frau und einem Juden war schon vor Inkrafttreten der Nürnberger Gesetze beendet worden. Die Frau hatte aber noch die persönliche Habe des Mannes in ihrer Wohnung und weigerte sich, sie herauszugeben. Eines Abends erschien er – offensichtlich angetrunken – vor ihrer Wohnung, begehrte lautstark Einlass und die Herausgabe seiner Sachen. Als ihm nicht geöffnet wurde, schlug er im Erdgeschoss eine Scheibe ein. Er wurde festgenommen und wegen versuchter „Rassenschande“ angeklagt, von der Großen Strafkammer des Landgerichts Berlin aber freigesprochen, weil es „selbst wenn man den Entschluss des Angeklagten unterstellt, mit der K. erneut geschlechtlich zu verkehren, es an der ... Betätigung dieses Entschlusses, an dem Anfange der Ausführung des geplanten Verbrechens“ fehlte. Das Reichsgericht (Zweiter Strafsenat) hob den Freispruch auf, sah im Einschlagen der Scheibe schon einen Beginn des Geschlechtsverkehrs und gab dem Instanzgericht bei Zurückverweisung auf, zu prüfen, ob nicht zusätzlich wegen versuchter Vergewaltigung zu bestrafen sei (RGSt 74, 86). Obwohl der Gesetzeswortlaut damals keinen Zweifel zuließ, zählten die Reichsrichter jeden vermeintlichen Schritt in Richtung Tatbestandserfüllung schon zum strafbaren Versuch. In einem anderen Fall zur selben Strafvorschrift hatte ein Hotelgast dem Zimmermädchen ein unsittliches Angebot gemacht, worauf dieses nur lachte und sich entfernte. Dieser harmlose Zwischenfall reichte dem Landgericht Sonnenberg/Thüringen, wegen „versuchter Rassenschande“ zu verurteilen und der Fünfte Strafsenat des Reichsgerichts bestätigte das Urteil, da die mündliche Aufforderung zum Geschlechtsverkehr „nach natürlicher Auffassung als dessen Bestandteil“ erschiene. Hinfort galt also bereits das „Ansetzen“ zur Tat als Tat selbst, und der Bundesgerichtshof blieb auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mit seinem Artikel 103 Abs. 2 dabei, regelmäßig unter beifälliger Zitierung der Rassenschande Urteile des Reichsgerichts. So im Pfeffertütenfall von 1952 (BGH NJW 1952, 514): Die Angeklagten wollten einen Kassenboten überfallen. Sie warteten nahe der Straßenbahn-Endhaltestelle, an der er regelmäßig ausstieg, hielten Pfeffer, den sie ihm ins Gesicht blasen wollten, bereit und kurbelten bei Ankunft jeder Straßenbahn ihren Wagen an. Als sie das dreimal umsonst getan hatten, zogen sie unverrichteter Dinge ab.

Der Bundesgerichtshof bestand auf Bestrafung wegen versuchten schweren Raubes, weil das „unmittelbare Ansetzen zur Tat“ so gut wie deren Beginn sei. So auch im folgenden Fall (BGHSt 26, 201; 1. Urt. vom 16.9.1975):

Die Angeklagten wollten eine Tankstelle ausrauben. Die hatte aber schon geschlossen. Sie wandten sich also dem nächstgelegenen Haus zu, zogen ihre Strumpfmasken auf und läuteten an der Tür. Es erschien jedoch niemand.

Auch hier entschied der Bundesgerichtshof auf Versuch, und so fügte sich das Konstrukt mit dem „Ansetzen zur Tat“ zu „gefestigter“ Rechtsprechung. Die Große Strafrechtskommission übernahm diese in ihre Versuchsdefinition und seit dem 1. Januar 1975 lautet Paragraph 22 StGB: „Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“. Diese Formel enthält keineswegs – wie uns die herrschende Lehre weismachen will (vergl. Roxin, JuS 1979, 1 ff.) – subjektive und objektive Elemente, sondern nur sogenannte subjektive. Es wird allein auf das unmittelbare Ansetzen nach der Vorstellung des Täters abgestellt und seither lernen Generationen von Studenten, dass die Tat beginne, wenn der Täter zu sich sage: „Jetzt geht es los!“.

