

Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und Tatbegriff – eine kritische Betrachtung

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

I. Der Streit

Goltdammer's Archiv für Strafrecht hat im Jahr 2016 zwei Aufsätze veröffentlicht, die zur Problematik der Begriffe „Verhaltensnorm“ und „Sanktionsnorm“ in sehr verschiedener Weise Stellung beziehen.¹ *Rostalski* hatte meinen Widerspruch provoziert mit der These, dass „Voraussetzung jeder Straftat [...] das Vorliegen eines rechtlichen Verhaltensnormverstoßes“ und dass „die Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm eine zwingende normative Vorgabe“ sei.² Zum Beispiel würde sie behaupten, dass es eine dem Strafrecht vorgelagerte Verhaltensnorm gebe, die es von Rechts wegen verbiete, in eine fremde Wohnung einzudringen. Diese Norm sei unabhängig und strikt zu trennen von der Sanktionsnorm des § 123 StGB, die nicht verbiete, sondern nur eine Strafsanktion anordne für den Fall, dass jemand gegen die Verhaltensnorm verstößt, indem er „in die Wohnung eines anderen widerrechtlich eindringt“. Verfasst hatte *Rostalski* ihren Aufsatz und seine Kernthese der getrennten Normen auf der dogmatischen Grundlage der Lehre, die *Georg Freund* seit langem immer wieder vorträgt. Man müsse, meint er, „zwei verschiedene Arten von Rechtsgütern“ unterscheiden, „die jeweils von einem ganz bestimmten Normtypus geschützt werden. Die Verhaltensnorm ge- oder verbietet ein menschliches Verhalten („Du sollst nicht töten“) und schützt damit Rechtsgüter wie etwa das Leben. Rechtsgut der Sanktionsnorm, also einer Strafvorschrift („Wer einen Menschen tötet [...], wird bestraft“, § 212 I), ist hingegen die Geltungskraft der Verhaltensnorm“. *Freund* sieht „weitreichende Konsequenzen für das Verständnis der eigentlichen Funktion der Strafgesetze: Sie sollen nicht regeln, was verboten oder was geboten ist. Das sagen bereits die von den Strafgesetzen vorausgesetzten Verhaltensnormen – also die Verbote und Gebote der primären Normenordnung“. Für das StGB bleibt nur noch zu regeln übrig, „auf welche Verhaltensnormverstöße unter welchen weiteren Voraussetzungen strafrechtlich reagiert werden soll“.³

Ich will versuchen, mir am Beispiel klarzumachen, was das konkret bedeutet. Dass das Strafgesetzbuch in § 176 Abs. 1 den mit Strafe bedroht, der sexuelle Handlungen an einem Kind vornimmt, ist eine Bestimmung, die keineswegs den Schutz des Kindes vor sexuellem Missbrauch bezweckt. Diesen Zweck verfolgt allein eine ungeschriebene, wie auch immer zu begründende, rechtliche Verhaltensnorm. Sie verbietet das von ihr erfasste Verhalten, erklärt es zum Unrecht und missbilligt Normverstöße. Es bleibt unklar, was das Verbot genau erfasst, aber es erfasst jedenfalls das Verhalten, welches § 176 Abs. 1 StGB beschreibt. Rechtliches Verbot

¹ *Rostalski*, GA 2016, 73; *Herzberg*, GA 2016, 737.

² *Rostalski*, GA 2016, 73 (89 und 74). *Rostalski's* Terminus ist nicht korrekt. Denn „rechtlich“ ist die Verhaltensnorm, nicht der Verstoß. Es muss also heißen „Verstoß gegen eine rechtliche Verhaltensnorm“.

³ Zu den Fundstellen der Zitate vgl. *Herzberg*, GA 2016, 737 (743).

und drohende Missbilligung des Verstoßes sollen potentielle Täter dazu motivieren, von der Tatbegehung abzusehen. Das muss *normativ* zum Schutz der sexuellen Integrität des Kindes genügen. Nicht im Dienst des Schutzes steht die motivierende Wirkung der Sanktionsnorm, wonach das tatbestandliche Verhalten sogar *bestraft* wird. Nicht einmal das *Verbot* des sexuellen Kindesmissbrauchs können wir dem § 176 Abs. 1 StGB entnehmen, obwohl er doch den Vorzug aufweist, geschriebenes Recht zu sein und man ihm eine wichtige Grenze entnehmen könnte, die schon *für das Verbot* gelten sollte (14 Jahre).

Frau Rostalski hat in ihrem GA-Aufsatz dieses eigenwillige Strafrechtsverständnis unverändert übernommen und *Freund's* Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm mit der von ihr nicht begründeten Auszeichnung versehen, die Trennung sei sogar „eine zwingende normative Vorgabe“. Ich habe in meinem Beitrag einiges Richtige in puncto Fahrlässigkeit anerkannt, dann aber – nach eigener Einschätzung! – mit Geduld und viel Anschaulichkeit anhand zahlreicher Gesetzesvorschriften und konkreter Fälle die Unhaltbarkeit der fraglichen Normentheorie nachgewiesen. Meine Vermutung war, dass *Freund* und *Rostalski* selbst schon von der Richtigkeit ihrer Lehre nicht so recht überzeugt waren. Allzu offenkundig erschienen mir die Schwächen und die Scheu des Autors und der Autorin, ihre Thesen durch Fallbetrachtung und schulmäßige Gesetzesinterpretation zu prüfen und zu erproben. Ich sah mich bestätigt, als der Widerspruch ausblieb. Meine Argumentation schien mir so überzeugend, dass die Betroffenen dem Widerspruch das Ignorieren vorzogen.

Auf die Habilitationsschrift von *Rostalski* hat mich erst *Carl-Friedrich Stuckenberg* mit seiner eindringlichen Rezension hingewiesen.⁴ Im besprochenen Buch finde ich nun doch das eine und andere Argument meines Aufsatzes erwähnt, aber die Autorin zeigt sich von keinem beeindruckt und geht auf vieles, was ich ihr entgegenhalte, gar nicht ein.

II. Abschreckung durch Strafandrohung

Wie z.B. auf das, was ich vorbringe gegen ihren Versuch der Begründung, weshalb es in der Natur der Sache liege, dass die Sanktionsnorm untauglich sei, Rechtsgüter wie Leben, Freiheit usw. zu schützen; warum also z.B. § 176 Abs. 1 StGB zum Schutz des Kindes vor sexuellem Missbrauch nichts beitragen könne. Diese offensichtlich abwegige These habe ich widerlegt, mit höflicher Differenzierung, die auch die Verhaltensnorm als Kategorie gelten lässt. Dazu an dieser Stelle nur das Folgende: Im Hinblick auf fremde Sachen z.B. können wir dem § 823 Abs. 1 BGB eine rechtliche Verhaltensnorm entnehmen, die die fahrlässige Zerstörung fremder Sachen verbietet. Von einer Sanktionsnorm mit Strafe be-

⁴ *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, 2019; besprochen von *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279.

droht ist das Verhalten zur Zeit nicht, könnte es aber sein. § 173 Abs. 1 StGB hingegen ist sowohl Verhaltens- wie Sanktionsnorm; die Vorschrift verbietet Mutter und Sohn das Verhalten des Beischlafs miteinander und bedroht es zugleich mit Strafe. Aussichtslos erschien es mir aber, meine Argumentation im eigentlichen Streitpunkt zu entkräften, ob nämlich Strafandrohungen den Rechtsgüterschutz bezwecken. *Rostalski* geht denn auch auf meine Argumente gar nicht ein, sondern sie wiederholt nur die alte, von ihrem Lehrer *Freund* übernommene Begründung. Wir lesen: „Strafe kommt zu spät, das jeweilige Rechtsgut zu schützen“. – „Rechtsgüterschutz ist die Aufgabe rechtlicher *Verhaltensnormen*. Diese sind auf die Motivation des Normadressaten zu rechtlich gewolltem Verhalten gerichtet. In Orientierung des Einzelnen an den Verhaltensnormen können Rechtsgutverletzungen und -gefährdungen vermieden werden. Damit steht fest, dass durch Strafe allein auf den *Verstoß gegen eine solche Verhaltensnorm* reagiert werden kann. Strafe tritt erst auf den Plan, wenn es für das jeweils beeinträchtigte Rechtsgut zu spät ist.“ – „Bevor das Strafrecht überhaupt auf den Plan treten kann, bedarf es eines individuellen Verhaltensnormverstoßes seitens des Delinquenten“.⁵

Es ist kaum zu fassen, dass *Rostalski*, wie vor ihr *Freund*, den Schutzsinn und Schutzeffekt der *Androhung* von Strafe („Wer sexuelle Handlungen“ an einem Kind vornimmt, „wird mit Freiheitsstrafe bestraft“) einfach negiert. Das Strafrecht ist längst „auf dem Plan“, wenn jemand mit der Versuchung kämpft, ein Kind sexual zu missbrauchen. *Rostalski* tut so, als leiste die Sanktionsnorm nur etwas, wenn das Unrecht begangen ist. Die präventive Ausstrahlung schon vor Tatbegehung wird schlicht ignoriert. Notabene: Diese Logik entwertet die Verhaltensnorm genauso. Sie soll motivieren, aber zum motivierenden Tadel kommt es erst, wenn der Täter den Normverstoß schon begangen hat.

