

Buchrezension

Frauke Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat, Mohr Siebeck, 2019, 471 S., € 104.

I. Bei dieser Marburger Habilitationsschrift handelt es sich nicht nur um eine weitere¹ Abhandlung zum prozessualen Tatbegriff, vielmehr hat sie nichts weniger zum Programm, als das gesamte Strafrecht inklusive Strafprozessrecht auf der Grundlage der Normentheorie, namentlich der *Frisch-Freundschen* Lehre vom Verhaltensnormverstoß, neu zu errichten. Die zentrale These ist, dass überall da, wo von „Tat“ die Rede ist, der von ihr sog. „normativ-funktionale Straftatbegriff“ des hinreichend gewichtigen Verhaltensnormverstoßes zu verwenden sei, denn aus dem Begriff der Tat der Allgemeinen Verbrechenlehre ergebe sich alles weitere, etwa für die Strafzumessung, die Konkurrenzlehre, den Umfang der Rechtskraft oder die Verbandsstrafe.

Das weckt Neugier, weil es einerseits nach ärgster Begriffsjurisprudenz² klingt, andererseits aber unter der Flagge eines normativen Funktionalismus segelt. Wer mit der Dogmengeschichte des Ne bis in idem-Satzes vertraut ist, ahnt ferner, dass dies auf den Versuch der Wiederbelebung des im deutschen Recht vor 170 Jahren beerdigten idem crimen-Konzepts, das auch international auf dem Rückzug ist, hinauslaufen dürfte, und wird gespannt sein, ob es dafür neue Argumente gibt.

II. Die Arbeit zerfällt in sieben Abschnitte. Zuerst wird eine „Zeitenwende im Strafrecht“ angekündigt (S. 1–14), um sodann den „normativ-funktionalen Straftatbegriff“ zu entwerfen und seine Überlegenheit zu erweisen (S. 15–131). Dieser Begriff wird auf die Strafzumessung (S. 133–146) und im umfangreichsten Abschnitt des Buches auf das Strafprozessrecht (S. 147–337) erstreckt. Es folgen weitere „Anwendungsbeispiele“ (S. 339–412) zum Rücktritt vom Versuch, Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht bei § 211 StGB, die Subsidiaritätsklausel in § 246 StGB, nochmals § 46 StGB und schließlich die Verbandsstrafe. Knapp (S. 413–426) wird auf den Tatbegriff im EU-Recht eingegangen und schließlich (S. 427–434) mit einem Rück- und Ausblick beendet.

1. a) Der erste Abschnitt gibt das Programm des ganzen Buches vor. Verf. hält den Straftatbegriff für den zentralen Begriff der ganzen Strafrechtsdogmatik. Am Begriff der Tat sei „zu erkennen, in welchem Zustand sich das Strafrecht befindet“ (S. 1), für den einzelnen ergebe sich aus ihm, welche Freiheitseinschränkungen er zu dulden habe, ob etwa Vorwerfbarkeit für Strafe nötig sei (S. 1 f.). Mehr noch: „Der Begriff der Tat ist in der Allgemeinen Verbrechenlehre Stellschraube für die Lösung sämtlicher materiell-rechtlicher

Einzelfragen.“ (S. 2) Deshalb werde intensiv über den Tatbegriff gestritten, etwa ob ein naturalistischer Handlungsbegriff nebst klassifikatorischem Straftatverständnis oder ein normativ-funktionaler Tatbegriff vorzuziehen sei (S. 2 f.).

Darauf folgt die zentrale These: „Ist Strafe eine Reaktion auf eine Straftat, kann es in jedweder Phase des Bestrafungsvorgangs nur *einen* Tatbegriff geben. Allgemeine Verbrechenlehre, 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).³ Tatsächlich werde man aber enttäuscht, weil diese Teilgebiete andere Begriffe verwendeten, von „systematischer Geschlossenheit im Sinne eines einheitlichen Tatbegriffs für sämtliche Phasen des Bestrafungsvorgangs“ könne nicht die Rede sein (S. 3), vielmehr herrschten „Zerrissenheit“ und „Widersprüchlichkeit“ (S. 5). Die Teilgebiete würden so zu eigenständigen, einsamen Inseln mit eigenen Gesetzen und Regeln, Strafrecht müsse aber „ein gleichmäßiger Fluss mit gemeinsamer Strömung“ (S. 5) sein.

Verf. bekennt sich zu einem funktionalen Verständnis strafrechtlicher Begriffe, die am Zweck legitimer, d.h. auch strafzweckkonformer Bestrafung auszurichten seien, und verwirft, was sie naturalistische oder klassifikatorische Systeme, wozu auch die ontologische Strafrechtsdogmatik zählen dürfte, nennt (S. 6 ff.). Die Formulierungen sind leider reichlich ungenau und daher nicht schlüssig: von Liszt als Stammvater der klassifikatorischen Systeme – der Titel seines Marburger Programms lässt eigentlich anderes vermuten – wird vorgeworfen, er rücke „äußere Erscheinungen der Lebenswirklichkeit in den Fokus der Betrachtung“, etwa die Handlung als „Objekt, auf das die Wertung als ‚Verbrechen‘ bezogen werden könne“ (S. 6), während richtigerweise die „Welt des Seins [...] das reine Objekt der Bewertung“ (S. 8) sei, was freilich nichts anderes ist. Gemeint ist wohl eher der Unterschied, in welchem Grad man das Recht an außerrechtliche Begriffe gebunden sieht.

Mit Schünemann, der damit aber wohl anderes meinte,⁴ sieht Verf. die deutsche Strafrechtsdogmatik „am Scheidewege“ und konstatiert mit Frisch⁵ einen Wandel hin zu einem normativ-funktionalen System wie es etwa Pawlik in seinem „Unrecht des Bürgers“ (2012) vorgeschlagen habe. Dabei zeigt Verf. sich offen für empirische Bindungen aus der Natur der Sache, die bisher noch nicht nachgewiesen worden seien, oder den kantischen „Dingen an sich“, falls „sie sich [...] in Zukunft durch Erfahrungssätze der Erkenntnis zugänglich machen lassen“ (sic!, S. 11). – Mit dem letzten Satz hat Verf. allerdings einen kapitalen Bock geschossen und völlige Unkenntnis der kantischen Erkenntnistheorie offenbart, denn das „Ding an sich“ hat nicht nur nichts mit naturalistischen Fehlschlüssen zu tun, sondern ist transzendental, mithin per defi-

¹ Vgl. zuvor die große Monographie von Greco, Strafprozess-theorie und materielle Rechtskraft, 2015, mit Besprechung Wohlers, GA 2016, 579, und Stuckenberg, ZIS 2017, 445.

² Auch im Zivilrecht gilt der Streit um den Streitgegenstand schon lange als „Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz“, Ekelöf, ZZP 85 (1972), 145.

³ Hervorhebungen sind, wenn nicht anders gekennzeichnet, immer solche des Originals.

⁴ Schünemann, ZStW 126 (2014), 1.

⁵ Frisch, GA 2015, 65.

nitionem keiner Erfahrung zugänglich.⁶ Auch naturrechtliche Vorgaben hält sie für möglich (S. 11 Fn. 31), was sich nicht mit dem zustimmend zitierten Satz *Alwerts* (S. 7 Fn. 13) verträgt, die Rechtsordnung sei Werk des Menschen, er allein trüge die Verantwortung dafür. – *Verf.* will nun weiter gehen und die Funktionalisierung in Gestalt der Ausrichtung an den straftheoretischen Grundprämissen auf alle Phasen des Bestrafungsvorgangs ausdehnen, wozu ein gemeinsamer normativ-funktionaler Straftatbegriff erforderlich sei (S. 13), um das unhaltbare „Strafrecht einsamer Inseln“ zu überwinden: „Die insoweit funktionale Ausrichtung des Strafrechts darf an dieser Stelle nicht haltmachen. Vielmehr sollten wir schon heute durch die Vereinheitlichung des Tatbegriffs im *gesamten Strafrechtssystem* den zweiten und dritten Schritt wagen und dabei das Risiko nicht scheuen, den einen oder anderen in seinem Festhalten an rückständigen Traditionen hinter uns zurück zu lassen.“ (S. 14). Der Tonfall berührt unangenehm und erinnert an die Aufbruchsrhetorik im Schrifttum ab 1933.

b) Was mit dem „Begriff der Straftat“ genau gemeint ist, bleibt an dieser Stelle noch undeutlich, gemeint ist wohl der allgemeine (formelle) Verbrechensbegriff.

Ein funktionales Begriffsverständnis verdient Zustimmung. Ganz neuartig ist es freilich nicht mehr, im Gegenteil: Seit *Jherings* Entdeckung des Zwecks im Recht (1877) und der Rezeption des Neukantianismus ist dies in der deutschen Strafrechtswissenschaft⁷ in unterschiedlicher Stringenz zum Standard geworden. Insofern mag man bezweifeln, ob die immer wieder prophetisch verkündete „Zeitenwende“ (S. 1, 14, 118, 124) nicht schon längst hinter uns liegt. Auch die Erkenntnis „Ein rechtsstaatliches Strafrechtssystem verlangt nach Legitimität in sämtlichen Bereichen der Bestrafung.“ (S. 14) ist im Staat des Grundgesetzes seit 70 Jahren bekannt.

Falsch ist die Annahme, dass ein einziger Begriff „für die Lösung sämtlicher Einzelfragen des materiellen Strafrechts“ (S. 1, 2) bedeutsam sein soll.⁸ Der (formelle) Verbrechensbegriff ist ein dogmatischer Begriff, zumeist eine Abstraktion über zentrale Zurechnungsregeln. Aus ihm als höherem Begriff lässt sich – anders als es Vertreter der Begriffsjurisprudenz wie *Puchta* dachten – nichts deduzieren, was nicht vorher hineingelegt wurde: „Aus Zusammenfassungen kann man ohne Selbsttäuschung keinen neuen Rechtsinhalt gewinnen.“⁹ *Verf.* verkennt damit die Natur deduktiver Schlüsse, die ausnahmslos informationserhaltend¹⁰ sind. Ohne zusätzliche Annahmen ist etwa weder die Ausgestaltung der Irrtumslehre

oder der Beteiligungslehre noch die Straftheorie und die zugehörige Strafzumessungslehre zu klären. Natürlich kann man einen Verbrechensbegriff so anreichern, dass er weitere Elemente enthält; zu fragen ist dann, ob der Begriff noch zweckmäßig ist, denn das ist das einzige Kriterium für gelungene Begriffsbildung.¹¹ Die Ableitung selbst bleibt zirkulär.

Deswegen ist der Schluss vom Begriff auf konkrete Rechtssätze als „Inversionsverfahren“¹² und schlechte Begriffsjurisprudenz¹³ zu Recht in Verruf geraten, weil es sich lediglich um eine *petitio principii* handelt, die versucht, aus Prämissen zu deduzieren, was in ihnen nicht enthalten ist.¹⁴ Früher nannte man das auch „Erschleichung“ (*vitium subreptionis*).¹⁵

Irrig ist die Bemerkung, „am Begriff der Tat ist zu erkennen, in welchem Zustand sich das Strafrecht befindet“ (S. 1) – man kann allenfalls erkennen, in welchem Zustand sich die Strafrechtswissenschaft befindet. Definitionsprobleme sind allerdings „Aufgaben zweiter Ordnung“¹⁶. Auf das positive Strafrecht und das Funktionieren der Strafjustiz haben dogmatische Begriffsbildungen nur begrenzte Auswirkungen.

Gänzlich verfehlt ist schließlich die Vorstellung, der materiell-rechtliche Straftatbegriff müsse in allen weiteren Teilbereichen des Strafrechts gelten, dies gleich in mehrfacher Hinsicht: 1. Das Argument, dass dasselbe Wort (Homonym) überall (in demselben Rechtsgebiet) dieselbe Bedeutung haben müsse, stellt einen klassischen Fehlschluss der Begriffsvertauschung dar, hier in der Version der *fallacia a dicto secundum quid ad dictum simpliciter*¹⁷ (auch: unzulässige Verallgemeinerung, hier zugleich ein Kategorienfehler, *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος*¹⁸), und, wenn vorsätzlich ausgeführt, ein *Sophisma*. Anders gewendet: Darin liegt ein Verstoß gegen den Satz vom zureichenden Grund. 2. Dahinter steht womöglich die Vorstellung, aus der Eigenschaft eines Ganzen (hier: Bezug des gesamten Bestrafungsvorgangs auf eine Straftat) folge, dass auch alle seine Teile diese Eigenschaft aufwiesen, worin ein weiterer klassischer Trugschluss

⁶ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. 1781, S. 190 = Akademie-Ausgabe (AA), Bd. IV, S. 129, Z. 13.

⁷ Dazu *Stuckenberg*, in: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, S. 125 (134 ff.); s.a. *ders.*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007, S. 50 Fn. 221 m.w.N.

⁸ So schon *Mittermaier*, Ueber die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern, 1819, S. 8, 51 f.; *Oersted*, Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung, 1818, S. 81.

⁹ *Heck*, DJZ 1909, Sp. 1457 (1460).

¹⁰ Vgl. nur *Salmon*, Logik, 1983, S. 37; *Zoglauer*, Einführung in die formale Logik für Philosophen, 2. Aufl. 2002, S. 58.

¹¹ Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 7 – Vorstudien), S. 50 Fn. 218.

¹² Ausdruck von *Heck*, DJZ 1909, Sp. 1457 (1458).

¹³ Als Lektüre empfiehlt sich der instruktive Sammelband von *Krawietz* (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976.

¹⁴ Siehe nur *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 71.

¹⁵ *Flügel*, *Abriss der Logik und die Lehre von den Trugschlüssen*, 5. Aufl. 1914, S. 93 ff.

¹⁶ *Heck*, DJZ 1909, Sp. 1457 (1460).

¹⁷ Vgl. *Aristoteles*, *De sophisticis elenchis*, Kap. 5; *Schopenhauer*, *Eristik*, Kunstgriff 3 (Aus Arthur Schopenhauer's handschriftlichem Nachlaß, hrsg. von Frauenstädt, 1864, S. 17 f.); *Mill*, in: *Collected Works of John Stuart Mill*, Bd. 8, 1974, book V, ch. 6, S. 805 ff.; *de Morgan*, *Formal Logic or the Calculus of Inference*, 1847, S. 265; näher *Flügel* (Fn. 15), S. 112 ff.

¹⁸ Vgl. *Aristoteles*, *Analytica posteriora*, 1. Buch, Kap. 7.

mit dem scholastischen Namen fallacia divisionis¹⁹ läge („Die Rose ist rot, also sind auch ihre Atome rot.“/„Deutschland ist ein reiches Land, also ist jede/r Deutsche reich.“). 3. Offenbar hat *Verf.* die Methode funktionaler Begriffsbildung, obwohl sie sich zu ihr bekennt, nicht verstanden oder ignoriert sie bewusst²⁰, denn was sie als Widersprüchlichkeit und Zerrissenheit rügt, ist nichts anderes als die „Relativität der Rechtsbegriffe“, die als notwendige Konsequenz zweckorientierter (teleologischer, funktionaler) Begriffsbildung lange bekannt ist. Rechtsbegriffe sind „geronnene Regeln“, Namen für Normsätze,²¹ die durch Zusammenfassung²² entstehen und auf eine bestimmte konkrete²³ Regelungsfunktion bezogen sind. „Jede Parallelisierung der Bedeutung setzt die teleologische Parallelisierung voraus – nicht umgekehrt.“²⁴ Daher „ist es falsch, aus der Gleichförmigkeit der Worte, Zeichen und Ausdrücke innerhalb der Gesetze Schlüsse auf einen gleichen Inhalt ziehen zu wollen“²⁵. Es müsste vielmehr zuerst nach der Funktion der jeweiligen Begriffe gefragt werden. Der Verbrechens- oder, wenn man will, materiell-rechtliche Straftatbegriff hat die Aufgabe, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Strafe zu bündeln, deren Anordnung ihrerseits zweckhaft ist.²⁶ Der prozessuale Tatbegriff bestimmt den Umfang der gerichtlichen Kognition,

der Litispendenz und des Strafklageverbrauchs und soll insbesondere den Missbrauch der Strafverfolgung als Repressionsinstrument unterbinden. Beides ist offenkundig nicht dasselbe, wobei es terminologischer Zufall ist, dass im deutschen Recht von prozessualer „Tat“ die Rede ist. Damit ist hinreichend erkennbar, dass beide Begriffe zwar denselben Namen tragen mögen, aber verschiedenen Zwecken dienen.

Nicht nur das immer wieder bemühte Gleichnis (S. 6, 13 f.) ist unschlüssig (wieso ist ein Fluss besser als einsame Inseln im Meer?), auch die nötige teleologische Parallele kann sich nicht, wie *Verf.* glaubt, aus dem Globalziel „der legitimen Bestrafung des Einzelnen“ ergeben, weil es zu unbestimmt ist, um den konkreten Rechtsbegriff zu konturieren, abgesehen davon, dass das praktische Hauptziel des prozessualen Tatbegriffs just das Gegenteil ist, nämlich die *Verhinderung* an sich legitimer Bestrafung des Einzelnen. Würden Globalziele hinreichen, etwa dass die Freiheit des Einzelnen mit der der anderen nach allgemeinen Gesetzen zusammen bestehen können soll oder die Herstellung gerechter Lebensverhältnisse, dann müsste das zur Uniformität aller Rechtsbegriffe führen, z.B. der Eigentumsbegriff in Art. 14 GG und § 903 BGB identisch gefasst werden. Rechtsbegriffe sind jedoch Werkzeuge zur Lösung von spezifischen Regelungsaufgaben und die durch ihre Gleichschaltung bewirkte funktionale Entdifferenzierung ist offensichtlich ebenso sinnlos und fehlerhaft – weil es letztlich wieder eine fallacia divisionis wäre – wie die Annahme, dass die Handwerker, die dem gemeinsamen Ziel der Errichtung eines Hauses verpflichtet sind, deshalb alle mit demselben Werkzeug, etwa der Maurerkelle, arbeiten müssten, oder dass alle Bauteile in einem Automobil rund sein müssten, weil sie alle dem Ziel der rollenden Fortbewegung „verschrieben sind“.

