

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 320

Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und Überprüfung – Dargestellt am Beispiel der Beihilfe

**Zugleich eine Studie zum Gehalt des Bestimmtheitsgrundsatzes
nach Art. 103 II GG und der Bestimmtheit von § 27 StGB**

Von

Anja Sollacher



Duncker & Humblot · Berlin

ANJA SOLLACHER

Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und
Überprüfung – Dargestellt am Beispiel der Beihilfe

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder (†)

em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer

ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 320

Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und Überprüfung – Dargestellt am Beispiel der Beihilfe

Zugleich eine Studie zum Gehalt des Bestimmtheitsgrundsatzes
nach Art. 103 II GG und der Bestimmtheit von § 27 StGB

Von

Anja Sollacher



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professorin Dr. Katrin Gierhake, Regensburg

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-19180-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59180-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand im Kern zwischen April 2019 und Dezember 2022 während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie von Professorin Dr. Katrin Gierhake, LL.M. an der Universität Regensburg.

Sie wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg im Wintersemester 2023/24 als Dissertation angenommen. Literatur ist bis Mitte Juni 2023 berücksichtigt.

Im Februar 2024 wurde die Arbeit zu meiner großen Freude vom Alumni-Verein der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg mit dem Juratis-bona-Preis ausgezeichnet.

Für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe bin ich Professor Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder und Professor Dr. Andreas Hoyer zu großem Dank verbunden.

Von Herzen danken will ich meiner geschätzten Doktormutter Professorin Dr. Katrin Gierhake. Über meine gesamte Studienzeit hinweg ermöglichte sie es mir und vielen anderen, in den von ihr fortwährend und überobligatorisch angebotenen Lektürekreisen zusammen zwanglos über rechtsphilosophische Fragestellungen nachzudenken. Für diese Möglichkeit des gemeinsamen Lernens und freien Gedankenaustausches werde ich ihr immer verbunden sein.

Danken will ich ihr auch für die Zeit an ihrem Lehrstuhl, in der ich als Person wachsen konnte. Sie war von gegenseitiger Wertschätzung, ergebnisoffenem Diskurs auf Augenhöhe und großer Freundlichkeit geprägt und zwar auch dann, wenn wir inhaltlich einmal nicht einer Meinung waren. Besonders hervorzuheben und alles andere als selbstverständlich sind die großen Freiheiten, die mir im Rahmen der Erstellung dieser Arbeit eingeräumt wurden sowie das in mich als Nachwuchswissenschaftlerin aber auch als Mensch gesetzte Vertrauen.

Besonders verbunden bin ich auch Professor Dr. Henning Ernst Müller für die enorm rasche und fundierte Erstellung des Zweitgutachtens sowie Professor Dr. Carsten Herresthal, LL.M. für die freundliche Mitwirkung in der Prüfungskommission.

Danken will ich daneben auch der gesamten „Lehrstuhl-Familie“, die die Universität für mich zu meinem zweiten Zuhause gemacht hat.

Mein besonderer Dank gilt daneben all jenen, die mich während meiner Studien- und Doktorarbeitszeit begleitet haben. Hier zu nennen sind meine Freunde Liliana,

Catharina, Anne, Julia, Constanze, Dominik, Stephan, Andi, Alfredo, Artur, Sam und Eray.

Nichts wäre möglich gewesen ohne meine Eltern, meinen Partner und meine Schwester, die immer an mich geglaubt haben und denen ich verdanke, dass ich heute stehe, wo ich bin. Meiner Mutter danke ich besonders für ihre unerschütterliche Zuversicht, meinem Vater für seinen Humor. Beides hat mich zeit meines Lebens getragen. Ihnen beiden widme ich diese Arbeit.