Hier muss ich den Einwand befürchten, dass in einem Rechtsstaat nur die sanfte Motivierung legitim sei, die die Verhaltensnormen bewirken, indem sie außerhalb des Strafrechts ein bestimmtes Verhalten rechtlich verbieten und an die Einsicht appellieren, dass man rechtlichen Verboten Gehorsam schulde. Präventive, an die Sanktionsnormen anknüpfende Straftheorien seien samt und sonders zu verwerfen, weil sie mit der Abschreckung, die die Sanktionsnormen leisten sollen, eine „Instrumentalisierung“ des Täters guthießen. Dies sei, wie *Kant* uns lehre, mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar, denn niemand dürfe einer Maßnahme unterzogen werden, die jedenfalls auch dem Interesse Dritter diene.⁶ Solche abenteuerlichen

⁵ *Rostalski* (Fn. 4), S. 16 f., 19 f., 88 (*Hervorhebungen* a.a.O.).

⁶ Vgl. *Rostalski* (Fn. 4), S. 35 ff. Siehe auch S. 73: „Abschreckung [ist] in einem freiheitlichen Rechtsstaat unter keinen Umständen eine angemessene Methode zur Vermeidung von Straftaten. Die Idee widerspricht dem Menschenbild eines freiheitlich verfassten Gemeinwesens, dessen Bürger sich grundsätzlich von sinnvollen Regelungen ansprechen lassen. Dem Gedanken der Abschreckung liegt demgegenüber das Bild einer Person zugrunde, die sich nicht durch die Gesetze der Vernunft, sondern allein durch Angst und Schrecken

Thesen zu bestreiten, überlasse ich einem anderen. *Stuckenberg* beurteilt *Rostalskis* Ablehnung der „präventiven Straftheorien“ so: „Diese Ansicht ist ebenso schlecht begründet wie absurd. *Kant* – dessen Philosophie die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG nur inspirieren, aber nicht binden kann, was *Verf.* nicht weiter kümmert (vgl. S. 39 Fn. 82) – wird ausgiebig zitiert, aber nicht genau gelesen. Infolgedessen verdreht *Verf.* den Sinn der zitierten Stellen in fataler Weise: *Kant* spricht stets davon, ein Mensch dürfe ‚*niemals bloß* als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt‘ werden, und betont, dass für Strafklugheit Raum ist, solange die Strafe gerecht ist.“⁷

Was mich als Kritiker betrifft, so weise ich nur hin auf die lebenspraktische Unentbehrlichkeit der Strafandrohung zum Schutz von Rechtsgütern. Betrachten wir den Alltagsfall, dass jemand nach Alkoholgenuß unter Freunden trotz erkannter Fahruntüchtigkeit erwägt, sich doch noch im eigenen PKW ans Steuer zu setzen und heimzufahren! *Rostalski* wird eine abtrennbare rechtliche Verhaltensnorm behaupten, die dem Zecher dieses Verhalten verbietet und ihn als einen vernunftgeleiteten Gesellschaftsvertragspartner (siehe sogleich unter III.) motiviert, es zu lassen. Beides, wird sie sagen, sei Sache *allein* der Verhaltensnorm. Das Strafrecht sei, während er da sitze und mit sich kämpfe, noch gar nicht auf den Plan getreten und könne nichts bewirken. Aber was hätte die Verhaltensnorm an Motivation zum Schutz des Rechtsguts „Sicherheit des Straßenverkehrs“ zu bieten? Sie würde den Schwankenden belehren, dass er Unrecht täte und dass ihm Missbilligung und Tadel drohen, wobei ich zweifle, ob *Freund* und *Rostalski* solche Drohung in ihrer Straftheorie als einen motivierenden Faktor überhaupt gelten lassen. Aber jedem ist klar, dass dieses Wissen (Unrecht) und diese Voraussicht (Tadel) kaum hemmend wirken. Das tut fast allein die Befürchtung, bestraft zu werden und die Fahrerlaubnis zu verlieren. Wäre der Mann aus irgendwelchen Gründen fest überzeugt, der Polizei nicht zu begegnen, so würde er sich ans Steuer setzen. Es ist also am Ende allein die Sanktionsnorm des § 316 StGB im Bunde mit § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB, die durch Androhung von Strafe und Entziehung der Fahrerlaubnis⁸ das rechtlich erstrebte Motiv schafft und im günstigen Fall die Gefährdung des Straßenverkehrs verhindert.

ansprechen lässt. Verfassungsrechtlich ist dies nicht haltbar.“ Der letzte Satz belehrt uns also wie folgt: Wer mir widerspricht und Strafandrohungen einen Abschreckungssinn zuschreibt, muss zugleich feststellen, dass diese strafrechtlichen Vorschriften mit dem Grundgesetz unvereinbar sind. Nebenbei und beispielhaft: § 390 ZPO, dessen Pressions- und Abschreckungssinn *Rostalski* nicht bestreiten kann, wäre nach ihrem Urteil „verfassungsrechtlich nicht haltbar“, also nichtig. Ich glaube nicht, dass sich die Autorin solche Konsequenzen bewusst gemacht hat.

⁷ *Stuckenberg*, ZIS 2021, 279 (282 f.).

⁸ Das Gesetz rechnet die Entziehung der Fahrerlaubnis zu den „Maßregeln der Besserung und Sicherung“ (§ 61 Nr. 5 StGB). Der Betroffene erlebt sie aber ohne Zweifel als bestrafende Sanktion, besonders wenn sie im Rahmen einer Verurteilung nach § 316 StGB verhängt wird. Ich gehe davon

III. Der Verhaltensnormverstoß als Botschaft und Mitteilung?

Nachdem die Autorin dem Strafrecht in Gestalt der strafandrohenden Paragraphen den Sinn und Zweck des Rechtsgüterschutzes abgesprochen hat, glaubt sie fragen zu müssen: „Wie lässt sich dann aber der Eingriff in die Rechte des Täters durch den Akt der Bestrafung legitimieren?“ *Rostalski* hofft, hier den Leser mit ihrem Kerngedanken der „gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung“ zu überzeugen. Das liest sich dann so:

„Die Antwort auf diese Frage muss ihrerseits die vertragstheoretischen Grundlagen berücksichtigen. Maßgeblich ist insoweit die kommunikative Bedeutung, die dem Verhaltensnormverstoß des Einzelnen zukommt. Hierin ist nicht lediglich ein abweichendes Verhalten zu sehen. Vielmehr tritt der Täter durch seinen Verstoß gegen ein rechtliches Ver- oder Gebot in Kommunikation mit den übrigen Gesellschaftsmitgliedern. Seine implizite Botschaft: Er teilt der Gesellschaft mit, dass die von ihm übertretene Verhaltensnorm jedenfalls punktuell für ihn keine Geltung entfalten soll. Maßgeblich sollen demgegenüber seine eigenen Maximen sein, die er durch den Verstoß gegen die Norm über das Recht stellt. Der Täter vermittelt auf diese Weise den (unzutreffenden) Anschein, ihm stünde trotz Zustimmung zum Gesellschaftsvertrag weiterhin diese Möglichkeit offen. Er negiert durch die in seinem Verhalten zum Ausdruck kommende Entscheidung die Allgemeingültigkeit des Rechts, verkörpert durch dessen güterschützende Verhaltensnormen. Hierin liegt eine Anmaßung von Freiheit, die dem Einzelnen auf der Basis der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung nicht zusteht.“⁹