Ein „geschlossenes System“, das sich *Verf.* wünscht, verlangt nicht, dass in allen Funktionszusammenhängen dieselben Bausteine eine Rolle spielen müssten, mithin keine Uniformität der Begriffe, sondern Konsistenz²⁹. Die richtige Forderung, dass ein kohärentes Strafrechtssystem überall strafzweckkompatibel sein muss,³⁰ lässt jedoch erhebliche Spielräume, weniger bei der Strafzumessung als beim Prozessrecht, denn die regelmäßig grobkörnige Formulierung der Strafzwecke erschwert Deduktionen auf einzelne Regelungskomplexe beträchtlich, die daher oft sogar unmöglich sein mögen. Schon *Oersted* und *Mittermaier* haben vor 200 Jahren auf die Bedeutung der „Mittelsätze“ hingewiesen.³¹ Strafzweckrelevanz müsste zudem jeweils sorgsam untersucht werden und lässt sich nicht pauschal für alle normativen Kontexte postulieren.

An sich könnte man das Buch nach den ersten 14 Seiten nun weglegen, weil es die Natur funktionaler Begriffsbildung verkennt und der Begründung eines Fehlschlusses, also einem unmöglichen Unterfangen, gewidmet und damit wissenschaftlich wertlos ist. Damit wäre die Aufgabe einer Rezension jedoch nur zum Teil erfüllt, zudem ist zu hoffen, dass

¹⁹ *Aristoteles* (Fn. 17), Kap. 4; *Mill* (Fn. 17), S. 818 ff.; *de Morgan* (Fn. 17), S. 248; *Flügel* (Fn. 15), S. 77 ff.

²⁰ Später (S. 108 ff.) wird sie die These, dass es kein schuldloses Unrecht geben könne, damit zu retten versuchen, dass Rechtswidrigkeit und Unrecht im Strafrecht und Maßregelrecht verschieden zu verstehen seien.

²¹ Dazu *Müller-Erzbach*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 61 (1912), 343 ff.; *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 60; *Engisch*, in: *Ferid* (Hrsg.), *Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958*, S. 59; *Wank*, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, S. 111 ff.; *Demko*, *Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in juristischen Tatbeständen*, 2002, S. 13 ff.; *Hermann*, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz*, 2015, S. 1 ff.; siehe auch jüngst *Kowalski*, *NJW* 2020, 2229 (2232); *Barczak*, *JuS* 2020, 905 (907 f.), jeweils m.w.N.

²² *Puppe*, *ZIS* 2020, 143 (149).

²³ *Röhl/Röhl* (Fn. 14), S. 57.

²⁴ *Heck*, *DJZ* 1909, Sp. 1457 (1458).

²⁵ *Müller-Erzbach*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 61 (1912), 343 (373).

²⁶ *Kowalski*, *NJW* 2020, 2229 (2232); *Engisch* (Fn. 21), S. 69; vgl. jüngst *Puppe*, *ZIS* 2020, 143 (149): „Wenn man eine Regel, die zur Lösung eines bestimmten Problems entwickelt worden ist, aus ihrem systematischen Zusammenhang herausreißt und als Topos unmittelbar auf die Lösung eines anderen Problems anwendet, ändert sie ihren Sinn und verliert ihre Rechtfertigung.“ Dasselbe gilt für Rechtsbegriffe, die aus Regeln abgeleitet werden.

²⁷ *Engisch* (Fn. 21), S. 69.

²⁸ Etwa der argumentativen Logik des Beschuldigten folgt, so *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 44, oder wenigstens didaktischen Zwecken dient.

²⁹ Vgl. *Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 16.

³⁰ Vgl. nur *Frisch*, *GA* 2019, 185 (196).

³¹ Wie Fn. 8.

Verf. noch weitere, zumindest diskutabile Gründe für die vorgeschlagene Begriffsverwendung anführt.

2. Im zweiten Abschnitt (S. 15–131) unternimmt *Verf.* im Rahmen des Entwurfs eines normativ-funktionalen Straftatbegriffs auf den ersten ca. 100 Seiten eine straftheoretische Grundlegung, die teilweise wortgleich ihrer Dissertation³² folgt. Der Ansatz ist zunächst verfassungsrechtlich: Als Teil des öffentlichen Rechts unterliege Strafrecht denselben Bindungen, die allgemein zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen gelten. Nötig sei ein legitimer Zweck, zweckfreie Strafe wie Schuldausgleich um seiner selbst willen sei mit der Verfassung nicht zu vereinbaren. Legitimer Zweck des Strafrechts sei der Rechtsgüterschutz, freilich in sekundärer Weise, denn primären Rechtsgüterschutz leisteten die Verhaltensnormen (S. 15). Diese würden – und damit wird der verfassungsrechtliche Rahmen verlassen – durch einen Gesellschaftsvertrag erschaffen, wobei *Verf.* sich unterschiedslos auf *Hobbes*, *Hume* (der bekanntlich ein Gegner der Sozialvertragslehren war, wie die Lektüre der zitierten Schrift „Of the Original Contract“ ergeben hätte), *Rousseau* und *Kant* bezieht (S. 18 Fn. 8). Wer gegen eine Verhaltensnorm verstößt, teile den anderen Vertragspartnern des Gesellschaftsvertrages mit, dass er seine Maximen über den Vertrag stelle, worin eine Anmaßung von Freiheit liege. Der Täter bleibe aber weiterhin Gleicher im Recht (kein Feindstrafrecht, S. 24), weil er mit der Begehung der Straftat unvernünftig handle, also irre; dieser Irrtum befreie ihn jedoch nicht von Strafe (S. 25). Mithin verdiene er eine angemessene Antwort auf seine kommunikative Botschaft; mit dieser Antwort drücke die Gesellschaft zugleich aus, dass sie an der Gültigkeit der missachteten Norm festhalte. Die Strafe sei Widerspruch zum Normbruch, Gegenrede – das klingt nach *Jakobs* und positiver Generalprävention, die *Verf.* aber wie alle präventiven Theorien ablehnt (unten S. 36 ff.). Wenn man aber absolute und präventive Straftheorien ablehnt, bleibt nach herkömmlicher Terminologie nichts mehr übrig, so dass eine begriffliche Klärung angezeigt ist, die *Verf.* aber nicht liefert. Vielmehr handle es sich bei ihrer Straftheorie um eine neuartige retributive expressive Straftheorie, die den Ausgleich unrechtmäßig angemaßter Freiheit bezweckt (S. 27 ff.), worin die Bestätigung und Anerkennung des Status des Täters als gleichberechtigter Bürger liege; der Täter werde wie bei *Hegel* „als Vernünftiger geehrt“ (S. 32). Nötig sei eine tat-angemessene Reaktion.

Obgleich *Verf.* dies bestreitet (S. 29 f., 32),³³ wird Strafe damit doch absolut begründet (S. 26 Fn. 30), d.h. sie hat keinen außer ihr selbst liegenden, empirischen Zweck. Warum die Straftat nicht unbeantwortet bleiben darf (S. 30, 80), wird

hier³⁴ nicht begründet. Was passiert, wenn Strafe ausbleibt? Kommt die Blutschuld über das Volk et Deus irascitur in populum universum oder würde die Negation des Rechts „sonst gelten“? Warum es Strafe sein muss, wenn der Täter doch irrt, und nicht Belehrung, bleibt ebenfalls offen. Die metaphorische Rede vom „Freiheitsausgleich“, die mit dem Ausgleich eines „distributiven Verhaltensvorteils“³⁵ gleichgesetzt wird (S. 20 Fn. 18, S. 226 ff.), bleibt unausgeführt, obwohl sich Probleme aufdrängen (Wie verrechnet man Freiheitsquanten? Als talio identica oder symbolisch?³⁶). Was daran neu ist, bleibt unklar, denn neu ist weder die Idee der Expressivität der Strafe noch die des Vorteilsausgleichs;³⁷ eine Anbindung oder Abgrenzung zu ähnlichen Konzepten (Worin liegt etwa der Unterschied zur „unfair advantage theory of punishment“³⁸?) fehlt.

Verf. meint, bereits der Schuldspruch sei Strafe (S. 32 ff.), in Abhängigkeit vom Gewicht des Unrechts könnten aber weitere Freiheitseinbußen nötig werden (S. 35 f.). Auch hier bleiben die Maximen der Strafzumessung offen. Spätere Formulierungen changieren und deuten an, dass Strafrecht doch dem Erhalt der Ordnung diene, was mitunter durchaus nach einer empirischen Wirkung klingt („Garant des friedlichen Miteinanders“, S. 52; Bestätigung der „Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm“, S. 75; Ausbleiben von Strafe „hätte zuletzt eine Gefährdung des friedlichen Miteinanders von Individuen im Staat zur Folge“, S. 368).

Verworfen werden sodann sämtliche präventiven Straftheorien (S. 36 ff.), weil sie eine unzulässige Instrumentalisierung des Täters vornehmen würden und folglich die kantisch gedeutete Menschenwürdegarantie gem. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt (S. 35 ff.). Eine Instrumentalisierung liege immer vor, wenn der Einzelne einer Maßnahme unterzogen werde, die „jedenfalls auch im Interesse Dritter erfolge“ (S. 37, 39, 42, meine *Hervorhebung*). – 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 Strafkulogheit Raum

³² *Timm*, *Gesinnung und Strafrecht*, 2012, S. 40 ff.; auch ihre philosophische Dissertation (*Rostalski*, *Das Natürlichkeitsargument bei biotechnologischen Maßnahmen*, 2019) enthält teilweise textidentische Passagen (dort S. 78–95). Das erinnert an die Fertigungsmethode der Automobilindustrie: So lassen sich auf derselben Bodengruppe gleich drei Qualifikationsschriften bauen.

³³ Bejahend noch *Timm* (Fn. 32), S. 55 f. mit Fn. 143, 150.

³⁴ Näher *Timm* (Fn. 32), S. 52–64; dazu *Gierhake*, *ZIS* 2015, 292 (294 ff.).

³⁵ Nach *Haas*, *Straftatbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, S. 262 ff.

³⁶ Dazu *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 470 f.

³⁷ Vgl. etwa *Kindhäuser*, in: *Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend* (Hrsg.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, S. 29 (33, 35 f.); *Appel* (Fn. 36); *Haas* (Fn. 35); zuvor schon *Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*, 1980/2011, S. 263 f.; *ders.*, *Analysis* 32 (1972), 131; *Morris*, *The Monist* 52 (1968), 475; siehe zu *Finnis* etwa *Hoerster*, *Muss Strafe sein?*, 2012, S. 38 ff.

³⁸ Vgl. *Davis*, *To Make the Punishment Fit the Crime*, 1992; *ders.*, *Law and Philosophy* 12 (1993), 133.

ist, solange die Strafe gerecht ist.³⁹ *Kant* vertritt also insofern das Gegenteil von dem, wofür *Verf.* ihn in Anspruch nimmt. Es fehlt auch der Hinweis, dass *Kant* selbst diese strikte Sicht auf eine von Gott regierte Welt beschränkte und in einer von Menschen regierten die Verfolgung präventiver Ziele zuließ.⁴⁰ Es fehlt sodann nicht nur jegliche Auseinandersetzung mit der abweichenden Verfassungsrechtslehre und Rechtsprechung des BVerfG, es fehlt auch jedes Problembewusstsein hinsichtlich der nicht nur in der Philosophie diskutierten Begrenztheit der Objektformel, weil in jeder Behandlung eines anderen unweigerlich eine Vergegenständlichung liegt.⁴¹ Es fehlt schließlich die simple Kontrollüberlegung, dass sich so, wie *Verf.* es formuliert hat, kein Staat errichten lässt, weil jede Verfolgung von Gemeininteressen (ob Steuererhebung oder Seuchenpolizei) unzulässig wäre. Später wird *Verf.* schreiben, dass der Bürger Ge- und Verbote „aus überwiegenden Interessen anderer“ (S. 97, anders wieder S. 391) zu befolgen habe, ohne den Widerspruch zu ihrem Instrumentalisierungsargument zu bemerken.

Während *Verf.* generalpräventiv begründete Strafe für „Folter“ hält (S. 43), wird der „Individualprävention“ zugestanden, dass sie dem Sozialstaatsgedanken entspreche. Resozialisierende Maßnahmen dürften aber nur angeboten, nicht erzwungen werden (S. 47). Mit dem Menschenbild eines freiheitlich verfassten Gemeinwesens sei es unvereinbar, den einzelnen als prinzipiell Vernunftbegabten zwangsweise erziehen oder abschrecken zu wollen (S. 48). Die dahinterstehende Annahme, eine Person sei gefährlich für andere, widerspreche der Idee des gesellschaftsvertraglichen Zusammenschlusses, die von der grundsätzlichen Vernunftbegabung ausgehe. Solange kein Defizit der Steuerungsfähigkeit vorliege, dürfe der einzelne nicht wie ein „zur Vernunft unfähiges Tier“ behandelt werden (S. 49, 62). – Das ist falsch gedacht, denn eine „grundsätzliche“ Vernunftbegabung schließt Versagen im Einzelfall nicht aus; der Mensch ist nach *Kant* auch Sinnenwesen, ist also *potentiell* vernünftig, kann aber aktuell vereinzelt oder dauerhaft auch furchtbar unvernünftig handeln. Hier werden die Befähigung zu und die pausenlose Betätigung von vernunftgemäßem Handeln verwechselt. Diese Begriffsvertauschung wird *Verf.* sogleich noch zur Absurdität perfektionieren: Abschreckungsspezialprävention verfällt wieder dem Instrumentalisierungseinwand, weil sie verkenne, dass im Rechtsstaat nicht die Sanktions-, sondern nur die Verhaltensnorm den Bürger motivieren solle. Für einen Normbruch sieht *Verf.* nur zwei mögliche Gründe

(S. 50): Entweder sei die Norm unvernünftig, mithin illegitim und dürfe nicht durchgesetzt werden – in der bundesrepublikanischen Rechtsordnung ist das freilich anders – oder die Person sei „in ihrer Vernunftfähigkeit und damit Ansprechbarkeit durch die rechtlichen Vorschriften eingeschränkt“, so dass kein Vorwurf zu erheben sei und „es sich hierbei ohnehin nicht um ein Ereignis handelt, das im Strafrecht Bedeutung hat“ (S. 50, 62). Der Leser staunt: *Verf.* hat gerade dargelegt, dass es in ihrem „Rechtsstaat“ gar keine Straftaten geben kann, weil entweder die gebrochene Norm illegitim oder der Täter qua Unvernünftigkeit schuldunfähig ist. Wozu dann das ganze Buch? Im manichäischen Utopia der *Verf.* ist, wie einst im Sozialismus, der einzelne nur als normtreu oder geisteskrank vorstellbar. Dass hierin auch ein Widerspruch zu ihrer vorherigen, unzureichend ausgeführten Annahme liegt, im Normbruch des Vernunftbegabten liege ein Selbstwiderspruch, der *nicht* von Strafe befreit (S. 25, 47 f., 78), wird nicht gesehen. *Verf.* schreibt unbekümmert und von Kenntnissen unbelastet drauf los, ohne auf Konsistenz zu achten, und hat sich mit ihrer kruden Variante eines gesellschaftsvertraglichen Modells, die nirgends mehr anknüpft, in Widersprüche verstrickt, aus denen sie sich nicht befreien kann. Sie kann nicht nur die Existenz von Straftaten nicht erklären, das Verbot, andere für gefährlich zu halten, hieße auch, es dürfe Polizeirecht nur bezüglich psychisch Kranker geben. Wenn alle von permanenter Vernünftigkeit der anderen auszugehen haben, brauchte es aber ohnehin keinen Gesellschaftsvertrag und keinen Rechtsstaat. Wenn es später heißt „Verstößt eine Person gegen das Recht, ist Strafe als Antwort auf ihr Verhalten nicht zuletzt Ausdruck ihres eigenen im Gesellschaftsvertrag artikulierten Willens“ (S. 57, auch S. 67), dann bedarf es eigenständiger Rechtfertigung des Instituts der Strafe ebenfalls nicht, weil sie im Gesellschaftsvertrag schon geleistet ist. Das passt alles nicht zusammen.

Wenn man glaubt, mit der Metapher eines Gesellschaftsvertrags hantieren zu müssen, hätte man dies sorgfältig durchdenken oder sich wenigstens an ein vorfindbares Modell⁴² anlehnen müssen. Hätte man *Kant* genauer gelesen, dann wäre vielleicht auch aufgefallen, dass das „Vernunftwesen“ (homo noumenon) nicht vom „Sinnenwesen“ (homo phaenomenon) getrennt existiert,⁴³ der Staat also nicht von Engeln bevölkert wird, und dass der Gesellschaftsvertrag für *Kant* eine regulative Idee und kein realer politischer Akt mit legitimatorischer Kraft ist.