Regensburg, im März 2024

Anja Sollacher

Inhaltsübersicht

A. Vorstellung des Gegenstandes der Untersuchung	21
B. Erster Teil: Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und Überprüfung	27
I. Die Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher Rechtsbegriffe	27
II. Methoden zur Identifikation der Begriffslosigkeit positiv-rechtlicher Normen ..	56
III. Abschließende Beleuchtung des Verhältnisses der einzelnen Fehler und Methoden zueinander	147
IV. Zusammenhang der bisherigen Ergebnisse mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG)	148
V. Gedankliche Vorläufer der gewählten Methode	177
VI. Konsequenzen bei Feststellung, dass eine Norm keinen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff vermittelt	189
C. Zweiter Teil: Begriff der Beihilfe im positiven Recht?	190
I. Rechtfertigung des Untersuchungsgegenstandes des zweiten Teils	190
II. Beihilfebegriff im positiven Recht?	213
III. Mögliche Gründe für die Begriffslosigkeit der positiv-rechtlichen Beihilferegelung	296
D. Endergebnis	365
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	392

Inhaltsverzeichnis

A. Vorstellung des Gegenstandes der Untersuchung	21	
B. Erster Teil: Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und Überprüfung	27	
I. Die Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher Rechtsbegriffe		27
1. Idee: Setzung muss geistig-abstraktem Gehalt des Vorstellungsbildes des Gesetzgebers entsprechen	28	
a) Gesetzgeber hat Willen gebildet	29	
b) Gesetzgeber hat seinen Willen in der Norm vollständig niedergelegt: Kein Auseinanderfallen von Willen und Setzung	30	
aa) Kein Vergessen wesentlicher Merkmale und kein Hinzufügen unwesentlicher Merkmale	32	
bb) Niederlegung der Merkmale in allgemein verständlicher Form	32	
c) Zusammenfassung	37	
2. Praxis: Mängel als Fehler des Gesetzgebers	38	
a) Vermeidbarkeit des Nichtbildens eines Willens	38	
b) Vermeidbarkeit des Auseinanderfallens von Willen und Setzung	40	
aa) Die Mangelhaftigkeit des Kommunikationsmittels Sprache	41	
bb) Zwischenergebnis: Unmöglichkeit der abschließenden Zuweisung von Bedeutungsinhalten ist kein Fehler des Normgebers	43	
cc) Die Lehre vom Begriffskern und Begriffshof	44	
(1) Grenzen der Möglichkeit autonomer Bedeutungszuweisung	45	
(2) Zwischenergebnis: Vermeidbarkeit gegeben, soweit Bedeutungen gewollt waren, die außerhalb des Bereichs möglicher Wortbedeutung lagen oder Bedeutungen nicht gewollt waren, die im Kernbereich möglicher Wortbedeutung lagen	49	
dd) Ergebnis: An den Gesetzgeber zu stellende Forderungen betreffend die sprachliche Ausgestaltung von Normen	55	

II. Methoden zur Identifikation der Begriffslosigkeit positiv-rechtlicher Normen	56
1. Direkter Beweis	56
a) Auseinanderfallen von Willen und Setzung	56
aa) Ermittlung des Inhalts der Norm	57
(1) Der Wortlaut als primäres Kriterium für die Ermittlung des Inhalts der Norm	57
(a) Quellen der Feststellung allgemeinsprachlicher Inhalte	57
(aa) Wörterbücher	57
(bb) Weitere denkbare Quellen: Umfragen und korpuslinguistische Systeme	61
(b) Zwischenergebnis	62
(2) Verhältnis des Wortlauts zu System, Historie und Telos	63
(a) Deskriptiv-beobachtender Zugang	64
(b) Logisch-systematischer und legitimatorischer Zugang – Erster Teil: Untersuchung, weshalb die anderen Kriterien aus logisch-systematischen und legitimatorischen Gründen nicht primäre, sondern allenfalls sekundäre Kriterien für die Ermittlung von Norminhalten sein können	65
(c) Logisch-systematischer und legitimatorischer Zugang – Zweiter Teil: Untersuchung, weshalb und inwieweit die anderen Kriterien in logisch-systematischer und legitimatorischer Hinsicht sekundäre Kriterien für die Ermittlung von Norminhalten sein können	69
(aa) Zulässigkeit der Kriterien als rein sprachliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz?	73
(α) Wortlaut	73
(β) System	74
(γ) Historie?	74
(αα) Historisch-grammatikalische Inhaltsermittlung	74
(ββ) Vorgängernormen	77
(γγ) Gesetzgebungsmaterialien	77
(δδ) Historische Rechtsverhältnisse	78
(δ) Telos?	79
(ε) Zwischenergebnis	82
(bb) Zulässigkeit der Kriterien, soweit der Inhalt des Gesetzes rein sprachlich nicht ermittelt werden kann?	83
(α) Die subjektiv-teleologische Argumentation	84
(β) Die objektiv-teleologische Argumentation	87
(γ) Zwischenergebnis	89
(cc) Zwischenergebnis	90
(3) Zwischenergebnis	93
bb) Vermeidbarkeit	93