Ich gestatte mir ein Modewort: Diese Theorie ist nicht belastbar. *Rostalski* holt aus der Straftat (als Verhaltensnormverstoß) an Botschaft und Mitteilung nur heraus, was sie selbst zuvor hineingesteckt hat. Man sähe gern, dass sie von der Ebene der abstrakten Begriffe und Rechtsphilosopheme herabstiege in die Lebensrealität, um ihre Aussagen anhand einzelner Strafbestimmungen und konkreter Fälle zu überprüfen. Dann wären diese Aussagen im Nu entkräftet und müssten der schlicht grundgesetzlichen Legitimation von Strafe Platz machen. Dass der Straftäter durch seinen Verhaltensnormverstoß „kommuniziert“ und eine „Botschaft“ sendet, ist eine Beschreibung, die in ganz seltenen Fällen ein Körnchen Wahrheit enthält. Zum Beispiel wenn jemand in der Öffentlichkeit dem Bundeskanzler (Kiesinger) eine Ohrfeige versetzt oder wenn Fanatiker ihren Religionsstifter durch Karikaturen beleidigt sehen und eine Staatsflagge verbrennen oder die Karikaturisten ermorden. Aber *Rostalski* sollte Allweltdelikte betrachten wie die Steuerhinterziehung, § 370 AO, oder Straftaten, die StGB-Paragraphen unterfallen wie §§ 142, 242, 263, 266, 267 oder § 316. Sie sähe dann, dass schon bei vorsätzlich begangenen Straftaten eine „Kommuni-

kation mit den übrigen Gesellschaftsmitgliedern“ nicht stattfindet und gerade vermieden wird; wie auch das Entsenden einer „impliziten Botschaft“ unterbleibt, durch die der Täter „der Gesellschaft mitteilt, dass die von ihm übertretene Verhaltensnorm jedenfalls punktuell für ihn keine Geltung entfalten soll“. Kommunikation, Botschaft, Mitteilung – das alles will der Täter gerade nicht, und als objektiven Sinn seiner Deliktsbegehung kann man es nur gegen alle Vernunft behaupten. Was mit dem Vorsatzdelikt in Wirklichkeit einhergeht, ist keine Botschaft, sondern die Verheimlichung. Und wenn die nicht gelingt und der Täter vor Gericht steht, wird er, solange es ihm irgend sinnvoll erscheint, betonen, dass die Verhaltensnorm für ihn volle Geltung gehabt habe und er unschuldig sei.

Und wie steht es um die fragliche Theorie, wenn man sie auf Straftaten der unbewussten Fahrlässigkeit bezieht? Eine Mutter begeht eine fahrlässige Tötung, § 222 StGB, weil ihr Kind in einem unbewachten Augenblick die Balkonbrüstung hinaufklettert und tödlich abstürzt. Sie ist nun Straftäterin, hat gegen eine Verhaltensnorm verstoßen, und es hilft alles nichts, die Autorin muss sich der Konsequenz ihrer Theorie stellen: Die Mutter sendet eine Botschaft, sie teilt der Gesellschaft mit, dass sie eigene Maximen über das Recht stellt und sie negiert die Allgemeingültigkeit des Rechts, worin eine Anmaßung von Freiheit liegt. In einer Fußnote, die sich gegen mich richtet, fügt *Rostalski* hinzu, nach ihrer Straftheorie behaupte der Straftäter „punktuell“, d.h. für seine Person und für seine konkrete Tat, „die Ungültigkeit der übertretenen Norm“.¹⁰ Angewandt auf unseren Fall behauptet also die Mutter: Soweit mir eine Verhaltensnorm befiehlt und zur Rechtspflicht macht, sorgfältig das Leben meines Kindes vor einem tödlichen Sturz vom Balkon zu bewahren, ist die Norm für mich nicht gültig. – Ich lasse das unkommentiert.

So zieht es sich durch das ganze Buch. Die Autorin redet und argumentiert in der Sprache abstrakter Begriffe und Thesen, ohne deren Plausibilität und juristische Haltbarkeit anhand einzelner Gesetzesvorschriften und konkreter Fälle zu prüfen, ja ohne auch nur den gesunden Menschenverstand zu Wort kommen zu lassen. Betrachten wir einmal die zentralen Thesen, dass Strafandrohungen nichts verbieten, dass „Abschreckung in einem freiheitlichen Rechtsstaat unter keinen Umständen eine angemessene Methode zur Vermeidung von Straftaten“ und der Einsatz der Abschreckung zum Zweck der Vermeidung „verfassungsrechtlich nicht haltbar“ sei. Ich stelle mir vor, welche Antworten mir wohl ein gebildeter und verständiger Nichtjurist auf meine Fragen gäbe, nachdem er z.B. § 176 Abs. 1 StGB gelesen hat.

Verbietet die Vorschrift etwas? Selbstverständlich; sie verbietet es, an einem Kind sexuelle Handlungen vorzunehmen. Und was soll die Ankündigung von Freiheitsstrafe? Die wird angedroht, damit man einerseits vom verbotenen Tun abgeschreckt wird und andererseits der Staat ggf. das Recht hat zu strafen. Aber ist denn solche Abschreckung auch mit dem Grundgesetz vereinbar? Klar! Dem Täter droht ja nicht die Todesstrafe, die meines Wissens im Grundgesetz ausdrücklich ausgeschlossen wird. Im Übrigen beruht doch das

aus, dass *Rostalski* in § 69 StGB eine Sanktions- und keine Verhaltensnorm sieht.

⁹ *Rostalski* (Fn. 4), S. 20 f.

¹⁰ *Rostalski* (Fn. 4), S. 73.

ganze Strafgesetzbuch auf dem Verfahren, unerwünschtes Tun zu beschreiben und mit Strafe zu bedrohen, um dadurch zum Schutz bestimmter Güter vom unerwünschten Tun abzusprechen. – *Rostalski* würde gemäß ihren Theorien dreimal „falsch“ sagen. Für die Torheit der Antworten scheint mir das nicht zu sprechen.

IV. Normentheoretische Überprüfung von Sanktionsnormen?

Mit dem Kernstück der Dogmatik des Buches, der Trennung von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm, hat es seine eigene Bewandnis. Aber auch hier zeigt sich schnell, dass *Rostalski* ihre Hypothese nicht um der Erprobung willen zu falsifizieren sucht, sondern sie im Gegenteil gegen Kritik abschirmt und nur bestätigende Argumente finden will. Als ein Argument führt sie ins Feld, dass ihre Lehre verfassungsrechtlich ergiebig sei. „Die Legitimationsvoraussetzungen von Sanktionsnormen“, schreibt sie, verdeutlichen „die hohe – nicht zuletzt: praktische – Relevanz ihrer normentheoretischen Trennung von vorstrafrechtlichen Verhaltensnormen. Ob ein Strafgesetz verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird, hängt im Wesentlichen von der vorab zu klärenden Frage der Legitimität der in Bezug genommenen Verhaltensnorm ab. Deutlich: Sofern sich keine legitime Verhaltensnorm bilden lässt, die durch das Strafgesetz in Bezug genommen wird, entfällt deren [dessen? *R.D.H.*] Rechtfertigung – ohne legitime Verhaltensnorm kann es keine legitime Sanktionsnorm geben.“¹¹

Bilden wir wieder einen konkreten Fall! Ein 25-Jähriger pflegt eine sexuelle Liebesbeziehung mit einer 14-Jährigen im Einverständnis mit ihren Eltern. Wenn *Rostalski* hier einen „rechtlichen Verhaltensnormverstoß“ behaupten würde, dann würde sie behaupten, der Mann verstoße gegen ein rechtliches Verbot und tue, wenn auch straflos, Unrecht. Diese Behauptung wird sie wohl lieber nicht aufstellen. Denn Menschen haben ein Recht auf sexuelle Betätigung, sofern diese gegen kein Gesetz verstößt. Und so viel Gesetzesstrenge wird man auch der Autorin unterstellen dürfen, dass sie bei Liebesbeziehungen erwachsener Männer mit jugendlichen Mädchen die Altersgrenze des § 176 StGB anerkennt und nicht einfach ins Blaue hinein eine Verhaltensnorm kreiert, welche nach ihrer willkürlich-eigenen Grenzziehung dem älteren Partner seine sexuellen Handlungen verbietet. Es gibt also nach *Rostalskis* Sicht (wovon ich hier ausgehe) keine rechtliche Norm, die dem jungen Mann sein Verhalten untersagt, mag auch so mancher moralisch Anstoß nehmen.

Angenommen nun, die soziale Entwicklung lässt den Gesetzgeber ein kriminalpolitisches Bedürfnis erkennen, in Angleichung an § 180 Abs. 1 StGB¹² den Schutz der sexuel-

len Integrität junger Menschen auf 14- und 15jährige auszuweiten, und eine umstrittene Gesetzesnovelle verschiebt entsprechend die Altersgrenze in § 176 StGB. Nach meiner Sicht der Dinge bedeutet diese Verschiebung, dass dem jungen Mann sein bisher erlaubtes, gegen keine rechtliche Norm verstoßendes Verhalten nunmehr rechtlich verboten ist und ihm Strafe droht.