Vereinigungstheorien lehnt *Verf.* sodann ebenso ab wie Differenzierungen zwischen Strafandrohung und Übelszufügung (S. 52 ff.). Da sich die Sanktionsnormen allein an die Strafjustiz richteten, würden die Strafgesetze gar nicht mit dem Bürger kommunizieren, folglich gebe es auch keine Strafandrohung, die zu rechtfertigen wäre (S. 55 f.). Dieses Thema wird wenig später erneut behandelt (S. 84 ff.). Vernunftbegabte Bürger ließen sich „allein durch legitime Ver-

³⁹ *Kant*, Handschriftlicher Nachlaß, AA XIX, 586, Reflexion 8029; dazu Stuckenberg, Bonner Rechtsjournal 2019, 26 (28) m.w.N.

⁴⁰ *Kant*, Brief an Erhard, 21.12.1792, AA XI, 398, 28–34; dazu Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983, S. 8 f.; Dyroff, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/24), 351 (363 ff.).

⁴¹ Eingehend Schaber, Instrumentalisierung und Würde, 2010, S. 12 ff., 17–39; Birnbacher, in: Kaiser (Hrsg.), Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2001, 2002, S. 243 (247 f.); schon Luhmann, Grundrechte als Institution, 3. Aufl. 1986, S. 59 Fn. 18 (auf S. 60) und S. 74 Fn. 56.

⁴² In vorbildlicher Klarheit expliziert bei Meyer, Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen, 2012, S. 616 ff.

⁴³ *Kant* hat daher auch keine Schwierigkeiten, Straftaten zu erklären, vgl. Die Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1798, AA VI, 335, 17–22.

haltensnormen zu rechtskonformem Verhalten motivieren. Einer Androhung von Strafe bedarf es daher nicht“ (S. 57). Auch hier werden wieder Vernunftbegabung und permanent praktizierte Vernünftigkeit verwechselt. Es folgen weitere bekannte Einwände gegen präventive Theorien wie Maßlosigkeit, empirische Defizite, Verschiebung des Fokus von der Tat auf den Täter (S. 57 ff.).

Verf. betrachtet anschließend die verfassungsrechtliche Legitimation der Verhaltens- (S. 64 ff.) und der Sanktionsnormen (S. 77 ff.).⁴⁴ Erstere ergebe sich aus der „gesellschaftsvertraglichen Verfasstheit der Gemeinschaft“ (S. 65) – der Leser fragt sich erneut, welchen Platz diese in der Grundrechtsdogmatik hat, und erhält wieder keine Antwort. Wie bei einem zivilrechtlichen Vertrag lege der Gesellschaftsvertrag Freiheitseinschränkungen fest, womit Selbstbindung und Freiheitseingriff in eins gesetzt werden (S. 66); auch der zwangsweisen Durchsetzung der rechtlichen Ver- und Gebote habe der Einzelne im Gesellschaftsvertrag zugestimmt (S. 67). Unklar ist die Folgerung: „In der Konsequenz bedürfen rechtliche Ver- und Gebote bzw. deren Aufstellung *für sich genommen* der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung“ (S. 67). Maßgebend seien die Verfolgung eines legitimen Zwecks und die Verhältnismäßigkeit i.w.S. (S. 70 ff.).

Die in der deutschen Strafrechtswissenschaft nicht ganz seltene Unsitte, philosophische und verfassungsrechtliche Ebene munter zu verquicken, zeigt sich hier in fatalem Ausmaß. Wie sich die „gesellschaftsvertragliche Selbstbindung“ des einzelnen (S. 65) zum Verfassungsrecht verhält, bleibt rätselhaft. Ist der Gesellschaftsvertrag, der bisweilen wie ein historisches Ereignis beschrieben wird (S. 54), dann so etwas wie eine Protoverfassung? Wozu bedarf es noch gesetzlicher Eingriffsermächtigungen, wenn schon alles im Gesellschaftsvertrag konsentiert (S. 57, 67) ist? Und umgekehrt: Wozu bedarf es des Rückgriffs auf einen imaginären Gesellschaftsvertrag, wenn doch alle Ver- und Gebote der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen (S. 67 unten)? Wenn *Verf.* meint, das Recht sei „das Produkt einer Vereinbarung freier Personen, die sich selbst den gesellschaftlichen Regeln unterwerfen“ (S. 72), hat dies jedenfalls mit der positiven deutschen Rechtsordnung nichts zu tun.

Als legitimer Zweck der Sanktionsnormen wird angesehen, „durch Strafe ausgleichend auf einen konkreten Verhaltensnormverstoß zu reagieren, um die Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm und zugleich den Status des Täters als gleichberechtigter Bürger zu bestätigen“ (S. 77). Die „Geltungskraft“ kommt neu hinzu (anders noch S. 64) und wird nicht weiter expliziert, obschon sie nach als illegitim verworfener positiver Generalprävention riecht. Auf welchen Normverstoß mit Strafe reagiert wird, ergibt sich aus einer „Abwägung widerstreitender Güter und Interessen“ (S. 78) – man hätte gern gewusst, was hier gegeneinander abgewogen wird, zumal es später kategorisch heißt: „Wird gegen das Recht verstoßen, bedarf es eines Ausgleichs durch Strafe“ (S. 80). Eine rechte Antwort, wann Strafe erforderlich ist, gibt *Verf.* nicht, nur, dass sie nicht durch anderen Zwecken

dienende Maßnahmen ersetzt werden könne (S. 79), so dass nur Bußgelder als Alternative verbleiben. Wann Strafe angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne ist, bestimme sich nach der Wichtigkeit der gebrochenen Verhaltensnorm und dem Maß individuellen Fehlverhaltens (S. 82 ff.). In einer nicht ganz nachvollziehbaren Polemik wirft *Verf. Herxberg* vor, „gesetzes- bzw. gesetzgeberhörig“ (S. 85) zu sein,⁴⁵ denn Verhaltensnormen müssten nicht geschrieben sein und hingen auch nicht von einer gesetzgeberischen Entscheidung ab (S. 84) – was gegen das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes verstößt –, vielmehr folgten sie bereits aus den Grundrechten wie Art. 2 Abs. 2 GG – was nicht zutrifft.

Es folgen einige teilweise schon zuvor selbständig publizierte Erörterungen, die für den Untersuchungsgegenstand eher nebensächlich sind. So sieht sich *Verf.* zu Bemerkungen zum Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG veranlasst, weil das BVerfG und weite Teile der Literatur irrig annähmen, dieser habe eine „freiheitsgewährleistende Funktion“ (S. 86 ff., auch in RphZ 2018, 157). Da das Bewusstsein der Strafbarkeit und sein Fehlen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit irrelevant seien, sei dem Normadressaten mit der Vorhersehbarkeit strafbaren Verhaltens aufgrund des Gesetzestextes nicht geholfen: Es frage sich, „weshalb der Bestimmtheitsgrundsatz etwas verlangen soll, was für die Bestrafung des Delinquenten nicht erforderlich ist“ (S. 87 f.). – Das Argument ist unverständlich: Der Bestimmtheitsgrundsatz soll gewährleisten, dass der Bürger strafbares Verhalten vermeiden kann, so dass es auf weitere Elemente der Straftat nicht ankommt. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Nur wenn selbst ein vermeidbarer Strafbarkeitsirrtum exkulpiert würde, wäre die Garantie der *lex certa* verzichtbar. – Der Grundfehler des BVerfG liege darin, die normentheoretische Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnormen übersehen zu haben, wonach „die Verwirklichung (straf-)rechtlich relevanten Unrechts eine dem Strafrecht vorgelagerte Frage ist“ (S. 88 f.). Die strafrechtlichen Sanktionsnormen richteten sich nicht an den Delinquenten als deren Adressat, sondern nur an die staatlichen Organe (S. 54 f., 89). Welcher Normentheorie *Verf.* anhängt, macht sie nirgends deutlich, auf *Binding*⁴⁶ kann sie sich dafür jedenfalls nicht berufen. Aber auch wenn man dem folgt, bleibt das Argument ein Fehlschluss, der über die Mehrdeutigkeit des „Adressaten“-Begriffs stolpert (Adressat eines Normbefehls und Adressat einer Mitteilung): Die Strafgesetze teilen dem Bürger auch mit, unter welchen Voraussetzungen in seine Rechte eingegriffen werden darf, wer den Eingriff administriert, ist demgegenüber belanglos. Dass sich das Bestimmtheitsgebot allein auf die Sanktionsnorm beziehe (S. 89 f.), wäre, wenn es zuträfe, ebenfalls belanglos, denn der Bruch der Verhaltens-

⁴⁴ Ähnlich schon *Timm* (Fn. 32), S. 64 ff., 71 ff.; und wieder *Rostalski* (Fn. 32), S. 78 ff.

⁴⁵ Ausführlicher *Rostalski*, in: Kubiciel/Löhnig/Pawlik/Stuckenberg/Wohlers (Hrsg.), „Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts“ – Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie, 2020, S. 349 (352 f.).

⁴⁶ Für ihn sind die Strafgesetze keine Imperative und haben keinen Adressaten, *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, S. 14 ff., was *Verf.* eigentlich wissen müsste, siehe *Rostalski* (Fn. 45), S. 362.

norm bildet den Tatbestand der Sanktionsnorm und um dessen Formulierung geht es.

Verf. hingegen meint, nicht die Strafgesetze sagten dem Bürger, was er zu tun habe, sondern die Verhaltensnormen; auch diesen, so heißt es später, könne „keine Lehrfunktion zukommen, da sie im Fall ihrer Legitimität Ausdruck der Vernunft sind und daher auf diese Weise von dem vernunftbegabten Bürger erfasst werden können“ (S. 104). – Wenn man *Verf.* ernst nimmt, müssten (Straf-)Gesetze überhaupt nicht publiziert werden, zumal die Verhaltensnormen alle vernünftig sind und ohne weiteres eingesehen werden können.

Verf. moniert weiter, es gehe nicht an, dem Normadressaten nur das Erkennen des Verbots zu garantieren, was seine Stellung als mündiger Bürger verkenne; dieser sei nicht bloßer Befehlsempfänger, sondern müsse die Gründe für eine Verhaltensnorm im Wege einer Interessenabwägung in der konkreten Situation nachvollziehen können (S. 89). – Das verwischt die Scheidung von Legalität und Moralität und ist auch sonst eine falsche und schlechterdings einfältige Idee, denn die Selbstableitung von Normen durch das lumen naturale funktioniert, wie man seit dem Mittelalter weiß, jenseits des Dekalogs in komplexen, nicht von der Vernunft regierten⁴⁷ Gesellschaften nicht, man verlange dies einmal vom juristischen Laien etwa bei der Urkundenfälschung. § 17 StGB wäre demnach umzuformulieren: „Hat der Täter bei Begehung der Tat das Unrecht nicht aufgrund einer Interessenabwägung eingesehen, ...“.

Andererseits meint *Verf.*, die Bestimmung dessen, was Unrecht ist, könnte unter „dem Gesichtspunkt der Verhaltensmotivation durch rechtliche Verhaltensnormen [...] besonders bedeutsam“ werden, denn „in einem rechtsstaatlichen Gemeinwesen [bedarf es] aus Gründen der Freiheitsgarantie einer (auch sprachlich) hinreichenden Spezifizierung dessen, was den Gesellschaftsmitgliedern von Rechts wegen abverlangt wird“ (S. 91) – womit *Verf.* das, was sie zuvor zurückgewiesen hat, wieder bekräftigt, allerdings mit der Einschränkung, dass diese Funktion erst „im Bestrafungsvorgang“ realisiert wird. Das Bestimmtheitsgebot dient demnach dazu, dem Verurteilten genau sagen zu können, was er falsch gemacht hat, weshalb die Wahlfeststellung verfassungswidrig sei (S. 91 Fn. 217, den Nachweis von Gegenmeinungen erspart sich *Verf.*, auch S. 102 Fn. 244, S. 291 Fn. 339). – Das ist keine Freiheitsgewährleistung, sondern eine Perfidie. Der „Rechtsstaat“ der *Verf.* lässt seine Bürger ins Messer fallen, zeigt es ihnen aber dann genau. Wenn es so wichtig sein soll, dem irrenden Bürger *hinterher* zu sagen, was Unrecht ist, warum nicht schon vorher, vor allem wenn man weiß, dass viele Bürger darüber andauernd irren?

Verf. reitet hier die Normentheorie mit dem Vernunftwesen zu Tode: Nach *Binding* findet man die (Verhaltens-) Norm „durch Umwandlung des ersten Teils unserer Strafrechtssätze in einen Befehl“⁴⁸ – warum *Verf.* das leugnet, erschließt sich nicht. Nichts hindert jedenfalls den Gesetzgeber daran, Verhaltensnormen mit Sanktionsnormen solcher-

maßen kombiniert zu formulieren, und seit der Aufklärung wird darin zu Recht eine, wenn auch nur begrenzt leistungsfähige, Freiheitsverbürgung gesehen.

Ab S. 97 ff. thematisiert *Verf.* endlich ihren „normativ-funktionalen Verbrechensbegriff“, der im Minimum aus einem fahrlässigen Verhaltensnormverstoß, d.h. dem fahrlässigen Versuch besteht. – Der Sprachgebrauch bleibt allerdings auch an dieser zentralen Stelle leider unscharf und *Verf.* differenziert nicht zwischen (materiell) Verbrechensbegriff (dem „Wesen“ der Straftat, das man real in tangiblen Schaden oder ideell im Normbruch sehen kann⁴⁹) und der Formaldefinition des Verbrechens im Verbrechenaufbau oder Straftatsystem;⁵⁰ ihr Straftat- = Verbrechensbegriff unterfällt wohl letzterem. – In der Vorsatztat liege gesteigertes Verhaltensunrecht (S. 99 ff.), weil der Vorsatztäter „sich gleichwohl gegen das Recht und damit gegen ein vernunftgemäßes Verhalten entscheidet“ (S. 100),⁵¹ wobei sie wie die herrschende Meinung übersieht, dass dies nur für einen *dolus malus*⁵² zutrifft.

Ebenfalls nebensächlich für das Untersuchungsthema erscheint die Frage, ob es schuldloses Strafunrecht geben könne, die *Verf.* mit großer Energie verneint (S. 102–111, siehe auch S. 72 ff.), was logisch falsch erscheint⁵³.

„Erfolge“ im herkömmlichen Sinne gehören nicht zum Tatbegriff der *Verf.*, können aber als „zusätzliches straffundierendes Element“ (S. 111) im Rahmen der Strafzumessung hinzutreten, weil im Erfolg eine erhöhte Freiheitsanmaßung des Täters liege (S. 113).⁵⁴ Es folgt eine Diatribe zur „notwendigen Verabschiedung der sogenannten ‚Lehre von der objektiven Zurechnung‘“ (S. 114 ff.), die *Verf.* erneut als glühende Jüngerin *Freunds* ausweist. Dass das Erfordernis der Schaffung eines unerlaubten Risikos seit wenigstens einem halben Jahrhundert Bestandteil dieser Lehre ist, scheint ihr entgangen zu sein (S. 117, anders S. 122). Ganz redlich mutet die Verteufelung des Begriffs der Zurechnung nicht an, denn wer wie *Verf.* Erfolge für strafrechtlich relevant hält, wird, soll keine Zufallshaftung herrschen, Relevanzkriterien aufstellen müssen, ob man das nun „Zurechnung“ nennt oder nicht.

Als weiteres Element des Verbrechenaufbaus tritt wie bei *Freund* und *Frisch* noch das Kriterium des hinreichenden Gewichts des personalen Fehlverhaltens (S. 118 ff.) hinzu, eine Art materiell-rechtliche Bagatellklausel. Das kennt Vorbilder etwa im vormaligen § 42 öStGB und in der Sozial-schädlichkeitsschwelle sozialistischer Rechte, ist allerdings

⁴⁹ Vgl. nur *Frisch*, GA 2015, 65.

⁵⁰ So mit klarer begrifflicher Unterscheidung *Frisch*, GA 2019, 185 (191 ff., 196 ff.).

⁵¹ So schon *Timm* (Fn. 32), S. 156; *Rostalski*, GA 2016, 73 (82); zutreffend kritisch *Gierhake*, ZIS 2015, 292 (298).

⁵² *Stuckenberg* (Fn. 7 – Vorstudien), S. 420, 429.

⁵³ Dazu jüngst *Kindhäuser*, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 2020, S. 351 (369).

⁵⁴ Ähnlich schon *Timm* (Fn. 32), S. 74 ff.

⁴⁷ Vgl. nur *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), 701 (706).

⁴⁸ *Binding* (Fn. 46), S. 45.

mit dem geltenden Recht, das prozessuale Lösungen (§§ 153 ff. StPO) vorsieht, weitgehend unvereinbar und in seiner Undifferenziertheit fragwürdig.