Der neuen Vorschrift und seiner alten Rechtsprechung folgend entschied der Bundesgerichtshof dann auch diesen Fall (BGHSt 26, 201; 1.Urt. vom 16.9.1975):

Die Angeklagten wollten eine Tankstelle ausrauben. Die hatte aber schon geschlossen. Sie wandten sich also dem nächstgelegenen Haus zu, zogen ihre Strumpfmasken auf und läuteten an der Tür. Es erschien jedoch niemand.

Auch hier entschied der Bundesgerichtshof auf Versuch, und so fügte sich das Konstrukt mit dem „Ansetzen zur Tat“ zu „gefestigter“ Rechtsprechung

Zur Ehrenrettung der heutigen Richtergeneration muss man erwähnen, dass der Bundesgerichtshof in den letzten Jahren, obwohl heute ja die Ansetzformel im Gesetz steht, erst bei einem tatsächlichen Beginn der Tatbestandsausführung einen strafbaren Versuch annimmt. Zum Beispiel bei der Giffalle des Apothekers (BGH NJW 97, 3453): Diebe waren in Abwesenheit eines Apothekers in dessen Wohnhaus eingedrungen, hatten sich an seinen Lebensmitteln gütlich getan, unter anderem Alkoholika getrunken, und auf dem Boden des Hauses Diebesgut bereitgestellt, das sie offenbar noch abzuholen gedachten. Die Polizei observierte das Haus, und der Apotheker stellte in die Diele eine Flasche des von den Dieben bevorzugten Likörs „Ech-

ter Hiekes Bayernwaldbeerwurz“, allerdings mit starkem Gift versetzt. Als ihm der Gedanke kam, einer der observierenden Polizeibeamten könne einen Schluck davon nehmen, warnte er diese und bekam eine Anzeige wegen versuchten Mordes, da zumindest die heimtückische Begehungsform nahelag. Das Landgericht verurteilte nur wegen Verstoßes gegen das Lebensmittelgesetz, und der 1. Strafsenat des BGH bestätigte den Freispruch, da, solange die Opfer noch nicht erschienen waren, von einem Beginn der Tat nicht die Rede sein könne. Und 1999 entschied der 4. Senat (NStZ 99, 395) ganz ähnlich:

Die zwei Angeklagten wollten eine Frau aus vermögendem Hause entführen und eine Million Mark erpressen. Die Tat war minutiös vorbereitet, sie hatten sich als Paketboten getarnt, allerdings vorher verabredet, dass die Entführung abgebrochen werde, wenn die Frau mit ihrem Säugling erschiene, da in diesem Fall das Risiko zu groß sei. Die Täter läuteten an der Tür, die Frau erschien mit dem Kind, der Paketbote murmelte etwas von Versehen und die zwei zogen unverrichteter Dinge ab. Das Landgericht hatte wegen versuchter räuberischer Erpressung verurteilt, der BGH hob auf und sprach frei, da hier die Schwelle zum „jetzt geht es los“ noch nicht überschritten gewesen sei.

So begrüßenswert die Entscheidung ist, der Unfug liegt in der scheinbar so plausiblen „jetzt geht es los“-Formel, denn woher weiß man, wann der Täter und ob er es überhaupt sagt, womöglich nur denkt oder nicht einmal das.