Rostalskis Urteil hingegen ist nicht vorhersagbar. Denn auf dem weiten Feld ihrer vorstrafrechtlichen, meist ungeschriebenen, aber über Recht und Unrecht entscheidenden Verhaltensnormen ist ihr die jeweils einschlägige Norm nicht objektiv vorgegeben. Vielmehr belehrt uns die Autorin, dass man sich die rechtliche Verhaltensnorm selber „bilden“ müsse, und es komme vor, dass „sich keine legitime Verhaltensnorm bilden lässt, die durch das Strafgesetz in Bezug genommen wird“; dann „entfällt deren [dessen? *R.D.H.*] Rechtfertigung.“¹³ Nun tappt man im Dunklen. *Rostalski* kann sich ihre Verhaltensnorm so bilden, dass diese weiterhin der Sanktionsnorm entspricht: Die Verhaltensnorm, worauf § 176 StGB „Bezug nimmt“, verbietet neuerdings dem Liebhaber, sexuelle Handlungen an seiner Freundin vorzunehmen, solange sie noch keine sechzehn ist, und er ist zu bestrafen, wenn er das Verhaltensverbot missachtet. Eine vernünftige Lösung, aber für die Autorin mit der fatalen Folge verbunden, dass man ihr die „strikte Trennung“ von Verhaltens- und Sanktionsnorm nicht mehr abnimmt. Denn die Neufassung der Sanktionsnorm hätte exakt die Neubildung der Verhaltensnorm nach sich gezogen. Wie die Sanktions-, so die Verhaltensnorm.

Rostalski kann aber auch auf die Trennung pochen und den Gegnern der Verschärfung zu Diensten sein, indem sie festhält an der Verhaltensnorm, die sie vor der Gesetzesänderung gebildet hat. Eine Begründung lässt sich unschwer den Seiten 84–86 ihrer Habilitationsschrift abgewinnen, wo die Autorin äußerst kritisch meinem „überzogenen und in der Sache fehlgehenden Positivismus“ entgegentritt und mir vorwirft, ich sei „gesetzes- bzw. gesetzgeberhörig“. Es geht, meint sie, „mit der von *Herzberg* vertretenen Position keinerlei kritisches Potential im Hinblick auf bestehende Strafgesetze einher. Sofern der Strafgesetzgeber selbst die Ver- und Gebote schafft, auf deren Missachtung er mit Strafe reagieren möchte, fehlt es an einem Kriterium zur kritischen Überprüfung der jeweiligen Sanktionsnorm. In aller Konsequenz läuft eine solche Position auf die Rechtfertigung gesetzgeberischer Willkür voraus [hinaus? *R.D.H.*].“

Hier muss nun *Rostalski* eine schmerzliche Belehrung ertragen: Ihre Normentheorie leistet „zur kritischen Überprüfung der jeweiligen Sanktionsnorm“ rein gar nichts. Man nehme mein Beispiel der Verschärfung des § 176 StGB! Sie würde gesetzlich bestimmen, dass die Vornahme sexueller Handlungen an Menschen, die noch keine 16 Jahre alt sind, strafbar sei. Ob *Rostalski* eine Verhaltensnorm bildet mit genau entsprechendem Verbot, oder ob sie urteilt, zum Schutze schon 14- und 15-jähriger Personen lasse sich keine legitime Verhaltensnorm bilden, die die Vornahme sexueller Handlungen verbiete, das ist bei Überprüfung des verschärf-

¹¹ *Rostalski* (Fn. 4), S. 84

¹² Ein Relikt des alten Kuppeleiverbotes! Wenn unser Liebespaar ein Wochenende statt daheim im Haus eines Freundes zusammen schläft, dann macht sich der Freund strafbar (übrigens ohne gegen eine getrennte Verhaltensnorm zu verstoßen!). Vor seiner Mitverursachung der sexuellen Handlungen wird ein 14-jähriges Mädchen schon de lege lata geschützt. Ich sehe darin einen Wertungswiderspruch.

¹³ *Rostalski* (Fn. 4), S. 84.

ten § 176 StGB vollkommen gleichgültig. Es kommt allein darauf an, ob die Ausdehnung der Strafbarkeit *mit dem Grundgesetz vereinbar* ist. Würde es von kompetenter Seite bestritten, hätte das BVerfG die Frage mit Blick auf die hier relevanten Artikel des Grundgesetzes zu entscheiden.

Man stelle sich nur einmal den absurden Fall vor, der Gesetzgeber würde den alten § 175 StGB wieder in Kraft setzen: „Ein Mann, der mit einem anderen Mann Unzucht treibt oder sich von ihm zur Unzucht mißbrauchen läßt, wird mit Gefängnis bestraft.“ Bei aller Ungewissheit der Bildung von Verhaltensnormen durch *Rostalski* darf man vermuten, dass sie kein vorstrafrechtliches Verbot homosexueller Betätigung unter Männern annähme. Aber es wäre abwegig, mit dieser selbstverständlichen Verneinung eines vorstrafrechtlichen Verhaltensverbotes zu begründen, dass die alt-neue Strafbestimmung der „Überprüfung“ nicht standhalte. Der Grund ist schlicht darin zu sehen, dass dieses Gesetz nach heute einhelliger Meinung das Recht der Täter auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit in ihrem Sexualleben missachtet (Art. 2 Abs. 1 GG) und darum „mit dem Grundgesetz [...] unvereinbar ist“; im Fall der abstrakten Normenkontrolle würde das BVerfG „das Gesetz für nichtig“ erklären (§ 78 S. 1 BVerfGG).

Zwar kleidet auch *Rostalski* ihre Überprüfung in die Frage, „ob ein Strafgesetz verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird“. Aber die Antwort soll davon abhängen, ob sich eine „legitime Verhaltensnorm bilden lässt, die durch das Strafgesetz in Bezug genommen wird“. Für die Autorin kommt es also nicht auf die Artikel des Grundgesetzes an, sondern auf die Marburger Normentheorie, die aber ins Grundgesetz bislang nicht aufgenommen worden ist.

Wie zu erwarten, meidet *Rostalski* den Versuch, das „kri-tische Potential“, das sie dieser Theorie zuschreibt, mit konkreten Beispielen zu belegen, geschweige denn, dass sie sich auf den Widerlegungsversuch einlässt. Ich hatte ihr viele Strafvorschriften vor Augen geführt, mit denen ihre These von der normativ zwingenden Trennung unvereinbar ist, weil erst die Strafbestimmung das Unrecht erschafft und das tatbestandserfüllende Verhalten sofort erlaubt wäre, wenn auch nur seine Strafbarkeit beseitigt würde. Also genau der Befund, wovor *Rostalski* die Augen verschließen muss, um sich den Glauben an ihre Dogmen zu erhalten: Die Sanktionsnorm ist selbst die Verhaltensnorm und verbietet selbst und ganz allein das tatbestandsmäßige Verhalten. Von solchen Vorschriften wimmelt es nur so im Strafgesetzbuch, und *Rostalski* übergeht meine Beispiele mit Schweigen, weil ihre Theorie sie nicht verkraftet.

Ihr Blick streift allerdings Handlungen und Unterlassungen, die nach meiner Sicht allein von §§ 253, 138, 323c StGB zum Unrecht gestempelt werden. Dass die gemeinten Delinquenten auch bei Streichung dieser Strafnormen durch Verhaltensnormverstöße *Unrecht* täten, will sie allen Ernstes mit Art. 14 und Art. 2 Abs.1, 2 GG begründen.¹⁴ *Rostalski* übersieht, dass der Mensch vorbehaltlich eines besonderen Pflichtgrundes von rechtlicher Verpflichtung frei ist. Wer in der Kneipe zufällig Ohrenzeuge einer Raubplanung wird, ist zu keiner Leistung rechtlich verpflichtet – es sei denn, ein

Gesetz auferlegt ihm eine Pflicht. Das tut zurzeit § 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB. Wäre die Nr. 7 gestrichen, wäre der Ohrenzeuge aller Rechtspflicht ledig. Mir „Positivismus“ vorzuhalten und mir konkret mit Hinweis auf Art. 2 GG zu widersprechen, ist nicht seriös.