Unter der Überschrift „Vorzugswürdigkeit des normativ-funktionalen Straftatbegriffs gegenüber traditionellen Straftatmodellen“ wird die „eindeutige Überlegenheit“ der eigenen Position bildhaft und ohne Scheu vor Wiederholungen bekräftigt (S. 120 ff.). Man liest von alten Möbelstücken, Rissen und Löchern, quietschenden und wackelnden Verbrechensaufbauten, Statisten „auf der Bühne der strafrechtlichen Ahndung“ und Begriffen, die eine „aktive Rolle“ übernehmen (S. 125). Was man nicht erfährt, ist, wovon genau die Rede ist: *Verf.* macht sich nach wie vor weder die Mühe einer expliziten Definition ihres Verbrechensbegriffs und noch macht sie die „traditionellen Verbrechensbegriffe“ namhaft, zudem wirft sie nach wie vor Verbrechensbegriff und Verbrechensaufbau durcheinander. Man erfährt auch nichts über die Aufgabe dieser Begriffe und die Kriterien, nach denen ihre Güte bemessen wird. Saubere Begriffsanalyse ist das nicht⁵⁵ und erschwert Nachvollzug und Kritik der Ausführungen. Nach dem bisherigen dürfte der eigene Verbrechensbegriff der *Verf.* definiert sein als „nicht bagatellhafter vorwerfbarer Verhaltensnormverstoß“.⁵⁶ Zunächst wird die Bagatellklausel als „wesentliche Errungenschaft“ herausgestrichen (S. 121 f.), was nicht überzeugt, weil man diese Klausel anderen Verbrechensbegriffen ebenso anflanschen könnte wie dem Verhaltensnormverstoß, zu dem auch keine innere Verbindung besteht. *Verf.* sieht das selbst und wirft den „traditionellen Lehren“ nun Beliebigkeit vor wegen der Integration der objektiven Zurechnung in den Verbrechensaufbau: „In Ermangelung einer sinnstiftenden Leitidee sind sie hohle Form ohne vorgegebenen Inhalt“ (S. 123) – das ist zum einen evident unwahr (auch kausaler und finaler Verbrechensaufbau haben Inhalt und Leitidee) und zum anderen eine grundlose und sachlich falsche Aufbauschung (wer einmal seine Meinung ändert, müsste es daher andauernd tun und gar keine Meinung haben). Schließlich habe ihr Verbrechensbegriff kritische Potenz, während die traditionellen Lehren prinzipienlos seien, weil sie präventive Strafe ermöglichten (S. 123 ff.). Auch das trifft nicht zu, denn auch der „nicht bagatellhafte vorwerfbare Verhaltensnormverstoß“ verfügt über keine Begriffsmerkmale, die etwas über legitime Strafzwecke sagen, und ist mit jeder Straftheorie kompatibel, wie sich daran zeigt, dass ihr Gewährsmann *Frisch* der (nicht-empirischen) Prävention anhängt⁵⁷. Die Behauptung „Was sich innerhalb der Kategorien des normativ-funktionalen Verbrechensbegriffs nicht wiederfindet und darin auch nicht bruchlos implementiert werden kann, darf für die Bestrafung keine Rolle spielen“ (S. 125), ist schon deshalb ersichtlich falsch, weil, wie anfangs bemerkt, der Verbrechensaufbau eine Abstraktion und damit notgedrungen merkmalsärmer ist

als einzelne Delikte und Formen der Straftat. So folgt aus ihrem „nicht bagatellhaften vorwerfbaren Verhaltensnormverstoß“ nichts etwa für die Beteiligungsstrafbarkeit und auch die von ihr bekämpften (S. 373 f.) Gesinnungsmerkmale lassen sich problemlos „implementieren“. Wenn der Begriff der Tat „selbst Aufschluss darüber geben können [muss], welche Elemente legitimerweise bei der Bestrafung berücksichtigt werden dürfen“ (S. 125), hat ihr Begriff versagt.

Das letzte Kapitel dieses Abschnitts betrifft die „Notwendigkeit der philosophischen Fundierung des dogmatischen Konzepts“ (S. 126 ff.). Systematisch ist das überraschend, denn Fundierungen pflegen am Anfang zu erfolgen. *Verf.* reklamiert für ihre Arbeitsweise, „tief im Bereich rechtsphilosophischen Denkens verwurzelt“ zu sein, und bescheinigt sich, „eine vertragstheoretische Begründung der eigenen Straftatlehre“ geliefert zu haben (S. 126, 129). Das ist als Tatsachenbehauptung unwahr und geradezu Hochstapelei. *Verf.* verwechselt philosophisches Denken mit dem bloßen Gebrauch philosophischer Vokabeln. Ein halbwegs konsistentes vertragstheoretisches Modell⁵⁸ hat sie, wie oben bemängelt, weder selbst entwickelt noch nachgezeichnet, sondern lediglich verstreute vertragstheoretische Erwägungen in unerklärter und unerklärlicher Weise in eine verfassungsrechtliche Prüfung der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen eingebaut, die wie gezeigt gänzlich undurchdacht und krass widersprüchlich ausfallen. Demonstriert hat *Verf.*, die *Hume* für einen Vertragstheoretiker hält und weder *Kants* „Ding an sich“ noch seinen „homo noumenon“ verstanden hat, damit lediglich eine tiefreichende philosophische Inkompetenz.

Die Ausführungen zur Notwendigkeit „der“ – welcher? – Rechtsphilosophie bleiben opak: Sie sei nötig, weil die Dogmatik der Legitimation bedürfe und Richtigkeitskriterien – man hätte auch an Verfassung und Menschenrechte denken können – brauche (S. 128). Recht sei nämlich mehr als Subjektivität des jeweiligen Gesetzgebers (S. 129), wobei dem positiven Recht aber sein Stellenwert nicht abgesprochen wird. Inwieweit damit eine naturrechtliche Position eingenommen wird, bleibt wiederum offen (S. 130 Fn. 328). Der Neigung zum Selbstwiderspruch kann *Verf.* auch hier nicht widerstehen: So heißt es auf S. 130, dass rechtsphilosophische Rückbesinnung „allenfalls Grundentscheidungen betreffen, nicht aber konkrete Einzelfragen beantworten“ könne, und zehn Zeilen darunter „Das ist auch nicht erforderlich: So können Einzellösungen stets aus den Prämissen eines Theorems deduziert werden.“ Der zweite Satz steht nicht nur im Widerspruch zum vorher zitierten, sondern ist auch deshalb falsch, weil, wie mehrfach gesagt, aus allgemeinen Aussagen ohne Zusatzannahmen nichts Konkretes deduziert werden kann, womit gezeigt ist, dass der *Verf.* auch elementare Kenntnisse der Logik fehlen.

⁵⁵ Differenzierter hingegen *Frisch*, GA 2019, 185 (197).

⁵⁶ Erstmals auf S. 178 wird beiläufig von „hinreichend gewichtigem tatbestandsspezifischem Verhaltensnormverstoß (ggf. nebst spezifischen Fehlverhaltensfolgen)“ gesprochen, später dann öfters.

⁵⁷ *Frisch*, GA 2019, 185 (188 ff.).

⁵⁸ Zu den Schwierigkeiten der Strafbegründung durch Gesellschaftsvertragstheorien siehe nur *Seelmann*, in: Stolleis (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter: Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, Festschrift für Sten Gagnér, 1991, S. 441; ders., in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, S. 293.

3. Mit dem nächsten Abschnitt beginnt nun die Übertragung des „normativ-funktionalen“ Straftatbegriffs auf andere Teilgebiete des Strafrechts, zunächst auf die Strafzumessung (S. 135–146). Dass dieser Tatbegriff für die Strafzumessung relevant sei, bleibt freilich bloße Behauptung und bedürfte weiterer Begründung, die nicht schon darin liegt, dass der Schuldspruch Grundlage des Strafausspruchs ist (so aber S. 134). *Verf.* verfiert eine radikale Variante der Lehre von der tatproportionalen Strafzumessung, die von sämtlichen präventiven Elementen gereinigt ist und etwa Hörnles Ansatz (S. 140 ff.) ebenso wie die Spielraumtheorie (S. 145 f.) zurückweist. Wie Strafe genau bemessen wird, bleibt ungesagt.

4. Auf S. 147 beginnt die Behandlung des Strafverfahrensrechts, dem etwa die Hälfte der Arbeit gewidmet ist. *Verf.* stellt den sog. faktischen Tatbegriff der herrschenden Meinung, den sie „naturalistisch“ nennt, vor, insbesondere anhand seiner Problemfälle wie Organisations-, Besitz- und Verkehrsdelikten (S. 154 ff.), wobei die Änderung der Rechtsprechung zu § 129 StGB im Jahr 2015⁵⁹ langatmig (S. 162–171) im Detail dargestellt und kritisiert wird. Gründlich missverstanden werden die Urteilsgründe insofern, als *Verf.* meint, der BGH habe ein neues Gleichwertigkeitskriterium für Handlungseinheiten aufgestellt: „So soll nach Auffassung des Bundesgerichtshofs eine tatbestandliche Handlungseinheit künftig davon abhängig gemacht werden, ob eine am Unrechts- und Schuldgehalt gemessene ‚Gleichwertigkeit verschiedener Handlungen‘ vorliegt. Dies ermöglicht es also im Prinzip, selbstständige materiell-rechtliche Taten zu einer Handlungseinheit zu verknüpfen, sofern diese einen gleichwertigen Unwertgehalt verkörpern. [...] Sofern aber weitere Straftaten – etwa mehrere Körperverletzungen – im Dienste der Organisation begangen werden, stünden diese in ihrer Gleichwertigkeit auf einer Stufe.“ (S. 169) *Verf.* übersieht, dass der BGH nur das Spezialproblem der Handlungseinheit bei Dauer- und Organisationsdelikten behandelt. Wäre sie mit den von Puppe⁶⁰ entwickelten normativierenden Ideen zur Aufspaltung von Organisationsdelikten, denen der Senat nun folgt,⁶¹ vertraut, wäre der Fehler nicht passiert: Die Gleichwertigkeit von Handlungen, die *nur* den Tatbestand des § 129 StGB erfüllen, begründet eine tatbestandliche Handlungseinheit; diese zerfällt aber, sobald ein anderer Straftatbestand hinzutritt, weil sich der Unrechtscharakter maßgeblich ändert.

Die Anbindung an die materiell-rechtliche Konkurrenzlehre wird sodann verworfen, weil sie eher weniger als mehr Konturenschärfe bringe (S. 152 f., 172 f.): „Das argumentative Hütchenspiel der Rechtsprechung ist hier am Höhepunkt der selbst verschuldeten Tragik angekommen.“ (S. 169) Die Konstellation der sog. Tatauswechslung wird nur knapp gestreift (S. 172 f.). Das Ganze gipfelt im Vorwurf der Willkür (S. 173 ff.), weil der Tatbegriff keine „trennscharfe Konturierung“ leiste, worin ein schwerer Mangel liege angesichts der unmittelbaren Grundrechtsrelevanz der Bestimmung des Verfahrensgegenstands. So könne der Angeklagte während des Verfahrens überrascht werden, der Rechtsschutz des § 265 StPO falle zu gering aus, was nicht weiter begründet wird. Das Strafverfahren werde so zu einem „staatlichen Gewaltakt, der die Grundrechtsposition des Einzelnen in nicht zu rechtfertigender Weise verletzt“ (S. 174). Das werde nicht durch die Weite der Rechtskraftwirkung ausgeglichen, weil sich die Willkür hier fortsetze, wodurch die Rechtsausübung des Verurteilten fortwährend beeinträchtigt sei. *Verf.* schildert dies mit seltsamem Gefühlskitsch: „Man denke nur an die Beklemmungen eines Lebens, in dem tagtäglich die unbeantwortete Frage dominiert, ob ‚noch etwas kommt‘. Ungestörte Freiheit schafft ausschließlich die Rechtsklarheit darüber, ob das unter den Dielen pochende Herz ohne die Furcht vor neuerlicher Strafverfolgung überhört werden darf.“ (S. 175) Der Bürger habe im freiheitlichen Rechtsstaat ein Recht auf größtmögliche Freiheitsentfaltung, die Formel vom „einheitlichen geschichtlichen Lebenssachverhalt“ könne dieses Maß an Freiheit nicht gewährleisten.

Dass hier wirklich eine relevante Rechtsunsicherheit besteht, wird nur behauptet, aber nicht näher untersucht oder belegt. *Verf.* übersieht dabei geflissentlich, dass trotz der flatternden Begriffsränder die Rechtsprechung seit 170 Jahren überwiegend stabil ist, weshalb sie sich auch so lange halten und vom Schrifttum Zustimmung finden konnte. Diese Stabilität beruht auf dem weitgehenden Gleichlauf mit der materiell-rechtlichen Konkurrenzlehre, während den bekannten Problemfällen im Divergenzbereich nur Ausnahmecharakter zukommt. Wegen der Weite des Tatbegriffs – und oftmals auch wegen Verfolgungsverjährung – kommt in den allermeisten Fällen mithin tatsächlich „nichts mehr“ nach, die wenigen Ausnahmefälle so aufzubauschen wie *Verf.* es tut, geht am rechtstatsächlichen Zustand vorbei. Ebenso ist es eine maßlose Übertreibung – ein seit der Antike beliebtes,⁶² aber wissenschaftlich inakzeptables Stilmittel der Eristik – und ein Fehlschluss, auf fehlende Trennschärfe den Vorwurf der Willkür zu gründen, der dann gegen die allermeisten rechtlichen Begriffe zu richten wäre. Denn die meisten Begriffe der Alltags- wie der Rechtssprache sind in verschiedener Weise⁶³ unvermeidbar unscharf, das Begriffspaar „trennscharf–willkürlich“ als vollständige Disjunktion zu behandeln, ist folglich ebenso abwegig wie lebensfremd. Es ist auch ein Beleg mangelnder Urteilskraft, von sozialen Begriffen absolute Trennschärfe zu erwarten, weil diese grundsätzlich nicht erreichbar ist.⁶⁴ Was *Verf.* unter „Willkür“ versteht, bleibt überdies undeutlich, ebenso, ob es überhaupt ein rechtlicher Begriff oder nur polemische Agitation ist; der verfassungsrechtliche Begriff der „Willkür“ wird jedenfalls in der

59 BGHSt 60, 308; auf die Anm. von Puppe, JZ 2016, 478 (480: „Befreiung des Strafrechts vom naturalistischen Denken“) geht *Verf.* nicht ein.

60 Puppe, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 213 ff.; dies., JR 1986, 205 (207); dies., JZ 2016, 478 (479).

61 BGHSt 60, 308 (319 Rn. 37).

62 Näher Clericus (Jean de Clerc), Dissertatio philosophica de argumento theologico ab invidia ducto oder XVI Handgriffe/wie man seinen Gegnern in Disputiren nicht überzeugen/sondern/wie man ihn Verhast machen kann, 1734, S. 10 ff.

63 Näher Wank (Fn. 21), S. 25 ff.

64 Vgl. Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch I, Kap. 1, 1094b 25.

ganzen Arbeit weder definiert noch hergeleitet noch subsumiert. Später wird *Verf.* ihrem Argument schließlich selbst den Boden durch die These entziehen, dass niemand darauf vertrauen dürfe, dass noch nicht abgeurteilte Normverstöße auch ungeahndet bleiben (S. 241 ff.).

Verf. meint weiterhin, die Unergiebigkeit und Schwäche des naturalistischen Tatbegriffs beruhten „auf einem grundlegenden Systemfehler im Denken“ (S. 176): Der Tatbegriff sei normativ auszurichten, jedwede empirische Ausrichtung sei fehlerhaft. Danach wird der anfängliche Fehlschluss von der Einheit der Begriffe mehrfach wiederholt. – Offenbar geht *Verf.* zum einen der Rede der Rechtsprechung vom „vorrechtlichen“⁶⁵ Charakter des prozessualen Tatbegriffs auf den Leim und übersieht zum anderen, was seit dem Neukantianismus⁶⁶ allseits bekannt ist, dass es im Recht überhaupt keine „naturalistischen“ oder „empirischen“ Begriffe gibt, sondern alle Begriffe, die das Recht verwendet, unweigerlich rechtliche, normative geworden sind: „So wie alles, was dieser [Midas, C.-F. St.] berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an.“⁶⁷ Das gilt auch für den sog. faktischen Begriff der prozessualen Tat, bei dem es sich um eine Einheitenbildung zu rechtlichen Zwecken nach rechtlichen Maßstäben handelt, die überwiegend mit dem materiellen Recht, nämlich den Konkurrenzregeln, übereinstimmt. Den „Systemfehler im Denken“ begeht *Verf.* mithin selbst. Dass das Recht als „Schöpfungsakt geistiger Leistung des Subjekts“ (S. 176) nicht auf empirische Sachverhalte Bezug nehmen dürfe (so S. 178), ist nicht nur vordergründig, sondern doppelt falsch, denn erstens ist das Recht normativ frei dazu und zweitens geht es gar nicht anders, wenn es Regelungen für die empirische Welt treffen will.⁶⁸ Dass *Verf.* hier diese absurde Position einnimmt, erstaunt, denn anfangs (S. 10 f.) schien sie das noch richtig zu sehen. Das Strafrecht ist prinzipiell normativ frei, die Handlung als willkürliche Körperbewegung, den Vorsatz als Kombination zweier Seelenvermögen oder Magie als Betätigung eines Pakts mit dem Teufel aufzufassen – die

Frage ist stets nur, ob das rational und zweckmäßig ist, wobei das Recht seine Zwecke selbst setzt. Methodisch verfehlt wäre allein der naturalistische Fehlschluss sowie der verwandte Glaube, das Recht wäre bei deskriptiven Begriffen an außerrechtliche Begriffsdefinitionen oder „Lebenskonkrete“⁶⁹ gebunden. Das heißt nicht, dass eine Anbindung etwa an naturwissenschaftliche Standards nicht sinnvoll sein mag. Das heißt erst recht nicht, dass man nicht an empirische Kategorien der Lebenswelt anknüpfen dürfte, was oft nicht nur sinnvoll, sondern unausweichlich ist (Wie wollte man Fristen bestimmen, wenn nicht nach Tagen, Monaten und Jahren? Wie eine Körperverletzung beschreiben ohne Bezug auf Körper? Usw.).