Die Betonung dessen, was Strafrechtler „subjektives Element“ nennen, das Abstellen weniger auf das, was getan wurde, sondern was der Täter damit beabsichtigte, treibt bisweilen seltsame Blüten. So hat der Gesetzgeber im 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 aus dem E 62 den Tatbestand des „Versicherungsmisbrauchs“ in § 265 StGB übernommen. Danach ist jemand strafbar, wenn er eine gegen Verlust oder Beschädigung versicherte Sache zerstört, beschädigt oder verschwinden lässt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen. Diese Strafbarkeit tritt hinter der des Betruges, auch des versuchten Betruges zurück. Man ist also nicht nach § 265 strafbar, wenn man den Schaden der Versicherung meldet. Da der Eigentümer einer Sache, wie es in § 903 BGB heißt, mit ihr nach Belieben verfahren kann, darf er sie auch zerstören. Ärgert sich also jemand seit längerem über die ebenso teure wie geschmacklose Muranoglas-Vase, ein Hochzeitsgeschenk der Pa-

tentante, und beschließt, sich nach dem Tod der Tante von der Vase zu trennen, so ist es sein gutes Eigentümerrecht, sie zu zerschlagen und in den Müll zu werfen. Wenn er aber bei diesem Zerstörungsakt erwägt, sie als zufällig zerbrochen seiner Hausrats- und Glasbruchversicherung zu melden, hat er sich, auch wenn er den Gedanken nicht weiter verfolgt, nach § 265 StGB strafbar gemacht. Dass „der subjektive Tatbestand...wohl kaum jeweils nachweisbar sein wird“ (Tröndle/Fischer Rdn. 9 zu § 265) ist kein Argument, denn der ist nie nachweisbar, sondern wird dem Täter stets nur unterstellt. Tatsache ist jedenfalls, dass in § 265 allein der Gedanke, man kann auch sagen die Gesinnung, strafbar ist. Wenn ein Gericht aber partout nicht will, kann es natürlich auch eine derartige Absicht nicht nachweisen, das heißt einem beim Ladendiebstahl ertappten Oberstaatsanwalt in den Nichteröffnungsbeschluss schreiben, man habe ihm die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, nicht nachweisen können. So erweist sich das Gesinnungsstrafrecht als Täterstrafrecht. Solche Absurditäten und Ungereimtheiten darzustellen, am besten noch ihre verborgenen Wurzeln offen zu legen, wäre eine Aufgabe des kritischen Rechtsunterrichts. Nicht nur, dass Studenten dann die Dogmatik besser verstehen und im Examen besser abrufen können, man erlöst das Juristenstudium auch aus der Verflachung des „Gedächtnistrainings ohne theoretischen Anspruch“ (Naucke, Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, praktisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus, in: Institut für Kriminalwissenschaften Ffm (Hrsg): Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts 1995, Seite 498) und legt den Keim zur Veränderung, womöglich – wenn die Studenten in verantwortungsvolle Stellungen vorrücken – auch zu einer Beendigung des „unmöglichen Zustand des Strafrechts“ (so der Titel einer Ringvorlesung am Frankfurter Institut für Kriminalwissenschaften).

Halten wir fest:

Ein Rechtsunterricht, der die rechtshistorischen und sozialwissenschaftlichen Hintergründe nicht vernebelt, sondern offenlegt, bringt nicht zusätzlichen Lernstoff, sondern ist didaktisch nützlich: Der Stoff bleibt einfach besser im Studentengedächtnis haften. Darüber hinaus hilft ein derartiger Unterricht den Studenten, die nötige Distanz zu den Konstrukten zu gewinnen und stärkt ihr Immunsystem gegen politische und juristische Ideologien, vor allem auch gegen die vielen sogenannten Theorien oder Lehrmeinungen, mit deren Reproduktion Studenten und Examenskandidaten ihre

Strafrechtsfälle lösen müssen, ein gefährlicher Unfug, wie der hier schon so oft zitierte Gustav Radbruch herausgestrichen hat. 1947 warnte er eine in seiner Heidelberger Wohnung einquartierte Jurastudentin, als er ihr ins Poesiealbum schrieb:

„Gedenke bei des Rechtes Üben,  
Gesetze sind auf Menschenhaut geschrieben!  
Den Strafrechtsfall wie Kreuzworträtsel lösen  
führt unrettbar zur Tyrannei des Bösen“.