Worauf *Rostalski* überhaupt nicht eingeht, ist die Sexualdelinquenz, obwohl die höchst aufschlussreich ist. Mit der Aufhebung des alten § 175 StGB wurde das verpönte Verhalten, wenngleich von vielen weiterhin als unsittlich beurteilt, zu einem vollkommen rechtmäßigen – so unverboden, wie es die lesbische „Unzucht“ immer gewesen war. Und so wäre es auch der „Blutschande“, dem „Inzest“ zwischen Geschwistern ergangen, wenn am 26.2.2008 der Zweite Senat des BVerfG die Vereinbarkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz mehrheitlich nicht bejaht, sondern (wie sein damaliger Vorsitzender *Winfried Hassemer*) verneint hätte.¹⁵

Ferner weise ich in meinem Beitrag hin auf den Komplex der ausnahmhaf strafbaren Deliktsvorbereitung. Ich gebe die Passage geschlossen wieder, weil hier die von *Rostalski* bestrittene Normalität und Legitimität der fraglichen Strafgesetzgebung besonders deutlich wird:

„Es ist selbstverständlich“, sage ich, „dass man in einem weiten Freiraum auch mit bösester Absicht Straftaten vorbereiten kann, ohne damit schon gegen eine rechtliche Norm zu verstoßen. Z.B. durch das Volltanken eines Benzinankisters an der Tankstelle zum Zweck späterer Brandstiftung; durch das Einstecken eines Messers, um damit im Auftrag des IS einen Polizisten zu erstechen; durch die Autofahrt zu einem Geschäftspartner mit dem Vorhaben, ihn zu erpressen; durch den Kauf geeigneten Papiers, das zur Herstellung eines falschen Zeugnisses dienen soll; durch die Verabredung eines Einbruchsdiebstahls, den zwei Freunde in der nächsten Nacht begehen wollen. All dieses Tun ist wegen des damit verfolgten bösen Zwecks verwerflich. Aber es ist nicht rechtswidrig, es gibt kein gesetzliches Verbot, dem es zuwiderläuft; jedenfalls in den Beispielen verstößt der Böswillige durch sein Tun noch gegen keine rechtliche Verhaltensnorm. Doch hier und da greift der Strafgesetzgeber vollkommen selbstherrlich in den Freiraum unverboden Tuns hinein und stem-

¹⁵ *Herzberg*, GA 2016, 737 (748). Zum Dissens im Senat vgl. BVerfGE 120, 224, und *Hassemer*, NJW 2008, 2085. – *Rostalski* (Fn. 4), S. 86, wirft alle Begründungslast von sich ab mit der Behauptung, ich könne anführen was ich wolle, in allen meinen Beispielen sei das strafbare Verhalten zugleich außerstrafrechtlich als ein Unrecht bewertet und das rechtliche Ver- oder Gebot folge ausnahmslos aus dem Grundgesetz. Also z.B. auch das Verbot des Geschwisterbeischlafs! § 173 Abs. 2 S. 2 StGB *kann* nach *Rostalski* gar nicht verfassungswidrig sein, denn das Grundgesetz selbst verbietet ja den Geschwistern den Beischlaf miteinander. Wie konnte *Winfried Hassemer* das übersehen! Auch in Habilitationschriften finden sich mitunter Behauptungen, die die Grenze zum Unsinn überschreiten und nicht mehr würdig sind, diskutiert zu werden.

¹⁴ *Rostalski* (Fn. 4), S. 84.

pelt bestimmte Vorbereitungsakte zum strafbaren Unrecht. Z.B. die Verabredung künftiger Straftaten. Von Hause aus unverboden, ist doch auch sie schon ein Delikt, wenn ein Verbrechen verabredet wird. Und ähnlich beim Vorbereiten von Fälschungen: Geht es um besondere Objekte (Geld, Wertzeichen, amtliche Ausweise), so ist schon die Verschaffung geeigneten Papiers eine Straftat. Es ist klar, dass auch hier das Verbot des tatbestandlichen Verhaltens allein aus den Vorschriften des StGB folgt (§§ 30 Abs. 2; 149 Abs. 1 Nr. 2; 275 Abs. 1 Nr. 2 StGB).¹⁶

Dass ich diese Vorschriften des StGB für selbstverständlich gültig erachte, veranlasst nun *Rostalski*, wie folgt zu replizieren:

„In aller Konsequenz läuft eine solche Position auf die Rechtfertigung gesetzgeberischer Willkür hinaus [...]. Es ist augenscheinlich, dass *Herzbergs* Konzeption [...] gesetzgeberischer Selbstherrlichkeit nichts entgegenzusetzen hat – sie erweist sich vielmehr geradezu als gesetz- bzw. gesetzgeberhörig. Verkannt wird insoweit aber die Aufgabe kritischer Strafrechtswissenschaft, die sich gerade nicht blind und taub mit dem zufriedengibt, was das Gesetz ihr vorgibt. Im Gegenteil gilt es, Gegebenes zu hinterfragen und notfalls Verbesserungen anzustoßen. Ein optimales Instrument liefert in diesem Zusammenhang die Normentheorie, die wie gezeigt insbesondere die Frage der Legitimation von Verhaltens- und Sanktionsnorm stellt und einer angemessenen Lösung zuführt.“¹⁷

Wie diese „angemessene Lösung“ aussieht, zeichnet sich zwar eindeutig als Konsequenz ab, ist bis hierher aber noch nicht mit Entschiedenheit ausgesprochen. Ich hatte unterstellt, dass *Rostalski* den letzten Schritt nicht wagen werde; dass sie vielmehr auch Sanktionsnormen wie etwa §§ 30 Abs. 2; 173; 184b Abs. 3 StGB (Verbrechensverabredung; Beischlaf zwischen Verwandten; Besitz kinderpornographischer Schriften), denen keine getrennte Verhaltensnorm zugrunde liegt, gelten lassen werde. – Nein, lese ich jetzt, das sei eine „Fehlannahme“. Jede Sanktionsnorm setze eine von ihr getrennte „legitime Verhaltensnorm“ voraus, und wo diese fehle, da gehe die Sanktionsnorm „ins Leere“. Wenn eine gesetzliche Strafdrohung „ins Leere“ geht, kann das nur heißen, dass das sie aussprechende Gesetz unwirksam, ungültig, null und nichtig ist. *Rostalski* geht auf meine vielen Beispiele nicht ein. Sie bleibt sich treu und verharrt im Abstrakten. Aber auf dieser Ebene erkennt sie an, dass in manchen Fällen, wie ich es sage, „das Verbot des tatbestandlich be-

¹⁶ *Herzberg*, GA 2016, 737 (750).

¹⁷ *Rostalski* (Fn. 4), S. 85. – Ich lasse beiseite, dass das Einverständnis, es gebe problematische, gesetzgeberischer Willkür entsprungene Sanktionsnormen, dem widerspricht, was *Rostalski* auf der nächsten Seite sagt: Das Grundgesetz liefere jeder Sanktionsnorm die benötigte Verhaltensnorm (s.o. Fn. 15). Solche Inkonsistenzen sind der Autorin anscheinend gleichgültig, wenn sie sie überhaupt bemerkt.

schriebenen Verhaltens allein aus den Vorschriften des StGB folgt“. Mit halber Ausdrücklichkeit akzeptiert sie mein Beispiel der Verbrechensverabredung. In so einem Fall dürfe man nicht gesetz- bzw. gesetzgeberhörig sein, sondern müsse der „gesetzgeberischen Selbstherrlichkeit“ etwas entgegenzusetzen.

Das kann für sie nach allem nur die Nichtanerkennung der fraglichen Sanktionsnormen sein. Also dass man z.B. die rein strafrechtlichen Verbote der Verbrechensverabredung, des Beischlafs zwischen Verwandten, des Besitzes kinderpornographischer Schriften usw. für nichtig erklärt. Bestrafungen nach §§ 30 Abs. 2; 173; 184b Abs. 3 StGB sind illegal. Das sagt nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern dank ihres kritischen Potentials *Rostalskis* Normentheorie.

V. Die Sorgfaltspflichtverletzung als Verhaltensnormverstoß?

Zur kritischen Würdigung der Marburger Normentheorie gehört auch ein Blick auf die Sinnverschiebung, die der Begriff „Verhaltensnorm“ dort erfährt, wo *Freund* und *Rostalski* ihre Lehre auf Fahrlässigkeitsdelikte beziehen. Mir scheint, dass weder ihm noch ihr dieser Wandel im Verständnis deutlich geworden ist.