Hätte sich *Verf.* um sorgfältige Analyse des herrschenden prozessualen Tatbegriffs bemüht, dann wäre vielleicht aufgefallen, dass dieser Begriff entweder gleichumfänglich oder umfangreicher ist als idem crimen, denn das Minimum ist *ein* Verhaltensnormverstoß, es können aber auch mehr sein; die Einheitenbildung erfolgt durch das Kriterium des „faktischen“ Zusammenhangs. Aus ihrer Definition der Tat als Verhaltensnormverstoß folgt nun nicht, dass man *mehrere* Verhaltensnormverstöße nicht zu rechtlichen Zwecken zu einer Einheit zusammenfassen dürfte – dafür brauchte man eine *weitere* Norm, die das erlaubt oder verbietet. Diese weitere Norm, dass jeder Verhaltensnormverstoß immer einzeln gezählt werden müsse, setzt *Verf.* unausgesprochen und vielleicht auch unbewusst voraus, aber dafür gibt es keine Grundlage (non sequitur).

Schwerer noch wiegt, dass *Verf.* ferner übersieht, dass kein Prozessgegenstandsbegriff ohne eine faktische Komponente auskommt, denn verhandelt wird immer über ein Stück Wirklichkeit, um dessen Erweislichkeit und dessen rechtliche Beurteilung es geht (so S. 318). Der Begriff, den sie propagieren will, muss daher zweigliedrig sein.⁷⁰ Mit dem „hinreichend gewichtigen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoß“ ist der Verfahrensgegenstand nämlich keineswegs „trennscharf“ umschrieben, wie *Verf.* meint (S. 178 f.), vielmehr spielt die Beschreibung des Lebenssachverhalts – „derselben/nämlichen Tatsachen“ – eine unverzichtbare Rolle bei der Bestimmung der Identität der Tat. Beispiel: Der Vorwurf lautet auf Diebstahl eines roten Pkw am 15.9.2020 um 20 Uhr in Bonn. In der Hauptverhandlung stellt sich heraus, dass die Tat stattdessen um 19.55 Uhr, um 22 Uhr, am 16.9., am 10.9., in Köln stattfand oder dass ein grüner Pkw einer anderen Marke gestohlen wurde. Es handelt sich stets um denselben Typ von Verhaltensnormverstoß, aber auch um denselben individuellen Verstoß? Darf die Anklage sich mit einem „Diebstahl, begangen im September 2020 in Nordrhein-Westfalen“ oder „in nicht rechtsverjährter Zeit im Geltungsbereich des StGB“ begnügen? Ohne Kriterien für diese Individualisierung des strafrechtlich zu beurteilenden Lebenssachverhalts ist der Tatbegriff der *Verf.* in fataler Weise unterbestimmt und kann zur Identität oder Differenz von Prozessgegenständen nichts sagen, nicht einmal den gestrigen

⁶⁵ Etwa BGHSt 43, 252 (256); dazu Stuckenberg, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 435 f. m.w.N.

⁶⁶ So schrieb Lask, die Juristen hätten seit Savigny zumeist durchaus erkannt, dass „alles, was in den Bereich des Rechts gerät, seinen naturalistischen, von Wertbeziehungen freien Charakter einbüßt“, in: Windelband (Hrsg.), Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts, Festschrift für Kuno Fischer, 2. Aufl. 1907, S. 269 (306).

⁶⁷ Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 282; auch Engisch (Fn. 21), S. 59; jüngst Barczak, JuS 2020, 905 (906).

⁶⁸ Auch außerhalb des Rechts kommen Wertprädikate sprachanalytisch – nicht zu verwechseln mit Moores (Principia Ethica, 1903/1993, S. 89 ff.) „naturalistic fallacy“ – ohne einen Tatsachenbezug, also ein deskriptives Element, nicht aus, sonst sind sie sinnlos, grundlegend Hare, The Language of Morals, 2. Aufl. 1960, S. 79 ff., 111 ff.; siehe auch Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 40 f.; Stuckenberg (Fn. 7 – Vorstudien), S. 306 f. m.w.N.

⁶⁹ Dazu Puppe (Fn. 68), S. 26 ff.

⁷⁰ Dazu Stuckenberg, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 23 Rn. 7 ff., 14.

vom heutigen Diebstahl unterscheiden. *Verf.* propagiert somit keinen idem crimen-Begriff des Prozessgegenstands, der auch eine faktische Seite hat, sondern nur eine funktionsunfähige Hälfte davon.

Der Gedankengang dieses Kapitels (S. 175 ff.), der dem anfänglichen begriffsjuristischen Fehlschluss (S. 178) weitere Argumente an die Seite stellt (Rechtsunsicherheit, Beeinträchtigung der Verteidigung und Gewaltenteilung), wird leider durch unablässige Wiederholung des bereits zuvor mehrfach Gesagten und Lobpreisung der eigenen Ansicht verdunkelt.

Das Rechtssicherheitsargument überzeugt nicht, weil es zum einen überzogene Forderungen stellt – „letzte Sicherheit“ (S. 179) wird auf Erden auch vom GG nicht garantiert –, zum anderen, weil es gerade umgekehrt die Weite des faktischen Tatbegriffes ist, die mehr Sicherheit garantiert, und zum dritten, weil in Fällen der Umgestaltung der Strafklage das Problem nur verschoben wird: Wenn nach Anklage wegen Wilderei (S. 179) eine Verurteilung wegen Mordes unter dem herrschenden Tatbegriff nach Hinweis gem. § 265 StPO möglich ist, ist sie es unter einem idem crimen-Tatbegriff entweder nach Nachtragsanklage oder neuer Anklage auch, d.h. Sicherheit vor der Verurteilung wegen Mordes gibt es (zu Recht) nirgends. Ein zweites selbstständiges Verfahren bringt in grundrechtlicher Perspektive aber keinen Gewinn.

Als weiteren Gesichtspunkt führt *Verf.* an, dass der empirische Tatbegriff hinter den Anforderungen des Anklageprinzips zurückbleibe (S. 179 ff.). Beim herkömmlichen Tatbegriff könne der Angeklagte „auch mit Vorwürfen konfrontiert werden, die nicht auf einem hinreichenden Verdachtsgrad beruhen“, wogegen keine effektive Verteidigung gelingen könne (S. 180); außerdem ermögliche „ein empirisches Verständnis der prozessualen Tat nach dem bislang Gesagten keine trennscharfe Bestimmung des konkreten Fehlverhaltensvorwurfs. Dessen Inhalt und Umfang bleiben für den Betreffenden sowie sämtliche sonstigen Verfahrensbeteiligten weitgehend im Dunkeln. [...] Auf diese Weise ist zugleich der Boden einer noch zulässigen Fassung der Anklageschrift verlassen“ (S. 180) – was offensichtlich unzutreffend ist und mit dem Tatbegriff nichts zu tun hat, sondern mit den Anforderungen an den Inhalt der Anklageschrift (§ 200 StPO). Wenn *Verf.* das zweite Staatsexamen hat, sollte sie das aus eigener Anschauung wissen. Gleichmaßen weltfremd ist die Perhorreszierung der Umgestaltung der Strafklage (S. 180 ff.). *Verf.* postuliert, dass der Angeklagte die „Möglichkeit zu optimaler Verteidigung“ haben müsse, was voraussetze, „von Anfang an uneingeschränkte Kenntnis von dem normativen Fehlverhaltensvorwurf zu haben“ (S. 181 f.). Das ist zum einen eine *petitio principii*, zum anderen eine Verkennung der Rechtslage (Grundgesetz und Menschenrechte garantieren keine optimale Verteidigung, sondern ausreichende) und übersieht zum dritten die Hinweispflicht des § 265 StPO; warum letztere zur Wahrung der Verteidigungsbelange nicht ausreichen sollte, wird nicht begründet.

Verf. versucht sodann, das Gebot zur Einführung des „normativ-funktionalen“ Tatbegriffs aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz herzuleiten (S. 184 ff.). Nach einer kurzen historischen Skizze heißt es zunächst: „So erweist sich der

gegenwärtig mehrheitlich vertretene prozessuale Tatbegriff als Relikt des früheren Inquisitionsprozesses und ist zuletzt aus diesem Grund strikt abzulehnen“ (S. 186, ähnlich S. 194). Das bezeugt rechtshistorische Unkenntnis – sollte man als Habilitandin eigentlich nicht das, wovon man spricht, *studiert* haben? –, denn sofern im vormaligen Inquisitionsprozess überhaupt eine die Wahrheitsfindung hindernde materielle Rechtskraftwirkung anerkannt wurde, dann nur im engen Sinne von idem crimen.⁷¹ Es bezeugt auch historisches Unverständnis, denn da der Inquisitionsprozess keine Anklage kannte, war eine Erweiterung des Untersuchungsgegenstandes auf die gesamte Lebensführung des Inquisiten jederzeit problemlos möglich, folglich bedurfte es keines irgendwie gearteten „Tatbegriffs“. Der Tatbegriff als Begrenzung schon des Gegenstandes der Untersuchung ist vielmehr ein Kind des Anklageprinzips und damit des reformierten Prozesses. Der herrschende „faktische“ Tatbegriff ist sodann eine auf normativen Erwägungen beruhende Ablösung der anfänglichen unreflektierten Übernahme des materiellen Tatbegriffs. Ein „Relikt des Inquisitionsprozesses“ besteht heute allein in der Inquisitionsmaxime fort, an der *Verf.* widersprüchlicherweise festhalten will (unten S. 201 ff.).

Unklar ist die Annahme, die gerichtliche Untersuchungspflicht beschneide die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft und dass der herrschende Tatbegriff nach Anklageerhebung dazu zwingt, „notfalls die Nichtbeweisbarkeit bestimmter materiell-rechtlicher Taten hinzunehmen, selbst wenn weitere Ermittlungsarbeit dies hätte vermeiden können“ (S. 187) – das trifft nicht zu, weil *Verf.* übersieht, dass das Gericht notfalls nach § 228 StPO aussetzen kann, wenn umfangreichere Ermittlungen nötig werden⁷². *Verf.* nimmt weiter an, die „Konturenlosigkeit der faktisch verstandenen Tat lässt letztlich *jedwede Interpretation* der Einheit des Geschehens zu“, was zu einer „völligen Aushöhlung“ des Anklagegrundsatzes führe (S. 188) – belegt wird diese Hyperbel nicht. Wer sich mit der Judikatur zu § 264 StPO vertraut gemacht hätte, anstatt darüber haltlose Reden zu führen, wüsste, dass dies evident nicht der Fall ist.

Mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz nichts zu tun haben die Ausführungen (S. 188 ff.), die befürchten, mit der Verfahrensherrschaft sowie Befugnis und Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung verfolge das Gericht eigene Interessen und sei dann nicht mehr „unabhängiger“ und neutraler Dritter im Sinne von Art. 92 GG: „Ein Richter, der sich auch der Strafverfolgung verschrieben hat, ist nicht neutraler Dritter im Verfahren. Vielmehr handelt es sich bei der Verfolgung des Ziels einer Bestrafung des Angeklagten um ein handfestes Interesse, das die Neutralität des Richters aufhebt“ (S. 191) –

⁷¹ Dazu *Planck*, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1844, S. 269 ff., 278 f. m.w.N; siehe auch *Stuckenberg*, in: Brown/Turner/Weißer (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Process, 2019, S. 457 (462 mit Fn. 28).

⁷² *Stuckenberg*, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7, 27. Aufl. 2021, § 264 Rn. 40 m.w.N.

Verf. verwechselt hier nicht nur durchgehend⁷³ Unparteilichkeit mit Unabhängigkeit, was nicht dasselbe ist, vgl. Art. 97 GG, aus diesen Sätzen spricht auch ein fundamentales Missverständnis: Nach § 155 Abs. 2, §§ 202, 244 Abs. 2 StPO ist das Gericht zur *Untersuchung und Wahrheitsfindung* befugt und verpflichtet, die neutral erfolgen muss; das Gericht verfolgt mitnichten das „Ziel einer Bestrafung des Angeklagten“, was ein Befangenheitsgrund wäre. Probleme ergeben sich aus damit verbundenen Zwischenfestlegungen wie dem Eröffnungsbeschluss, den *Verf.* allerdings später erstaunlicherweise für „hinnehmbar“ erklärt (S. 199 ff.).

Unklärlich ist die falsche Annahme (S. 193 mit Fn. 112), das Gericht sei gem. § 155 Abs. 1 StPO an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden, denn in § 155 Abs. 1 StPO steht nichts davon und in Abs. 2 der Vorschrift steht das Gegenteil. *Verf.* behauptet, es entspreche „der Hinwendung zu einem rechtsstaatlichen Strafverfahren, Überbleibsel des inquisitorischen Strafprozesses zu beseitigen“ (S. 194 f.), wobei offenbleibt, was sie unter einem inquisitorischen Verfahren genau versteht und warum das so sein sollte – der Gesetzgeber hat das bekanntlich nicht getan und es bei einem Inquisitionsprozess in Anklageform belassen. Später wird sie die von *Haas* geforderte Einführung eines Parteiprozesses ablehnen (S. 201 ff.), weil die gerichtliche Aufklärungspflicht – die allerdings das zentrale Definiens des Inquisitionsprozesses ist – rechtsstaatlich unproblematisch sei (S. 203, 216), und sich damit selbst widersprechen. Inquisitionsmaxime und empirisch geprägter Tatbegriff gingen eine „unheilige Allianz“ ein (S. 207) – daran ist richtig, dass beide voneinander abhängen; konsistent kann man nur beide zugleich oder keins von beiden haben.

Konsistenz ist aber kein leitendes Prinzip im Denken der *Verf.* Von deren Mangel und zugleich von erstaunlicher Nachlässigkeit geprägt ist auch die These, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz „im Strafverfahren nicht allein dem Schutz des Angeklagten vor einem voreingenommenen Gericht“ diene, sondern auch ein Vier-Augen-Prinzip gebiete, wonach Staatsanwaltschaft und Gericht übereinstimmend eine aburteilungswürdige Tat bejahen müssten (S. 195 ff.). Welchen normativen Gehalt der Gewaltenteilungsgrundsatz im deutschen Verfassungsrecht hat, wird weder hinterfragt noch hergeleitet, sondern begründungslos postuliert (diese Passage kommt ohne Fußnoten aus). Ein Blick ins GG und den besten Kommentar hätte ergeben, dass der Schutz vor Voreingenommenheit aus Art. 92, 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie dem rechtsstaatlichen Objektivitätsgebot und nicht aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgt, der im deutschen Verfassungsrecht kaum eigenständige Bedeutung hat und für die Einführung einer Anklagebehörde nichts hergibt. Schließlich entzieht *Verf.* ihrem Argument selbst den Boden, indem sie erklärt, die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zu Exekutive oder Judikative „spielt für die vorliegende Untersuchung letztlich keine Rolle“ (S. 198; anders S. 185, 223: Exekutive). Schief ist auch der Satz „Allein wenn zwei voneinander getrennte Justizorgane (Staatsanwaltschaft und Gericht) jeweils

für sich zu dem Ergebnis gelangen, dass es sich um eine aburteilungswürdige Tat handelt, darf der Angeklagte zu Strafe verurteilt werden“ (S. 195), weil das Gericht auch dann verurteilen darf, wenn der Staatsanwalt auf Freispruch plädiert. Sofern man die Staatsanwaltschaft der Exekutive zuordnet, ist sie überdies kein „Justizorgan“.

Es folgt eine eingehende Kritik an *Haas* (S. 201 ff.), der verkenne, dass das Problem nicht in der Ermittlungsbefugnis des Gerichts, sondern im naturalistischen Tatbegriff liege. Die Einführung des Parteiprozesses wird erneut abgelehnt (S. 205 ff.); zwar wäre der Richter dann an die Anträge der Parteien gebunden, damit „wäre aber nicht viel gewonnen, ließe der prozessuale Tatbegriff nach wie vor durch seine naturalistische Weite einen breiten Spielraum für die Aufdeckung materiell-rechtlich neuer Taten. Solange die Ermittlungstätigkeit des Gerichts nicht ihrerseits von entsprechenden Anträgen der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht würde, läge es daher wieder im Machtbereich des Gerichts, ermittelnd tätig zu werden“ (S. 208). – *Verf.* scheint keine rechte Vorstellung davon zu haben, was „Parteiprozess“ bedeutet, nämlich insbesondere, dass die Beweisführung in den Händen der Parteien liegt und das Gericht an den Grundsatz *ne ultra petita* gebunden ist, wie man am anglo-amerikanischen Prozesstyp sehen kann. – Auch *Haas'* Kritik am Strafzumessungsermessen des Gerichts wird zurückgewiesen, weil es wegen Art. 3 GG für jeden Verhaltensnormverstoß ohnehin nur „eine einzige richtige Strafe“ gebe (S. 209 ff., 280) – wie man die findet, verrät *Verf.* allerdings nicht.

Als Zwischenergebnis hält *Verf.* fest, das gegenwärtige Strafverfahrensrecht sei „nicht von der Idee geleitet, dem Richter die Rolle des Verfolgers zuzuweisen“ (S. 216 f., 230 f.). Vielmehr sei das Gericht an die materiell-rechtlichen Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden – das alles ist freilich das Gegenteil von dem, was im „gegenwärtigen Strafverfahrensrecht“ gilt, wie sich aus § 155 Abs. 2, § 244 Abs. 2, § 264 Abs. 2 StPO ergibt (siehe später S. 297 ff.). *Verf.* verfügt über eine erstaunliche, wenn nicht beängstigende Begabung zur Verdrehung der Tatsachen: „Für die Vereinbarkeit des normativ-funktionalen Tatbegriffs mit dem gegenwärtigen Strafverfahrensrecht lässt sich vor diesem Hintergrund eine klare Aussage treffen: Sie ist nicht lediglich erfüllt – vielmehr muss das normative Verständnis der prozessualen Tat als *Gebot* gerade des heutigen Strafprozessrechts verstanden werden“ (S. 217). Damit bringt sie das Kunststück fertig, die Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht zu behaupten, ohne auch nur eine Vorschrift desselben geprüft zu haben, allein auf der Grundlage von pauschalen Annahmen (Abkehr vom Inquisitionsprozess), deren Ableitungen sowohl gegen den Gesetzeswortlaut als auch den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers⁷⁴ verstoßen. Juristerei ist das nicht, Rechtswissenschaft erst recht nicht. „Auf der Höhe der Zeit“ (S. 216), in der „alternative facts“ en vogue sind, ist es freilich allemal.

⁷³ S. 191 ff., z.B. S. 203: „Indem er etwa Beweise erhebt und bewertet, büßt er einen Teil seiner Unabhängigkeit ein.“

⁷⁴ Hahn/Stegemann (Hrsg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3: Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Aufl. 1885, S. 205 ff.

Folglich sei das Gericht auf eine bloße Bejahung oder Verneinung des Anklagevorwurfs beschränkt und dürfe keinesfalls darüber hinausgehen, also nicht wegen Vollendung statt Versuchs oder Vorsatz- statt Fahrlässigkeitstat verurteilen und auch keine schwerere Folge annehmen als angeklagt (S. 217 ff.), worin immer eine „Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit“ liege. In allen Fällen bedürfe es wenigstens der Nachtragsanklage. – Das ist genau die Art der „Schlussverhandlung“, die die Schöpfer der StPO gerade nicht haben wollten,⁷⁵ was *Verf.* allerdings nicht einmal erwähnt.

Es folgt eine erneute Kritik an *Haas* (S. 224 ff.), diesmal an dessen Ablehnung absoluter Straftheorien, die er als Grundlage des Inquisitionsprozesses ansieht. Er verkenne, dass die „Ausgestaltung einer Straftheorie [...] stets im Kontext der Staatsform gesehen werden [muss], für die sie entworfen wird“ (S. 225). Absolute Straftheorien passten somit zu absolutistischen, aber nicht zu am rechtsstaatlichen Ideal ausgerichteten Staaten. *Verf.* führt für diese dogmenhistorische These keine Belege an, es gibt auch keine, denn die These ist falsch: Straftheorien wurden in aller Regel nicht für bestimmte Staatsformen „entworfen“, auch von *Kant* und *Hegel* nicht. *Verf.* zeigt erneut historisches Unwissen, weil in absolutistischen Staaten wie zuvor seit dem Hochmittelalter Vereinigungstheorien galten. Der göttliche Auftrag zur Strafe „ne delicta maneant impunita“⁷⁶ bedeutet keineswegs reine Vergeltung, auch wenn diese das Strafmaß mitbestimmt. Der Satz des *Thomas von Aquin*, dass Vergeltung dem allwissenden Gott im Jüngsten Gericht vorbehalten sei und irdische Strafen nur „medizinisch“,⁷⁷ also präventiv sein könnten, findet sich neben der *Seneca*-Sentenz⁷⁸ in der gesamten gemeinrechtlichen Literatur.⁷⁹ Reine absolute Theorien erlangten erst durch *Kant* und *Hegel* Einfluss, also zu einer Zeit, in

der das Absterben des Absolutismus und des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses als Folge der französischen Revolution bereits begonnen hatte. Im Übrigen vertritt *Verf.* selbst eine absolute Straftheorie.

Ab S. 232 stellt *Verf.* die Vereinbarkeit ihres Ansatzes mit der Verfassung fest, weil Art. 103 Abs. 3 GG keine Definition der Tat enthalte, wofür BVerfGE 56, 22 (27),⁸⁰ zitiert wird. Den unmittelbar folgenden Satz dieses Beschlusses, die Verfassung wolle den vorverfassungsrechtlichen Tatbegriff festschreiben,⁸¹ unterschlägt *Verf.* Dass das BVerfG in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, wird nicht einmal erwähnt. Lediglich Fn. 229 (S. 238) vermerkt begründungslos „Wenig tragfähig ist das Berufen auf den Willen des historischen Gesetzgebers.“ – Solches Ignorieren von Gegenmeinungen würde man Studierenden in einer Seminararbeit nicht durchgehen lassen, da es nicht nur eine methodenwidrige Auslegung,⁸² sondern zudem intellektuell unredlich ist.

Weiter heißt es, ein enger Tatbegriff sei auch nötig, um ungerechtfertigte Straferlässe zu vermeiden: Mit *Binding* meint *Verf.*, jeder Verhaltensnormverstoß müsse unweigerlich bestraft werden, weshalb die als Vorteil ausgegebene Weite des herrschenden Tatbegriffs tatsächlich ein Nachteil sei (S. 239 ff.): „Es ist in diesem Zusammenhang kein berechtigtes Interesse des Einzelnen ersichtlich, von weiteren Fehlverhaltensvorwürfen verschont zu bleiben, die naturalistisch innerhalb eines Lebenssachverhalts liegen, dem ein bereits abgeurteiltes Verhalten entnommen wurde“ (S. 240, 243). Dem Ahndungsinteresse „steht lediglich der Wunsch des Delinquenten entgegen, ‚in Ruhe gelassen zu werden‘ – angesichts seiner unzulässigen Freiheitsanmaßung in Gestalt des konkreten Verhaltensnormverstoßes hat er diesen allerdings eindeutig verspielt“ (S. 241) – worin ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung liegt, weil die Verfahrenseinleitung mit der feststehenden Tatbegehung gerechtfertigt wird. Straferlässe seien verfassungsrechtlich nicht haltbar, Strafe sei vielmehr rechtsstaatlich geboten (S. 242, 244); dass die Verfassung „Freischeine für den Delinquenten“ ausgeben sollte, sei abwegig (S. 242) und widerspreche der Gewaltenteilung (S. 243 f.). – Dass Strafe stets ausnahmslos erfolgen muss, ist bislang aber nur behauptet, nicht näher begründet worden. – „Die von der Gegenposition eingeforderte ‚Rechtssicherheit‘ ist ebenso wie ihre Konzeption eines naturalistischen prozessualen Tatbegriffs bloße Willkür“ (S. 241). – Das trifft

⁷⁵ Hahn/Stegemann (Fn. 74), S. 206.

⁷⁶ Vgl. 4. Mose 25, 4 f.; 5. Mose 13, 15 ff.

⁷⁷ *Thomas von Aquin*, Summa theologiae, Secunda pars secundae, qu. 66 art. 6 ad 2; qu. 68 art. 1 c.a. und öfter.

⁷⁸ *L. Annaeus Seneca*, Dialogorum liber III, Ad Novatum, De ira, lib. I, 19, 7: „nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur.“

⁷⁹ Exemplarisch *Damhouder*, Praxis rerum criminalium, 1601, prooemium, no. 2 ff.: „Reipublicae interesse constat delicta puniri, ne maleficia maneant impunita. (5) Dare poenas maximi mali euitatio est: facit enim alibi prudentiores & iustiores & medicina quaedam iniquitatis, ipsum est iudicium. [...] (6) Castigare noxam oportet, non ob praeteritum delictum, cum id corrigi nequeat, sed ne iterum peccet: tum ne ipsius exemplo caeteri quoque peccent. (7) Quid fit, si crimina non puniantur: facilitas enim veniet, incentium tribuit delinquendi [...] (9) Punienda ergo sunt maleficia, vt vnus poena, metus possit esse multorum.“ Aus der Zeit des französischen Absolutismus siehe *Muyart de Vouglans*, Institutes au droit criminel, 1757, part. VIII, tit. II, S. 390: „Les Peines étant établies, [...], à deux fins principales; l’une, pour punir le Coupable, & l’empêcher de retomber dans le Crime; l’autre, pour l’exemple, afin de contenir par la terreur des Châtiments ceux qui pourroient y tomber comme lui [...]“.

⁸⁰ *Verf.* zitiert zu „BVerfG NJW 1981, 1433, 1434 ...; JR 1982, 108, 109“ (S. 237 f. Fn. 226); die beiden Fundstellen enthalten dieselbe Entscheidung – wurden sie nicht gelesen?

⁸¹ BVerfGE 56, 22 (27 f.): „Das in Art. 103 Abs. 3 GG enthaltene Doppelbestrafungsverbot nimmt insoweit auf einen Grundsatz des vorverfassungsrechtlichen Prozeßrechts Bezug, den der Verfassungsgeber absichern und einer erschwerten Änderung unterwerfen wollte (Art. 79 Abs. 1 und 2 GG).“ Zur Genese näher BVerfGE 3, 248 (252).

⁸² Die Heranziehung der Entstehungsgeschichte gehört zum akzeptierten Auslegungskanon, *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 67 ff. m.w.N.; zu Streitigkeiten im Detail vgl. nur *Koch/Rißmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 167 ff.

dann freilich auch auf ihr eigenes vorheriges (S. 175) Rechtssicherheitsargument zu – ein weiterer Selbstwiderspruch. Ironischerweise führt die Ansicht der *Verf.* dahin, wo der Inquisitionsprozess des gemeinen Rechts zuvor schon war, nämlich ein und denselben Sachverhalt unter verschiedenen Tatbeständen immer weiter verfolgen zu können.

Umgekehrt komme es nach herrschender Meinung zu permanenten Verfassungsverstößen durch tateinheitliche Bestrafung desselben Sachverhalts, weil Art. 103 Abs. 3 GG auch innerhalb desselben Strafverfahrens gelte, was bislang „flächendeckend übersehen“ worden sei (S. 244 f.) – was nicht der Fall ist und aufgefallen wäre, wenn *Verf.* das verfassungsrechtliche Schrifttum⁸³ konsultiert hätte. – „Kommt es also zu einem Schuldspruch wegen mehrerer Gesetzesverstöße, ist darin eine Mehrfachbestrafung zu sehen, sofern ein naturalistischer Tatbegriff zugrunde gelegt wird“ (S. 245). Diese im angelsächsischen Raum anzutreffende Ansicht⁸⁴ ist allerdings – aus gutem Grund – hierzulande nicht vertreten worden; warum sie nötig wäre, behauptet *Verf.* nur, begründet dies aber nicht. Daran zeigt sich einmal mehr, dass man Rechtsnormen und -begriffe nur zweckbezogen und nicht kontextgelöst verstehen darf.⁸⁵

Bislang hat *Verf.* in ihrem begriffsjuristischen Vorgehen nicht einmal nach den Gründen gefragt, warum die Rechtsprechung, damals in Gestalt des preußischen Ober-Tribunals, sich von dem idem crimen-Begriff abwandte und warum das Reichsgericht den idem factum-Begriff noch erweiterte.⁸⁶ Ganz ausweichen kann sie dem Missbrauchspotential der Strafverfolgungsbefugnis allerdings nicht. *Verf.* sieht, dass es unangemessene Verfahrenstaktiken der Strafverfolgungsbehörden („Scheibchentaktik“) geben kann, vor denen der Bürger Schutz verdient (S. 246 ff.), und nähert sich damit endlich der ratio des Ne bis in idem-Satzes. Sie konstatiert, dass der „rechtliche Umgang mit denkbaren Verfahrenstaktiken der Ermittlungsbehörden nicht ohne größeren Erklärungsaufwand einer für sämtliche Fälle angemessenen Lösung zuzuführen“ ist (S. 247).

Deshalb wirft sie einen etwas langatmigen vergleichenden Blick auf das amerikanische Bundesverfassungsrecht (S. 251 ff.),⁸⁷ und zeichnet die Rechtsprechung des US Supreme

Court nach, der unter dem Einfluss von Justice Brennan für kurze Zeit vom rechtskreativsten engen Tatbegriff (same offense) zu einem faktischen Tatbegriff (same conduct, same transaction) übergegangen war, was *Verf.* als falsch kritisiert (S. 257 f.). Dann sucht sie nach „Lösungsansätze[n] des Supreme Court im Umgang mit sukzessiven Strafverfahren“ (S. 262 ff.) und rügt den Gerichtshof dafür, dass er die Double Jeopardy Clause für eine Freiheitsgarantie halte und damit denselben Denkfehler begehe wie der BGH: „Das Rechtssicherheitsbegehren sowie sonstige Belange, die für eine Einschränkung staatlicher Befugnisse in der Straftatennahmung sprechen, treffen keine Aussage über die Definition des Prozessgegenstandes. Es verhält sich vielmehr umgekehrt. In welchem Umfang der Einzelne ein berechtigtes Interesse am Schutz vor weiterer Strafverfolgung aufweist, richtet sich nach der inhaltlichen Bestimmung der prozessualen Tat“ (S. 264, auch 265 f., 272). Das ist das Gegenteil einer funktionalen Begriffsbildung, nämlich, neben einer *petitio principii*, Begriffsjurisprudenz reinsten Wassers in Gestalt der Inversionsmethode. Diesem Befund wird *Verf.* sogleich wieder widersprechen, denn die Verortung des Rechtssicherheitsbegehrens „im Rahmen der Double Jeopardy Clause bzw. dem Grundsatz des ne bis in idem ist aber fehlgeleitet und vermag keine sachgerechte Lösung für die in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme zu liefern“ (S. 266). Entweder bestimmt der Tatbegriff den Umfang des berechtigten Rechtssicherheitsbegehrens oder er bestimmt ihn nicht – was gilt nun? Was *Verf.* sagen wollte, ist wohl, dass ein idem crimen-Begriff keinen nennenswerten Schutz vor Mehrfachverfolgung bietet (S. 262), so dass andere Instrumente nötig werden. Dafür betrachtet sie die Judikatur zum Blockburger-Test (S. 266 ff.) und kritisiert den Supreme Court, dass er unzulässigerweise auf den Gesetzeswortlaut der Tatbestände und nicht auf die Verhaltensnorm abstelle (S. 268 f.) mit der Folge, „dass bereits geringfügige Wortlautmodifikationen zur Annahme unterschiedlicher Straftaten führen“. Das sei aber ausgeschlossen und verstieße gegen die US-amerikanische Verfassung, denn der Gesetzgeber sei seinerseits „an die materielle Rechtslage gebunden. Sofern sich strafbares Verhalten ereignet hat, ist der Staat ausschließlich zu dessen einmaliger Ahndung berechtigt“ (S. 270).⁸⁸ Der erstaunte Leser fragt sich, was die „materielle Rechtslage“ und was „strafbares Verhalten“ (same conduct?) ist und wieso ein *Binding*-Zitat (S. 270 Fn. 299) für die Auslegung der amerikanischen Bundesverfassung ausschlaggebend ist. Rechtsvergleichern stehen angesichts solcher Übergriffigkeit die Haare zu Berge.

Verf. verwirft auch die vom Supreme Court vereinzelt angewendete collateral estoppel-Regel (S. 271 ff.), wonach die

zeitlich nicht über das hinausgeht, was ich in einer kleinen, im Jahr 2001 publizierten Studie (Stuckenberg, Double Jeopardy) verwendet hatte. Dafür hätte eine Woche am heimischen Schreibtisch genügt.

⁸⁸ Das Beispiel auf S. 270, der Gesetzgeber dürfe nicht die zweifache Bestrafung eines Habgiermordes vorsehen, geht freilich fehl, weil es sich um *verschiedene* Tatbestände handeln muss.

⁸³ Etwa *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 216, weisen diese Lesart mit Blick auf den Normzweck zurück; weitere Nachw. bei *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 90. Lfg., Stand: Februar 2020, Art. 103 III Rn. 64 Fn. 3.

⁸⁴ Das ist die dritte Teilgarantie (prohibition of multiple punishment) der Double Jeopardy Clause im US-amerikanischen Bundesverfassungsrecht, siehe nur *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161, 165 (1977).

⁸⁵ Beispielhaft BVerfGE 3, 248 (251 ff.).

⁸⁶ Nachw. bei Stuckenberg (Fn. 70), Rn. 36 f.

⁸⁷ Diese Ausführungen fußen ausweislich des Vorworts auf einem einjährigen Forschungsaufenthalt in den USA, der durch drei Stipendien – bemerkenswert angesichts des üblichen Kumulationsverbots – gefördert wurde. Bemerkenswert ist auch die Dürftigkeit des verarbeiteten Materials, das schon

Rechtskraft sich auf tragende Tatsachenfeststellungen erstreckt, und meint trotzdem, der rechtliche Umgang des Supreme Court mit sukzessiven Strafverfahren habe „erste Anhaltspunkte für eine allgemeine Problemlösung geliefert“ (S. 277). Das Ergebnis der Fremdrechtsbetrachtung erscheint allerdings mehr als dürrig; Lösungsansätze wie „mandatory/compulsory joinder“, die in einigen einzelstaatlichen Rechten die gemeinsame Anklage zusammenhängender Delikte gebieten, werden nur in einer Fußnote gestreift (Fn. 311). Aufschlussreich wäre auch ein Blick nach England gewesen, wo bei gleichermaßen schmalem Tatbegriff mit der Figur des „abuse of process“⁸⁹ die sukzessive Anklage zeitlich und örtlich zusammenhängender Delikte verhindert wird.