Nehmen wir als Anschauungsfall die fahrlässige Tötung, deren Täter „auf einer Theaterbühne einen Schuss aus einer vermeintlichen Pistolenattrappe auf einen Schauspieler abgibt, obwohl er konkrete Anhaltspunkte dafür hatte, dass die Waffe echt und scharf geladen ist“.¹⁸ Folgt man der hauptsächlichlichen Theoriedarstellung, dann ist hier der Bejahung der Strafbarkeit nach § 222 StGB eine Frage vorgeschaltet: Ist auch die ungeschriebene Voraussetzung des Verstoßes gegen eine vorstrafrechtliche, von der Strafnorm strikt getrennte Verhaltensnorm erfüllt, sodass die Todesverursachung ganz unabhängig von § 222 StGB als ein rechtlich verbotenes Verhalten zu bewerten ist und man der Strafnorm den Verbotsinn absprechen kann? Wie dargelegt, halte ich diese Frage für irreführend, weil im Fall ihrer Verneinung das strafbare Unrecht dennoch gegeben wäre; die Strafgesetzgebung ist autark und kann ein bislang erlaubtes Verhalten verbieten, zum Unrecht erklären und den Täter mit Strafe bedrohen. Zum Beispiel war es früher rechtlich erlaubt, ein Telefongespräch ohne Wissen des Gesprächspartners auf Tonband aufzunehmen. Und es war unverboden, kinderpornographische Schriften zu besitzen. Reinweg die Strafgesetzgebung neuerer Zeit hat solches Verhalten verpönt und zu Delikten gemacht (§§ 201 Abs. 1 Nr. 1; 184 b Abs. 3 StGB). Würden die Strafdrohungen aufgehoben, dann verstieße einschlägiges Verhalten durchaus nicht gegen vorstrafrechtliche Verhaltensverbote; es wäre wieder unverboden.

Die in Rede stehende Normentheorie hätte mit dem Pistolenfall keine Schwierigkeiten, denn sie fände die von der Sanktionsnorm angeblich vorausgesetzte vorstrafrechtliche Verhaltensnorm in § 823 Abs. 1 BGB. Nach dieser Norm ist das Verhalten der fahrlässigen Verletzung menschlichen Lebens prinzipiell „widerrechtlich“, bliebe es also auch dann, wenn das StGB seine Strafdrohung von der Fahrlässigkeit

¹⁸ *Freund/Rostalski*, GA 2016, 446.

abzöge und auf vorsätzliche Tötungen beschränken würde. Aber was die beispielhaft angeführten §§ 201 Abs. 1 Nr. 1, 184b Abs. 3 StGB angeht, so handelt es sich um Sanktionsnormen, denen die theoretisch geforderte Basis der außerstrafrechtlichen Verhaltensnorm fehlt, sodass *Freund* und *Rostalski* folgerichtig Bestrafungen aufgrund dieser Bestimmungen für illegal befinden müssten. Indes scheuen der Autor und die Autorin diese Konsequenz. *Rostalski*, der ich sie vorhalte, bestätigt mich sowohl („ohne legitime Verhaltensnorm kann es keine legitime Sanktionsnorm geben“) wie sie mir zugleich „Positivismus“ vorwirft mit undeutlicher Bereitschaft, die theoretisch benötigte Verhaltensnorm aus dem Grundgesetz hervorzuzaubern, sprich: sie zu fingieren. Aber auch dort, wo das „Bilden“ einer passenden Verhaltensnorm auf eine Fiktion hinausläuft, bleibt die Theorie bei ihrem Dogma: Die „normativ zwingend“ geforderte Verhaltensnorm ist eine vor- und außerstrafrechtliche, strikt getrennt von der Sanktionsnorm.

Ganz und gar anders nun die Verhaltensnorm, gegen welche nach *Freunds* und *Rostalskis* Theoriedarstellung der Fahrlässigkeitstäter verstößt. In Fällen des § 222 StGB kann man diese Verhaltensnorm schlicht und einfach so formulieren: „Vermeide es, durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen zu verursachen!“ Was der Normadressat zur Erfüllung dieses Verhaltensnormbefehls leisten muss, hängt selbstverständlich ab von den konkreten Umständen, d.h. den objektiven-situativen und den individuell-persönlichen. Die Verhaltensnorm schreibt dem Betroffenen vor, durch Beachtung der gebotenen Sorgfalt die Verwirklichung des Tatbestandes der Sanktionsnorm (§ 222 StGB) zu vermeiden.

In der Sache das gleiche sagt *Rostalski*, wenn sie feststellt, „dass Verhaltensnormen individuelle Verhaltensanforderungen an den jeweiligen Normadressaten aufstellen“, und dann fortfährt:

„Sie verfolgen die Zielsetzung, einen individuellen Normadressaten zu einem spezifischen Tun oder Unterlassen zu veranlassen. Dabei erfordert die Bildung der jeweiligen Norm stets eine Leistung der einzelnen Person in einer bestimmten Situation. Sofern sich dem Betreffenden eine Sachlage bietet, in der sein Verhalten eine Schädigungsmöglichkeit für Dritte darstellen kann, ist es seine Aufgabe, die entsprechende Norm zur Vermeidung dieser Gefahren abzuleiten. Allein eine solche Sicht wird dem Zweck rechtlicher Ver- bzw. Gebote gerecht, der in der Motivation zu güterwahrendem Verhalten liegt. Dieser ließe sich aber nicht effektiv erreichen, sofern bei der Bildung von Verhaltensnormen die Perspektive und die Fähigkeiten des potentiellen Normadressaten in der spezifischen Situation keine Berücksichtigung fänden.“¹⁹

Das alles sind Paraphrasen zum (strafrechtlichen) Begriff der Fahrlässigkeit und zum Güterschutzzweck ihrer Verpönung, nachdenkliche Sätze, gegen die an sich nichts einzuwenden ist. Aber die große Theorie löst sich in verbale Luft auf. Machen wir uns klar, was geschieht, wenn ein Jurist einen

Fall wie den auf der Theaterbühne beurteilt! Er erfasst die Umstände, die die tödliche Gefahr begründen, und subsumiert den Akt der Schussauslösung der Tatbeschreibung in § 222 StGB. Dabei ergibt sich ihm, dass neben der Todesverursachung auch das Tatbestandsmerkmal „durch Fahrlässigkeit“ erfüllt ist und der Täter das fragliche Delikt begangen hat. Eine abgetrennte Verhaltensnormprüfung findet nicht statt und auch bei *Freund* und *Rostalski* kann ich keine erkennen. Sie haben allein die Sanktionsnorm im Auge und lassen ihre Normtheorie nur begrifflich anklingen. Die Verhaltensnorm, die der Täter sich selbst bilden muss, ist die Aufforderung, keinen Schuss auszulösen, und der Verhaltensnormverstoß ist die (unbewusste) Abgabe des Schusses. Diese Begriffsvermehrung ist bei der Prüfung, ob der Schauspieler eine fahrlässige Tötung begangen hat, nur verwirrend und fördert in keiner Weise die juristische Erkenntnis. Aber selbst wenn man sich auf die begriffliche Ausschmückung einlässt: Von einer strikten Trennung der einen von der anderen Norm kann hier beim besten Willen keine Rede sein. Die Frage nach der Verhaltensnorm und dem Verstoß dagegen ist von vornherein identisch mit der Prüfung, ob der Täter durch Sorgfaltspflichtverletzung den Tatbestand der Sanktionsnorm erfüllt hat.

VI. Eine Zeitenwende im Strafrecht?

Rostalski sieht die Publikation der Gedanken ihrer Habilitationsschrift in einem kausalen Zusammenhang mit einer aktuellen „Zeitenwende im Strafrecht“, die sie an etlichen Stellen konstatiert oder ankündigt.²⁰ Man fragt sich, mit welcher ihrer Thesen sie etwas so Gewaltiges verbunden glaubt. Die Antwort entnehme ich dem Buchtitel, worin die *Verf.* den „Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat“ zu leisten verspricht. Sie ist aber keine Freundin deutlicher Definitionen und lässt den Leser lange warten auf eine Bestimmung dieses Begriffs, der für ihr Gedankengebäude doch fundamental wichtig ist. Wenn ich recht sehe, findet sich die als Definition gemeinte Formulierung, die danach öfters wiederkehrt, erstmalig auf S. 178. Dort ist ohne Betonung die Rede vom „hinreichend gewichtigen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoß (ggf. nebst spezifischen Fehlverhaltensfolgen)“.