Verf. kommt zu dem Schluss, dass weder Art. 103 Abs. 3 GG noch die Double Jeopardy Clause sukzessive Strafverfahren wegen anderer Tatbestände sperren (S. 277 f.). Die Frage nach deren Zulässigkeit betreffe vielmehr den „Schutzbereich allgemeiner Freiheitsrechte der Person“. Maßgeblich sei die Verhältnismäßigkeit weiterer Strafverfolgung, Probleme könnten sich auf allen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben (S. 278 ff.). Unzulässig seien bloße Testläufe oder Verfahrensspaltungen, um höhere Strafen zu erzielen. Zu berücksichtigen seien das Gewicht des Fehlverhaltensvorwurfs, die voraussichtliche Eingriffsintensität des zusätzlichen Strafverfahrens, die wahrscheinliche Verfahrensdauer und die erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen sowie ein etwaiges Verschulden der Staatsanwaltschaft. Die Frage nach der Zulässigkeit sukzessiver Strafverfahren könne daher „nicht losgelöst von den Umständen des Einzelfalls beantwortet werden“ (S. 281). Nötig sei eine Abwägungsentscheidung, die im Rahmen des fair-trial-Grundsatzes zu treffen sei (S. 281 ff.). Die Rechtsfolge ist auch nicht etwa ein Verfahrenshindernis, sondern in „Betracht kommen insoweit beispielhaft die Berücksichtigung auf Strafvollstreckungsebene, eine Strafmilderung sowie im äußersten Fall die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs“ (S. 282). Sie erkennt durchaus: „Unter Zugrundelegung eines normativen Prozessgegenstands können sich die Fälle mehren, in denen Ankläger zur Optimierung ihres Ermittlungserfolgs separaten Strafverfahren gegenüber verbundenen Anklagen den Vorzug geben“ (S. 283), doch das sei kein Einwand. – Der Leser kommt aus dem Kopfschütteln nicht mehr heraus: Zu Anfang hat *Verf.* dem faktischen Tatbegriff einen Strick daraus gedreht, nicht „trennscharf“ zu sein, und schlägt als Lösung nun allen Ernstes eine Einzelfallabwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeits- und fair trial-Grundsatzes vor, deren Trennschärfe noch niemand gerühmt hat. Das Regelungsproblem des Ne bis in idem-Satzes wird also nur von Art. 103 Abs. 3 GG in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verschoben und zudem schlechter gelöst. Ein groteskes Resultat!

Verf. widmet sich dann prozessökonomischen Einwänden gegen ihren Tatbegriff, die sich etwa aus den häufiger nötig werdenden Nachtragsanklagen ergeben könnten, weshalb sie das Zustimmungserfordernis aus § 266 StPO streichen will (S. 283 ff., 288 f. mit Gesetzesvorschlag); unzulässig sei die Nachtragsanklage aber, wenn der Angeklagte dadurch unver-

hältnismäßig in seinen Rechten beeinträchtigt würde, was etwa beim Übergang von § 223 auf § 226 StGB der Fall sein soll. Nötig werden zudem Eventualanklagen (S. 289 ff.). Sonstige prozessökonomische Einwände werden zurückgewiesen (S. 292 ff.), auch die Gefahr widersprechender Feststellungen sei kein Einwand, „solange nicht der Fehlvorstellung angehängt wird, das Strafverfahren diene der Ermittlung von ‚Wahrheit‘. Die Tatfrage im Strafverfahren ist ihrerseits eine normative, weshalb die getroffenen Feststellungen keiner Richtigkeitsüberprüfung gemessen an einer (irgendwie gearbeteten) ‚Wahrheit‘ unterliegen“ (S. 294). Hier wird aus Halbverstandem ein ganzer Fehler gemacht: So richtig es ist, dass es im Strafprozess nur um forensische Wahrheit im Sinne einer prozessordnungsgemäßen Rekonstruktion von Verhalten gehen kann, so erhebt diese notgedrungen den Anspruch, „wahr“ zu sein,⁹⁰ weshalb Entscheidungsharmonie erstrebenswert ist.

Letztendlich fragt *Verf.* noch nach der Vereinbarkeit ihres Tatbegriffs mit der StPO (S. 297 ff.), die sie zuvor (S. 217) schon behauptet hatte, und interpretiert dabei deren Normen in rabulistischer Weise um. § 155 Abs. 2 und § 264 Abs. 2 StPO werden so verstanden, dass das Gericht die rechtliche Wertung der Staatsanwaltschaft auch ablehnen dürfe (S. 298 ff.) – das ist freilich im Begriff der Entscheidung enthalten und müsste nicht gesondert geregelt werden. *Verf.* behauptet: „Diese Auslegung liegt auf einer Linie mit den bereits dargelegten Regeln eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, worin die Anklage die normativen Fehlverhaltensvorwürfe benennt, die zu bestätigen oder abzulehnen alleinige Aufgabe des Gerichts ist“ (S. 299). Dass dies dem ausdrücklich und ausführlich erklärten Willen des historischen Gesetzgebers nicht entspricht,⁹¹ wird erneut nicht einmal erwähnt. Was der Gesetzgeber wollte, spiegelt sich auch in dem Regelungspaar von §§ 265 und 266 StPO. *Verf.* meint, für § 265 Abs. 1 StPO bleibe ein sinnvoller Anwendungsbereich, wenn nämlich aus einer konsumierten Tat verurteilt werden solle (S. 302), auf § 265 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 StPO, die von der Anwendung echter Qualifikationen und schwererer Strafgesetze reden und kaum mit einem idem crimen-Begriff vereinbar sind, geht sie nicht ein. §§ 359, 362 StPO seien auch mit ihrem Tatbegriff vereinbar (S. 301), der prima vista inkompatible § 359 Nr. 5 StPO (Anwendung eines mildernden Gesetzes) wird nicht behandelt. § 154a Abs. 1 S. 1 StPO, der von „mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen worden sind“, spricht, stehe auch nicht entgegen, weil er sich auf

⁹⁰ Näher Stuckenberg, GA 2016, 688 (691 f., 695 ff.). Ohne Bezug auf Wahrheit ist auch die Rede vom Fehlverurteilungsrisiko (S. 333) sinnlos.

⁹¹ Hahn/Stegemann (Fn. 74), S. 205 f. zu § 263 Abs. 2 (heute § 264 Abs. 2) StPO. Auszugsweise: „Die mündliche Verhandlung kann ferner zu einer andern rechtlichen Qualifikation der That, als der in der Anklage bezeichneten, führen, und dies kann wiederum entweder lediglich die Folge einer abweichenden Auffassung der Richter oder die Folge neuer tatsächlicher Ermittlungen sein.“ Es folgen Beispiele: Unterschlagung statt Betrug oder Diebstahl und Raub statt Diebstahl.

⁸⁹ Dazu Stuckenberg (Fn. 71), S. 475 m.w.N.

Tateinheit beziehe, die zwar verfehlt sei, aber auch auf der Basis eines normativen Tatbegriffs beachtet werden könne (S. 303) – wie, bleibt offen. „Neben der Sache“ liegt *Verf.* selbst, da das Gesetz davon ausgeht, dass eine Tat mehrere Gesetzesverletzungen umfassen kann, folglich nicht jeder Verhaltensnormverstoß eine eigene Tat konstituiert. Auf § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO, wonach das Gericht die „Tat rechtlich abweichend von der Anklageschrift“ würdigen kann, geht *Verf.* nicht ein. Hat sie die Vorschrift übersehen oder bewusst ignoriert? Beides darf in einer Habilitationsschrift nicht vorkommen. Das gilt auch für die Verweisungsvorschriften der §§ 209, 225a, 269, 270 StPO, die nur erklärbar sind, wenn sich die rechtliche Beurteilung des Prozessgegenstands so stark ändern kann, dass der Spruchkörper sachlich unzuständig wird. Die Behauptung der Vereinbarkeit ihrer Ansicht mit der StPO beruht somit auch darauf, dass entgegenstehende Vorschriften und Gesetzesmaterialien nicht erwähnt werden. In empirischen Disziplinen würde man von Verfälschung der Datenlage reden. Die Schwelle zum wissenschaftlichen Fehlverhalten ist hier jedenfalls objektiv überschritten.

Dass *Verf.* mit dem Gesetz so nachlässig umgeht, hat einen Grund: „Selbst eine gesetzliche Festlegung eines naturalistischen Tatbegriffs hätte hinter den überwiegenden Gründen für die Notwendigkeit eines normativen Verständnisses der Tat im verfahrensrechtlichen Sinne zurückzustehen. Wie aufgezeigt, begründet der naturalistische Tatbegriff Willkür und verstößt außerdem gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung“ (S. 303). „Zur Erinnerung“ (wie *Verf.* gern schreibt): Willkür und Relevanz des Gewaltenteilungsgrundsatzes im verfassungsrechtlichen Sinne wurden nirgends hergeleitet und subsumiert, sondern nur behauptet. Mit Rechtswissenschaft hat das nichts zu tun. Auf die gegenteilige Menschenrechtslage (EuGrCh, EMRK) geht *Verf.* ebenfalls nicht ein.

Anschließend wird die Einheitlichkeit des Tatbegriffs für Rechtshängigkeit und Rechtskraft dargelegt (S. 304 ff.) und weitere Einwände zurückgewiesen (S. 306 ff.). Darauf, dass die StPO den Begriff „derselben Tat“ in § 121 noch anders versteht,⁹² geht *Verf.* nicht ein.

Im nächsten Kapitel (S. 310–326) behandelt *Verf.* andere im Schrifttum anzutreffende Modelle (*Velten, Peters, Bertel, Hruschka, Greco*) und stellt schon im ersten Satz die Überlegenheit ihres eigenen Modells fest.

Warum *Verf.* erst jetzt (S. 326 ff.) auf die Anbindung des prozessualen Tatbegriffs an die Konkurrenzlehre eingeht, erschließt sich nicht. Größere Trennschärfe erreiche der herrschende Tatbegriff nicht wegen der vielen Ausnahmen vom Gleichlauf mit §§ 52 f. StGB, was, wie gesagt, eine maßlose Übertreibung ist. Aber selbst die von einigen Stimmen befürwortete ausnahmsweise Anbindung (Identitätsthese) überzeuge nicht, weil die Konkurrenzlehre ihrerseits auf einem

„verfehlten Naturalismus“ beruhe (S. 327 ff.). § 52 StGB knüpfe an eine „faktische Kategorie in Gestalt der ‚Handlung‘“ (S. 328) an, nämlich die Handlung als gewillkürte Körperbewegung. Zwar gebe es noch natürliche und rechtliche Handlungs- und Bewertungseinheiten, darauf komme es aber nicht an: „Von Interesse ist allein, dass der Terminus der Handlung als Zentralgestalt der geltenden Konkurrenzlehre seinerseits ein naturalistisch geprägter ist. Empirische Begebenheiten stellen aber per se *im Recht* keine relevante Kategorie dar. [...] Im Gegenteil bergen solche grundsätzlich die Gefahr, sachfremde Kriterien in die rechtliche Bewertung einfließen zu lassen. Eine naturalistische Betrachtung im Recht ist daher unter keinen Umständen willkürfrei, weshalb für sie darin kein Raum ist“ (S. 328, auch 331). Die Tateinheit sei daher zu streichen und in allen Fällen eine Gesamtstrafenbildung vorzusehen (S. 329). Die Aspekte der Unrechtseinheit und verbotenen Mehrfachverwertung sowie längst ausgearbeitete, normativierende Konzepte der Idealkonkurrenz als Unrechtsverwandtschaft werden vollständig ignoriert.⁹³ – *Verf.* liegt damit gleich mehrfach kategorial falsch: Wie bereits gesagt, kann das Recht nach Belieben an empirische Begebenheiten anknüpfen und muss es auch, wenn es Dinge auf dieser Welt regeln will. Ob die Anknüpfung sinnvoll ist, ist eine andere, ebenfalls normative Frage.⁹⁴ Obschon *Verf.* sieht, dass mit „natürlichen“ und sonstigen Handlungseinheiten usw. *rechtliche* Einheitenbildung vorliegt, stört sie sich an dem „Terminus der Handlung“ und verwechselt damit den Namen mit dem Begriff. Hier fehlt es an elementarem methodischem Wissen. Naturalistisch ist es vielmehr umgekehrt zu glauben, jeden einzelnen Verhaltensnormverstoß auch als einzelnen zählen zu müssen, nur weil er in der Welt ist. Eine normative Begriffsbildung fragt danach, was dies für das Recht *bedeutet*.

Gänzlich unklar bleibt, wie *Verf.* unrechtsverwandte oder teilidentische Tatbestandserfüllungen zählen will: Wenn jemand mit Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch einen Einbruchsdiebstahl begeht, wie viele Verhaltensnormverstöße liegen vor: einer, zwei, drei?

Verf. diskutiert und verwirft dann den von niemandem bisher erhobenen und unplausiblen Einwand, dass es eines Strafverfahrens nicht bedürfe, wenn die Tatbegehung unstrittig sei (S. 331 ff.).

In der Zusammenfassung (S. 335 ff.) wiederholt *Verf.* die groteske falsche Annahme, der „naturalistische Tatbegriff“ habe sich „als unhaltbares Relikt des früheren Inquisitionsprozesses“ entpuppt (S. 336). Wie oben gezeigt, ist historisch genau das Gegenteil der Fall, zudem findet ein faktischer Tatbegriff auch Zuspruch in Jurisdiktionen, die nie etwas anderes als einen Parteiprozess kannten (etwa in Kalifornien⁹⁵ oder im Model Penal Code⁹⁶), oder unabhängig von der Prozessform (EMRK)⁹⁷ sowie im Völkerstrafrecht⁹⁸.

⁹² Vgl. nur BGH StV 2019, 564; Gärtner, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4/1, 27. Aufl. 2019, § 121 Rn. 18 ff.; Stuckenberg (Fn. 72), § 264 Rn. 4 Fn. 7.

⁹³ Siehe nur Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Bd. 1, § 52 Rn. 24 ff. m.w.N.

⁹⁴ Dazu Lang, Die Idealkonkurrenz als Missverständnis, 2008.

⁹⁵ Dazu Delfino, American Criminal Law Review 54 (2017), 423 (433–439, 470 f.).

5. Im folgenden Teil exerziert *Verf.* danach den Tatbegriff in anderen Kontexten durch in der irrigen Annahme: „Anhand des voranstehenden Entwurfs des vorliegenden Tatverständnisses lässt sich die Anwendung auf sämtliche denkbaren Konstellationen ohne Weiteres vollziehen. Der nachfolgende Abschnitt versteht sich daher als exemplarische Anleitung zur Lösung von Einzelfragen. Das normative Verständnis der Tat ermöglicht es, jeden denkbaren Anwendungsfall unter Heranziehung der entworfenen Prinzipien zu lösen“ (S. 339). Wie anfangs gezeigt, wird damit die Natur der Deduktion verkannt.

a) Auch beim Rücktritt vom Versuch (S. 339 ff.) müsse die „Tat“ in § 24 Abs. 1 S. 1 StGB als einzelner Verhaltensnormverstoß verstanden werden, was zu einer radikalen Einzelaktstheorie führt. Natürliche Handlungseinheiten, wie sie die Gesamtbetrachtungslehre verwendet, seien naturalistisch und daher willkürlich. – *Verf.* verkennt wiederum, dass Handlungseinheiten rechtliche Begriffe darstellen und sich von ihrem favorisierten Tatbegriff nur durch ihre Kriterien, nicht aber kategorial unterscheiden. Überdies kann, wie gezeigt, aus dem Begriff der Tat nicht abgeleitet werden, ob und welche Einheiten von Taten gebildet, ob also mehrere Normverstöße zu einem Versuch zusammengefasst werden dürfen. – Außerdem sei das Rücktrittsprivileg sowieso zu großzügig, weil wegen des komplett vorliegenden Verhaltensnormverstoßes auf Strafe nicht ganz verzichtet werden dürfe (S. 350). Unklar bleibt, ob *Verf.* nicht bereits im erfolgstauglichen Verhaltensnormverstoß eine vollendete Tat sieht oder sehen müsste (S. 346: die Abgabe eines Schusses mit Tötungsabsicht bedeute „einen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoß im Sinne eines versuchten Tötungsdelikts, der zugleich vollendet und beendet ist“), der Status des Erfolges bleibt auch hier (wie oben S. 111 ff.) unterbestimmt. Bei der Bestimmung der ratio des Rücktrittsprivilegs wird wieder Vernunftbegabung mit Vernunftbestimmung verwechselt: Die ratio könne nicht im Anreiz zur Normbefolgung liegen, denn damit werde „das generelle Versagen des Normensystems in seiner originären Funktion eingeräumt. Wer annimmt, die Vereinbarung gesellschaftlicher Normen sei für sich genommen nicht geeignet, einen vernunftbegabten Bürger zu Normtreue zu motivieren, gesteht ein, dass diese Normen ihrerseits fehlerhaft sein müssen“ (S. 349). – Das bedeutet, dass derjenige, der etwa annimmt, dass Tötungen trotz des Tötungsverbots vorkommen werden, damit eingesteht, dass das Tötungsverbot unvernünftig ist, und nicht etwa der, der es bricht. Das ist offensichtlich grober Unfug, weil *Verf.* immer noch nicht verstanden hat, wie Straftaten bei Kreaturen, die *auch* (potentiell) Vernunftwesen sind, möglich sind.

– Weil ein Verhaltensnormverstoß vorliege, sei eine völlige Straffreistellung nicht zu rechtfertigen (S. 350 f.).

Ein eigenes Kapitel (S. 354–358) wird der Kritik an dem Ansatz von *Wege* gewidmet, die den Begriff der Tat in § 24 StGB aus der ratio des Rücktrittsprivilegs gewinnen will. *Verf.* bekennt sich erneut zum begriffsjuristischen Inversionsverfahren, ohne dessen Zirkularität zu erkennen: „Die inhaltliche Bestimmung der Versuchstat ist ausschlaggebend für die Reichweite des Rücktrittsprivilegs [...]“ (S. 356). Ebenso falsch ist die Begründung: „Weil die ratio des § 24 StGB das Vorliegen einer Versuchstat zwingend voraussetzt, ist sie logisch auch nicht dazu geeignet, deren Konturen zu bestimmen.“ (S. 358). Wenn das so wäre, könnte es weder teleologische Auslegung noch Begriffsbildung geben. „Logisch“ ist die Folgerung des Typs „der Zweck von etwas setzt das etwas voraus und kann es folglich nicht bestimmen“ falsch: Der Fehlschluss liegt wieder einmal in einer quaternio terminorum; *Verf.* verwechselt die Existenz des Begriffs mit dessen Intension.

b) Bei der Verdeckungs- und Ermöglichungsabsicht im Rahmen des § 211 Abs. 2 StGB verwirft *Verf.* das Zäsurkriterium des BGH als „naturalistisch“ (S. 358 ff.). Dabei kann sie dem Einwand, dass dann, wenn im Unterlassen von Rettungsbemühungen nach versuchter aktiver Tötung eine selbständige Unterlassungstat gesehen wird, damit das Rücktrittsprivileg bei der Begehungstat untergraben wird, nicht entgehen. Das Argument, der Rücktritt beziehe sich „auf eine ganz andere Straftat in Gestalt des Tötungsversuchs“, liegt neben der Sache, denn es geht ja gerade darum, ob das Ausbleiben des Rücktrittsverhaltens als eigenständiger Verhaltensnormverstoß gewertet wird, was sie bejaht (S. 363 f.). Richtig ist, dass der aktiv Handelnde Garant dafür wird, dass der verbotene Erfolg nicht eintritt; daraus folgt aber nichts für die selbständige Strafbarkeit der formal erfüllten Unterlassungstat, die ein Konkurrenzproblem darstellt.

c) *Verf.* betrachtet dann (S. 366 ff.) die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB, wonach die Unterschlagung nur anwendbar ist, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Den Ausdruck „Tat“ kann man also nur im Sinne eines bestimmten Geschehens verstehen, das unter mehrere Vorschriften fallen kann, und nicht als idem crimen. *Verf.* hält sich aber nicht mit dem Gesetzestext auf, sondern nimmt die Auslegung des BGH ins Visier, dass jedwede andere Straftat die Unterschlagung verdränge.⁹⁹ *Verf.* reformuliert die Begründung des BGH so: „Zum einen müsste die Gesetzesanwendung in größtmöglichem Umfang zum Vorteil des Angeklagten erfolgen. Soweit der Wortsinn es zulasse, müsse daher eine für den Angeklagten günstige Regelung ausgedehnt werden. Werde die formelle Subsidiaritätsklausel allein auf Zueignungsdelikte angewendet, erfolge dies also zum Nachteil des Angeklagten“ (S. 366). In BGHSt 47, 243, steht nichts davon, auch in den für diesen „Grundsatz“ zitierten Judikaten des BVerfG¹⁰⁰ nicht. Einen Auslegungsgrundsatz des maximalen favor rei

⁹⁶ American Law Institute, Model Penal Code with Commentaries, 1962/1985, §§ 1.07 (2), 1.09 (1) (c).

⁹⁷ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 10.2.2009 – 14939/03 (Zolotukhin v. Russia), Rn. 291, 320.

⁹⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 1 Rom-Statut, dazu *Friman/Brady/Costi/Guariglia/Stuckenberg*, in: *Sluiter/Friman/Linton/Vasiliev/Zappalà* (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 2013, S. 442.

⁹⁹ BGHSt 47, 243.

¹⁰⁰ S. 366 Fn. 79: „S. allgemein zu diesem Grundsatz BVerfG NJW 2010, 3209, 3211; NJW 2012, 907, 915.“

gibt es im deutschen Strafrecht nicht. Der *Senat* beruft sich stattdessen auf den Wortlaut, „dessen möglicher Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung strafrechtlicher Bestimmungen zum Nachteil des Angeklagten markiert“¹⁰¹. Warum schiebt *Verf.* den Gerichten nicht nur dubiose, sondern rechtlich falsche Formulierungen unter? Gute wissenschaftliche Praxis ist das nicht.

Dass die Bestrafung aus § 246 StGB ein Nachteil für den Täter sei, lehnt *Verf.* ab, denn nicht jedwede erlangte Straffreiheit sei per se ein Vorteil für den Delinquenten (S. 367 f.). Würden Verhaltensnormverstöße systemwidrig nicht bestraft, hätte dies „zuletzt eine Gefährdung des friedlichen Miteinanders von Individuen im Staat zur Folge“ (S. 368), was handfeste Nachteile auch für den Delinquenten berge. Werde das gemeinsame Normensystem gefährdet, wirke sich dies stets für jedes einzelne Gesellschaftsmitglied und damit auch den Täter nachteilig aus (S. 368, auch 419). Nicht bestraft zu werden ist also ein Nachteil. So argumentieren kann man nur, wenn man eine empirische Wirkung der Strafe annimmt, was *Verf.* zuvor weit von sich gewiesen hatte. Zudem liegt wieder eine Begriffsvertauschung, zugleich eine *ignoratio elenchi* (Verdrehung des Streitpunkts), vor: Der „Nachteil“, von dem der BGH in seinem implizit auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützten Wortlautargument redet, ist allein *Bestrafung* aus § 246 StGB, *Verf.* redet hingegen von der *Gefährdung des friedlichen Miteinanders*. Mit diesem Fehlschluss kann das Argument des BGH folglich weder widerlegt noch als „Beleg der faulen Früchte, die ein naturalistisches Verständnis der Tat tragen kann“ (S. 372), verunglimpft werden.

Ihre Annahme ist im Übrigen abwegig, denn der Staat ist seit der BGH-Entscheidung von 2002 noch nicht kollabiert, ebenso wenig wie durch die Millionen von Straftaten, die jährlich unentdeckt und ungesühnt bleiben. Seltsam ist auch, in den Regeln der Gesetzeskonkurrenz Begünstigungen zu sehen, die man verdienen muss: „Systemfremde und insoweit *unverdiente* Vorteile dürfen nicht gewährt werden – führten sie doch in letzter Konsequenz das System selbst ad absurdum und verdienten damit auch nicht das Prädikat der Vorteilhaftigkeit“ (S. 368).

Der Begriff der Tat in § 246 Abs. 1 StGB müsse normativ verstanden werden als Eigentumsangriff. In der Erstreckung auch auf Tötungsdelikte liege ein naturalistisches Verständnis der Tat, so dass der Zufall darüber entscheide, ob der einzelne wegen Unterschlagung bestraft werde oder nicht (S. 369). Letzteres ist kein Einwand, denn der Zufall entscheidet stets mit, auch wenn die Subsidiaritätsklausel auf Vermögensdelikte begrenzt wäre. Die Subsidiaritätsklausel funktioniert allerdings nur mit einem „faktischen“ Tatbegriff¹⁰², denn andernfalls kämen nur Vorschriften, die das Unterschlagungsunrecht vollständig enthalten, also *leges speciales* wie §§ 242, 249 StGB, als verdrängend in Betracht, für deren Vorrang es keiner Regelung bedurft hätte.

d) Unklar ist, warum die Strafzumessung zweimal behandelt wird (oben S. 135 ff., nun S. 372 ff.). Die Ausführungen verweisen vielfach auf die eigene Dissertation.¹⁰² Was als

Konsequenzen des normativen Tatbegriffs für § 46 StGB ausgegeben wird, ist, wie gezeigt, in diesem nicht enthalten; es handelt sich vielmehr durchgehend um Ableitungen aus dem Strafzweck. Nochmals wird auf tatproportionaler Strafzumessung insistiert, irrelevant im Strafrecht (aber relevant im Polizeirecht¹⁰³) seien Beweggründe, Ziele und Gesinnungen (S. 372–380).

Breit wird diskutiert, was als „verschuldete Auswirkungen der Tat“ zählen darf (S. 380–399), nämlich „ausschließlich jene spezifischen Fehlverhaltensfolgen, die zu vermeiden zusätzlicher Legitimationsgrund der jeweiligen Verhaltensnorm ist“ (S. 384), wie etwa der eigenverantwortlich herbeigeführte Tod eines Drogenkonsumenten. Angesichts der Fülle vielgestaltiger Probleme¹⁰⁴ erscheint das unterkomplex. – En passant wird die Legitimität des Drogenstrafrechts bezweifelt, freilich mit Überlegungen, die wieder über das Ziel hinausschießen: „Es handelt sich dabei um Zielvorgaben, die kollektive Interessen über die des einzelnen Bürgers stellen und damit per se zur Legitimation rechtlicher Verbote in einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht akzeptabel sind“ (S. 391). – Ein Staat, der keine Gemeinwohlbelange verfolgen darf, ist aber keiner. – Die Möglichkeit des Absehens von Strafe nach § 60 StGB sei sachlich verfehlt (S. 392 ff.), weil die *poena naturalis* ein bloßes zufälliges Naturereignis sei und daher Willkürelemente berge, was nicht überzeugt, denn auch der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges wird vom Zufall mitregiert. *Verf.* schreibt: „Pointiert: Verliert die Mutter infolge des von ihr verschuldeten Verkehrsunfalls ihr eigenes Kind, liegt hierin ein ebensolches Unglück wie in dem Fall, dass durch den von ihr schuldhaft herbeigeführten Unfall ein Dritter stirbt, sie an demselben Tag aber ihr eigenes Kind aufgrund einer Krebserkrankung verliert. Dass sie im erstgenannten Fall qua § 60 StGB keine Strafe erfährt, im zweitgenannten aber doch, lässt sich aus Gründen der rechtlich gebotenen Gleichbehandlung nicht halten“ (S. 395). *Verf.* übersieht, dass die *poena naturalis* nicht Folge irgendeines, sondern missbilligten Verhaltens ist,¹⁰⁵ worin ein wesentlicher Unterschied liegt, so dass es sich gerade nicht um „ein ebensolches Unglück“ handelt. Dass ihre Position der Humanität ermangelt, die Kennzeichen aufgeklärten Strafrechts ist, sieht *Verf.* wohl selbst, wenn es danach heißt, dass die Berücksichtigung der *poena naturalis* bei der Strafvollstreckung (S. 398) möglich sei.

Nachtatverhalten (S. 399–406) könne Berücksichtigung finden, sofern darin eine nachträgliche Normanerkennung des Täters liege wie in Wiedergutmachung oder Geständnis – letzteres ist zu pauschal, man denke an den Utøya-Attentäter, der seine Tat stolz einräumte und angab, sie jederzeit wiederholen zu wollen –, aber nicht in Therapiebereitschaft oder Leugnen der Tat.

e) Sodann wird noch die Unvereinbarkeit der Verbandsstrafe mit dem Tatstrafrecht dargelegt (S. 407–412), weil

¹⁰³ Ähnlich schon *Timm* (Fn. 32), S. 111 ff.

¹⁰⁴ Eingehend dazu *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017.

¹⁰⁵ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 1 Rn. 13c.

¹⁰¹ BGHSt 43, 243 (244).

¹⁰² *Timm* (Fn. 32), S. 89 ff., 143 ff.

juristische Personen keine tauglichen Normadressaten seien, so dass sich keine Verhaltensnormen an sie richten könnten (S. 408), was übersieht, dass das Recht anders verfährt. *Verf.* meint, man dürfe Zivil- und Strafrecht nicht vermischen (S. 410) – sind aber die Verhaltensnormen in beiden Rechtsgebieten verschiedene? Zuvor hatte *Verf.* Verhaltensnormen für „vorstrafrechtlich“ gehalten (S. 84, 87 ff., 89). Ein spezialpräventives Strafrecht sei hingegen denkbar, allerdings sei Spezialprävention „an früherer Stelle“ als unhaltbar erwiesen worden – man kann allerdings bezweifeln, ob die frühere Begründung (S. 47 ff.) auf juristische Personen passt: Sind diese auch vernunftbegabt und dürfen nicht instrumentalisiert werden? Einen besonderen Begriff der „Verbandsschuld“ lehnt *Verf.* ab: „Dogmatik garantiert in erster Linie Rechtssicherheit durch die Gleichbehandlung gleicher Fälle. Dann muss aber etwa der Begriff der ‚Schuld‘ immer gleich angewendet werden“ (S. 411 Fn. 197). Freilich handelt es sich bei natürlichen und juristischen Personen offensichtlich nicht um „gleiche Fälle“. – Ein polizeirechtliches Maßregelrecht für Verbände sei jedoch vorstellbar (S. 412 Fn. 200).

6. Schließlich wird noch auf den grenzüberschreitenden Tatbegriff nach Art. 54 SDÜ eingegangen (S. 413–426), den der EuGH bekanntlich faktisch versteht, was *Verf.* erwartungsgemäß schon mangels „Trennschärfe“ als willkürlich verwirft, aber auch wegen der damit verbundenen „ungerechtfertigten Strafnachlässe“, denn sowohl Gesellschaft wie Delinquent selbst hätten ein überwiegendes Interesse daran, dass er bestraft werde (S. 419). Interessanterweise meint *Verf.*, die „Beurteilung, ob ein spezifisches Verhalten verbzw. geboten und ein Verstoß gegen die entsprechende Norm mit Strafe zu bewehren sein soll, ist wie kaum eine andere abhängig von den jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten“, unterschiedliche Regelungen seien „Zeugnis kultureller Vielfalt“ (jeweils S. 421). Das passt nicht zu der vorherigen Annahme, legitime Verhaltensnormen seien Ausdruck der Vernunft und mit solcher zu erfassen (S. 104), denn dann dürfte es keine Unterschiede geben, es sei denn, die positiven Normen seien unvernünftig, mithin illegitim; „kulturelle Vielfalt“ wäre dann zwingend „illegitime Vielfalt“ und, da illegitime Normen nicht durchgesetzt werden dürfen (S. 50), unbeachtlich. – *Verf.* lehnt auch kollisionsrechtliche Lösungen ab (S. 424 ff.) und propagiert ihren halben idem crimen-Begriff. Die positivrechtliche Vielfalt dürfte allerdings so groß sein, dass dann, wie der EuGH in van Esbroeck¹⁰⁶ zu Recht annahm, von der transnationalen Ne bis in idem-Garantie kaum etwas übrig bliebe.

7. In der Zusammenfassung (S. 427–434) wiederholt *Verf.*, es bedürfe der Identität des Begriffs, um dem Anliegen gerechter Strafe Rechnung zu tragen (S. 431) – was wie oben gezeigt nachweislich falsch ist, es bedarf vielmehr geeigneter, kontextspezifischer und funktionsgerechter Begriffsbildungen. Die funktionale Ausrichtung an der „Straftheorie der ausgleichenden Ahndung“ (S. 433) besagt aber nichts für den Umfang der Rechtskraft und nichts für §§ 24, 46, 52, 211 und 246 StGB. *Verf.* wiederholt nur ihren anfänglichen sophisti-

schen Fehlschluss, dass ein gleichnamiger Ausdruck überall dasselbe bedeuten müsse. Auch der nun hinzugefügte Topos der „Einheit der Strafrechtswissenschaft“ kann ebenso wenig wie die „Einheit der Rechtsordnung“¹⁰⁷ eine Uniformität des Vokabulars auf Kosten sachlicher Differenzierungen rechtfertigen. Darin liegt bestenfalls ein nachrangiges ästhetisches Interesse.¹⁰⁸ Auch die unablässige Verteufelung des „Naturalismus“ beweist nur, dass *Verf.* die Grundlagen juristischer Begriffsbildung und den Ausgangspunkt funktionalen Denkens nicht verstanden hat. Das Regelungsproblem etwa, das der prozessuale Tatbegriff bewältigen soll, hat *Verf.* nicht gelöst, sondern nur in den fair trial-Grundsatz verschoben.

III. Am Ende steht der Leser erschüttert da und rätselt, warum die Arbeit mit derart heißer Nadel genäht wurde, dass sie sogleich auseinanderfällt, wenn man sie nur genau liest.

Insgesamt leidet das Buch jeweils an einem beträchtlichen Mangel an Denkvermögen, Methodik, Gelehrsamkeit, Sorgfalt und intellektueller Redlichkeit, gepaart mit einem Übermaß an Sophisterei und penetrantem Eigenlob. Angesichts der zahlreichen groben Verletzungen rechtswissenschaftlicher Standards in Anlage und Durchführung ist es als Beitrag zur Strafrechtswissenschaft wertlos. Wertvoll ist das Buch indes als Unterrichtsmaterial für Veranstaltungen zur Methodenlehre wegen seines Reichtums an Denkfehlern allerlei Art.

Auch stilistisch ist das Buch eine Zumutung. Stilwidrig in einer wissenschaftlichen Abhandlung ist die eifernde Parteitagsrhetorik, die dutzendfach „(entschiedene/klare/strikte) Absagen erteilt“, mit erhobener Stimme laufend etwas mit „(besonderem) Nachdruck“ oder „in aller Klarheit betont“, zu Hyperbeln greift, gegnerische Positionen grundsätzlich als „unhaltbar“ ansieht und polemisch verunglimpft und die eigene Sicht gehirnwäscheartig ad nauseam wiederholt und preist („optimal“).

Dass man mit einem inhaltlich wie methodisch derart insuffizienten Text an einer deutschen Rechtsfakultät habilitiert werden kann, ist ein Beispiel eklatanten Versagens akademischer Selbstkontrolle.

Dem funktionalen Strafrechtsdenken hat *Verf.* einen Bären dienste erwiesen.

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), Bonn

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04 (Van Esbroeck) = Slg. 2006 I-2333 (2364 § 35) = JZ 2006, 1018 m. Anm. Kühne.

¹⁰⁷ Vgl. nur *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 41 ff.

¹⁰⁸ Zum Stellenwert von Schönheit als Theoriebewertungskriterium siehe *McAllister*, Synthese 78 (1989), 25 (36 ff.).