1. Der Tatbegriff als Hilfe zur Lösung problematischer Einzelfragen?

Dies also ist die Frucht der „Vereinheitlichung des Tatbegriffs im gesamten Strafrechtssystem“ (S. 14, *Hervorhebung* a.a.O.). Wo immer in den einschlägigen Gesetzen etwas bezeichnet wird als „Tat“, „rechtswidrige Tat“ oder „Straftat“, da soll der Einsatz dieses normativ-funktionalen Begriffes Erkenntnis bringen. In welchem Ausmaß, ist mir nicht klar geworden. Vorsichtshalber begnüge ich mich damit, *Rostalskis* Behauptung zu zitieren, der Begriff habe jedenfalls

¹⁹ *Rostalski* (Fn. 4), S. 76 f.

²⁰ *Rostalski* (Fn. 4), S. 1, 14, 118, 124; im Folgenden beziehen sich die im Text eingeklammerten Seitenangaben stets auf dieses Buch.

„für die Lösung sämtlicher Einzelfragen des materiellen Strafrechts“ Bedeutung (S. 1).²¹

Dem widerspreche ich mit der Behauptung, dass der Begriff für die Lösung dieser Fragen vollständig bedeutungslos sei. Zum Beispiel für die wichtige Streitfrage, die der folgende Fall veranschaulicht: Der Schüler S will mit Steinwürfen aus einiger Entfernung die Wohnzimmer-Fensterscheibe seines Lehrers L zertrümmern. Als der erste Wurf die Scheibe knapp verfehlt, besinnt er sich eines Besseren und verzichtet auf weiteres Werfen. – S begeht den Versuch einer Sachbeschädigung (§§ 303, 22 StGB). Problematisch und umstritten ist die Frage eines strafbefreienden Rücktritts durch Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat (§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB). Ist die „Tat“ i.S.d. Vorschrift schon in dem einen ausgeführten Wurf zu sehen? Dann ist kein Aufgeben der weiteren Ausführung und kein Rücktritt gegeben („Einzelakttheorie“). Oder ist abzustellen auf die von S beschlossene Serie von Würfeln bis zum Zertrümmerungserfolg? So gesehen hat S die Tat begonnen, aber nach dem Beginn „die weitere Ausführung der Tat“ aufgegeben und sich nach § 24 StGB von Strafe befreit („Gesamtbetrachtungslehre“).²² Es geht hier um eine der bekanntesten und umstrittensten „Einzelfragen des materiellen Strafrechts“, die *Rostalski* allesamt mittels ihres normativ-funktionalen Tatbegriffs lösen zu können behauptet. Aber im Beispiel wird die Lösung der Streitfrage nicht im Geringsten dadurch erleichtert, dass man sich vom Wortlaut des Gesetzes entfernt und fragt: Hat S die weitere Ausführung eines hinreichend gewichtigen tatbestandspezifischen Verhaltensnormverstoßes aufgegeben? Was *Rostalski* uns anbietet, ist Begriffsjurisprudenz, eine Methode der Rechtsfindung, deren Unergiebigkeit längst erkannt ist und m.E. immer schon auf der Hand lag. Wer einen Begriff zutreffend definiert, verwendet zwar einen mehr oder weniger geläufigen neuen Begriff (ein Schimmel ist ein weißes Pferd), aber dieser – das Definiens – sagt immer nur aus, was im ersten Begriff – dem Definiendum – schon enthalten ist. Leitet man aus dem Definiens etwas Neues ab, hat man das Abgeleitete vorher in das Definiendum hineingelegt. Die Deduktion ist stets zirkulär. So mag *Rostalski* sagen, schon der eine realisierte Wurf sei ja zweifellos ein „Verhaltensnormverstoß“, und den habe S nicht aufgegeben, sondern komplett ausgeführt; also biete die Einzelakttheorie die richtige Lösung. Das wäre kein Argument und keine Begründung. *Rostalski* hätte nach eigener Willkür in den Begriff der Tat die Bedeutung „Verhaltensnormverstoß, ausgeführt schon mit dem ersten Wurf“ hineingelegt. Die Gesamtbetrachtungslehre würde so kurzerhand ausgeschlossen, obwohl gute Sachgründe für sie sprechen und sie im konkreten Fall den Vorzug verdient.

Dass lässt uns fragen, ob denn *Rostalskis* normativ-funktionaler Begriff als Definition wenigstens nicht irreführt,

²¹ Dasselbe meint wohl der Satz auf S. 2: „Der Begriff der Tat ist in der Allgemeinen Verbrechenslehre Stellschraube für die Lösung sämtlicher materiellrechtlicher Einzelfragen“.

²² Zu dieser Streitfrage vorzüglich informierend und argumentierend *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1225–1234.

d.h. vereinbar ist mit den Aussagen des Strafgesetzbuches. Fragwürdig ist insoweit zunächst der verschwommene Definitionsbestandteil „tatbestandspezifisch“. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB legt fest: „Im Sinne dieses Gesetzes ist [...] rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Warum sagt *Rostalskis* Definition nicht genauso klar, dass der Verhaltensnormverstoß den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen müsse?

Es gibt krassere Mängel. Ein „Verstoß“ gegen eine rechtliche Verhaltensnorm liegt nur vor, wenn der Täter die Norm *verletzt*, wenn er *Unrecht* tut. Und von einer etwaigen „Fehlverhaltensfolge“ (im Klammerzusatz der Definition) kann man nur sprechen, wenn das folgenschwere Verhalten zu beanstanden, wenn es rechtlich fehlerhaft war. Den Tatbegriff verwendet das StGB manchmal aber auch im Sinne von Tatbestandserfüllungen, die gerechtfertigt, u.U. sogar geboten sind oder die wegen überragender Interessen oder amtlicher Genehmigung nicht zu beanstanden sind. So sagt § 34 StGB, dass „nicht rechtswidrig“ handelt, wer „eine Tat“ im rechtfertigenden Notstand begeht. Beispiele aus dem Besonderen Teil: §§ 201 Abs. 2; 219a Abs. 3; 331 Abs. 3; 333 Abs. 3 StGB. Das StGB gebraucht hier für das jeweilige Verhalten den Begriff „Tat“, aber *Rostalskis* Tatbegriff erfasst das Verhalten nicht. Er ist zugeschnitten auf normwidriges, auf Unrechtsverhalten und widerspricht mit dieser Verengung dem Tatbegriff des geltenden Rechts.

Es gibt noch eine Verengung, die stärker auffällt. Wenn laut Definition der Verhaltensnormverstoß außer tatbestandspezifisch auch noch „hinreichend gewichtig“ sein muss, dann entfällt die Tat nach *Rostalski* in Fällen eines Verhaltensnormverstoßes ohne Gewicht, d.h. bei ganz geringfügigem Fehlverhalten. Denn selbstverständlich will *Rostalski*, wie immer sie für das Hinreichen die Grenze ziehen mag, mit „hinreichend gewichtig“ keine leerlaufende, sondern eine relevante Voraussetzung aufstellen. Ja, sie sagt sogar ausdrücklich, dass die Bagatellklausel „eine wesentliche Errungenschaft“ ihrer Lehre vom Tatbegriff sei (S. 121 f.). Im Prinzip sind aber auch minimale Tatbestandsverwirklichungen i.S.d. materiellen Strafrechts schon Straftaten; z.B. wenn ein Mann ohne Fahrerlaubnis für seine Frau das Auto aus einer Parklücke heraussteuert (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG); oder wenn jemand aus Fahrlässigkeit seiner Verkehrssicherungspflicht nicht nachkommt und dadurch den leicht schmerzhaften Sturz eines Passanten verursacht (§§ 229, 13 StGB); oder wenn ein Jugendlicher gegen das Verbot des Nachbarn durch die Hecke auf dessen Grundstück schlüpft und einen Ball zurückholt (§ 123 StGB); oder wenn eine Mutter im SB-Laden ein Fläschchen Nagellack in die Manteltasche stecken will, aber daran von ihrer Tochter gehindert wird (§§ 242, 22 StGB). Das alles sind rechtswidrige Tatbestandsverwirklichungen und Straftaten nach dem StGB, wenn auch prozessual gesehen wegen Geringfügigkeit keine Verfolgung droht (vgl. § 153 StPO). *Rostalski* aber, obwohl sie doch ihrem Buch den Titel „Der Tatbegriff im Strafrecht“ gibt, verneint das Vorliegen von Taten und also auch von Straftaten, weil die Verhaltensnormverstoße nicht hinreichend gewichtig sind.

Warum vermeidet sie solche Fehler nicht? Sie könnte es leicht, wenn sie sich am Gesetz orientieren würde. Dass sie die seltenen Fälle der gesetzlichen Verwendung des Tatbegriffs für ausdrücklich erlaubte Tatbestandsverwirklichungen (z.B. Notstandstaten, § 34 StGB) vernachlässigt, mag angehen. In Wahrheit will sie einen engeren Tatbegriff klären, nämlich den Begriff der *Unrechtstat*. Dieser Begriff ist identisch mit dem der „rechtswidrigen Tat“, und der wird im StGB so oft gebraucht, dass der Gesetzgeber die Definition in die eigene Hand genommen hat: § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. In Anlehnung an diese Vorschrift könnte man den von *Rostalski* gesuchten „Tatbegriff im Strafrecht“ bestimmen als Verhalten, welches gegen das Recht verstößt und den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Zugegeben, diese Definition ist vergleichsweise banal, aber sie ist zugleich klar, gesetzesnah und nicht angreifbar.

2. Der Gedanke umfassender Einheitlichkeit des Tatbegriffs

Mit einer Tatbegriffsbestimmung, die zur Lösung strafrechtlicher Streitfragen in Wahrheit nichts beisteuert und noch dazu fehlerhaft ist, kann eine „Zeitenwende im Strafrecht“ gewiss nicht verbunden sein. Anzuerkennen ist allerdings, dass *Rostalski* den Leser schon im Buchtitel überrascht mit ihrer Einheitlichkeitsthese. Ich verstehe ihre Behauptung so: Ein richtig gebildeter materiell-strafrechtlicher Tatbegriff trifft nicht nur innerhalb des StGB überall gleichermaßen zu, in welchem Kontext auch immer das Wort oder Wortelement „Tat“ auftaucht. Er bleibt gültig und einsetzbar über die Grenzen des StGB hinaus – im „gesamten Strafrechtssystem“, wie es der Buchtitel ausdrückt. – Die *Autorin* begründet diese zentrale These wie folgt: „Ist Strafe eine Reaktion auf eine Straftat, kann es in jedweder Phase des Bestrafungsvorgangs nur *einen* Tatbegriff geben. Allgemeine Verbrechenslehre, die Strafzumessung einschließlich der Konkurrenzlehre und der Strafprozess sind in ihrer Gesamtheit *einem gemeinsamen Ziel* verschrieben: Der Ermöglichung einer legitimen Bestrafung des Einzelnen“ (S. 3, *Hervorhebung* a.a.O.). Es folgt eine missglückte Metaphorik: Die h.L. zum Tatbegriff mache die Teilgebiete durch wechselndes Begriffsverständnis zu „einsamen Inseln“, wo doch das Strafrecht im Ganzen „ein gleichmäßiger Fluss mit gemeinsamer Strömung“ sein müsse (S. 5).

Nun mag *Rostalskis* Einheitlichkeitshypothese auf die allermeisten Stellen, wo uns im StGB und in der StPO der Terminus „Tat“ begegnet, zutreffen. Aber die Wahrheit verfehlt die *Verf.* des Buches auch mit dieser Lehre, und zwar wiederum, weil sie das geltende Recht nicht erforscht, sondern darüber hinweggeht. Angenommen, die Altenpflegerin A betreut eine demente Dame. Aus deren Schmuckkasten entwendet A eine kostbare Halskette und steckt sie in die eigene Handtasche, aber nur zum Zweck einmaliger Nutzung bei einer privaten Feier; nach drei Tagen will sie die Kette zurücklegen. – Ein „Verhaltensnormverstoß“ (vgl. § 858 BGB), aber mangels Zueignungsabsicht nicht „tatbestandspezifisch“, also keine Tat i.S.d. *rostalskischen* Tatbegriffs. Das entspricht in etwa der gesetzlichen Festlegung: keine „rechtswidrige Tat“, weil die Wegnahme keinen „Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Angenommen nun weiter,

der Sohn der Betreuten betritt, von A unbemerkt, das Zimmer und beobachtet die Entwendung. Betrifft er A „auf frischer Tat“ (§ 127 Abs. 1 StPO)? Das zu bejahen, halte ich für nahelegend. Jedenfalls scheint es mir für die Verneinung der Frage kein hinreichender Grund zu sein, dass der Rechtsbruch der A (ihr Verhaltensnormverstoß) nicht tatbestandspezifisch ist. Die Sachgründe des rechten Gesetzesverständnisses sind ja hier und dort verschieden, und darum kann „Tat“ hier und dort Verschiedenes bedeuten.

Schwerer wiegt die folgende Überlegung: *Rostalski* hat anscheinend nicht bedacht, dass die StPO auch Regeln enthalten muss für den Fall, dass der Beschuldigte mit dem ihm als Straftat vorgeworfenen Verhalten überhaupt kein Unrecht begangen, gegen keine Verhaltensnorm verstoßen hat. Da geht es dann nicht um das „eine gemeinsame Ziel“ aller einschlägigen Vorschriften, in Anwendung des „einen Tatbegriffs“ eine legitime Bestrafung zu ermöglichen, nicht um einen fortlaufenden „Bestrafungsvorgang“, sondern im Gegenteil um das Ziel der Nichtbestrafung und des Freispruchs. Stellen wir uns vor, die Staatsanwaltschaft hat M wegen des Versuchs der Vergewaltigung aufgrund von §§ 176 Abs. 8 Nr. 1; 22 StGB nach Ms Geständnis seiner bösen Absicht angeklagt. M hatte Frau F, scheinbar als Beschützer, bis in ihre Wohnung begleitet, wo er das Verbrechen sogleich begehen wollte. Aber dort war Fs Verlobter anwesend, ein Polizist, der den polizeibekanntem M an Ort und Stelle festnahm. Erst in der Hauptverhandlung findet das Gericht zur richtigen Einschätzung des Verhaltens, dass nämlich M trotz seiner verbrecherischen Absicht bis zuletzt kein Unrecht begangen hat: bloße Vorbereitung, noch kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes (§ 22 StGB). M ist freizusprechen, und nach § 267 Abs. 5 S. 1 StPO müssen die Gründe des freisprechenden Urteils ergeben, warum „die Tat“, d.h. „die für erwiesen angenommene Tat“ (also das Hinwirken auf die Vergewaltigung) „für nicht strafbar erachtet worden ist“. Es ist also nichts mit dem im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen Begriff der Tat. Das Begleiten der F war materiell-strafrechtlich noch kein Unrecht, kein Verhaltensnormverstoß und also nach *Rostalskis* Definition des Tatbegriffs keine Tat. Im Sinne der StPO war es aber als Gegenstand der Anklage sehr wohl eine Tat – eine dem M nach Gesetz und Recht erlaubte Tat!

Bei Lichte besehen scheitert die Einheitlichkeitstheorie der *Verf.* schon innerhalb des StGB, und zwar an seinem ersten Paragraphen (= Art. 103 Abs. 2 GG): „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Je nach Gesetzeslage bedeutet der Tatbegriff hier entweder eine *rostalskische* Tat oder eine Nicht-Tat. Das „nicht öffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger“ aufzunehmen (§ 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB), ist heute strafbar und als tatbestandspezifischer Verhaltensnormverstoß eine Tat i.S.d. *rostalskischen* Begriffsbestimmung. 1967 hingegen, als die Strafnorm schon entworfen war, aber noch nicht galt, war ein solches Tun nicht nur straffrei, sondern auch unverboden, kein Verhaltensnormverstoß. Trotzdem war es eine Tat i.S.v. § 1 StGB, nämlich eine Tat, deren Strafbarkeit nicht gesetzlich bestimmt war, bevor sie begangen wurde; gesetzlich

bestimmt war die Strafbarkeit erst ab 1968, als § 298 StGB a.F. in Kraft trat.

Ich bestreite, dass *Frauke Rostalski* mit ihrer umfangreichen Habilitationsschrift eine Zeitenwende im Strafrecht richtig erkannt oder ausgelöst hat. Und ich würde es selbst dann bestreiten, wenn sie die vielen Fehler im Buch vermeiden und recht hätte mit ihrer Hypothese vom einheitlichen Tatbegriff. Dieser Befund wäre mir für ein so großes Wort zu unbedeutend. Passen würde das Wort freilich, wenn *Rostalskis* Behauptungen zuträfen, dass gesetzliche Strafandrohungen nichts verbieten, dass sie potentielle Täter nicht abschrecken sollen, dass die Annahme eines Abschreckungsinnes der Verfassung widerspricht und dass ein Straftäter mit seiner Straftat in Kommunikation tritt zu den anderen Gesellschaftsmitgliedern und ihnen verkündet, auf begrenztem Feld gelte das Recht nicht für ihn und insoweit beanspruche er die Freiheit, Rechtspflichten zu missachten und seinen „Maximen“ Vorrang zu geben. Aber all diesen Behauptungen trete ich gleichfalls entgegen und erachte sie für zweifellos unzutreffend (s.o. II. und III.).