cc) Problem der Feststellung des gesetzgeberischen Willens: Fehlende Manifestation der Mangelhaftigkeit	95
(1) Ermittlung des gesetzgeberischen Willens anhand von Äußerungen des Gesetzgebers?	95
(2) Ermittlung des gesetzgeberischen Willens anhand von Verhalten des Gesetzgebers nach Gesetzeserlass?	96
(3) Ermittelbarkeit des gesetzgeberischen Willens anhand objektiver Kriterien überhaupt?	99
b) Nicht-Bilden eines gesetzgeberischen Willens	99
c) Zwischenergebnis: Scheitern des direkten Beweises	100
2. Indirekter Beweis	101
a) Beweis durch Betrachtung der Norm selbst, des positiv-rechtlichen Normensystems im Übrigen, der Sprachnormen und der Naturgesetze: Rein formale Methode	103
aa) Manifestationen der Fehlerhaftigkeit bei rein formaler Methode	104
(1) Norm steht in Widerspruch zu Naturgesetzen	104
(2) Setzung ist (partiell) gar kein Inhalt zuzuordnen	104
(a) Manifestation der Mangelhaftigkeit: Setzung ist (partiell) gar kein Inhalt zuzuordnen	104
(aa) Widersprüchlichkeit	104
(bb) Wörtern ist keinerlei fester Inhalt zuzuordnen	105
(b) Vermeidbarkeit	106
(3) Norm ist kein abschließender Inhalt zuzuordnen?	107
(a) Manifestation der Mangelhaftigkeit: Norm ist kein abschließender Inhalt zuzuordnen	107
(b) Vermeidbarkeit	108
(4) Ergebnis: Fehlerhaftigkeit der Norm kann bei rein formaler Betrachtung nur dadurch aufgezeigt werden, dass dargetan wird, dass die Setzung (teilweise) inhaltslos ist oder in Widerspruch zu Naturgesetzen steht	108
b) Beweis durch Betrachtung des Interpretationsverhaltens von Literatur und Rechtsprechung: Empirische Methode	109
aa) Vorstellung der empirischen Methode: Unterschiedliche Subsumtion als Beweis für Begriffslosigkeit/fehlerhafte Normsetzung?	109
(1) Mögliche Quellen von Subsumtionsproblemen und unterschiedlichen Einzelfallergebnissen	110
(a) Zu subsumierendes Objekt als Fehlerquelle	110
(b) Subsumierendes Subjekt als Fehlerquelle	111

(c) Mittel der Subsumtion als Fehlerquelle	114
(aa) Große Anzahl unterschiedlicher Subsumtionen für eine große Anzahl von Einzelfällen als Beweis für die Fehler- haftigkeit der Norm	114
(α) Große Anzahl unterschiedlicher Subsumtionen als Be- weis für die Fehlerhaftigkeit der Norm	114
(β) Unterschiedliche Subsumtionen für eine große Anzahl von Einzelfällen als Beweis für die Fehlerhaftigkeit der Norm	116
(bb) Zwischenergebnis	122
(2) Reflektieren möglicher Gründe für Subsumtionsverhalten der Normanwender	122
(a) Reflektieren möglicher Gründe für Subsumtionsverhalten der Normanwender aus rein rechtspositivistischer Sichtweise	123
(aa) Gesetzgebungsmaterialien	123
(bb) Inhaltslosigkeit der Norm, Widerspruch der Norm gegen andere Normen desselben Normenkomplexes	124
(b) Reflektieren möglicher tieferliegender Gründe für Subsumti- onsverhalten der Normanwender aus einer die rechtspositivisti- sche Sichtweise überschreitenden Perspektive	125
(c) Zwischenergebnis: Bindungen für Gesetzgeber aus erweiterter Perspektive	129
(d) Die der Arbeit im weiteren Gang zugrundezulegende Sichtwei- se: Erweiterte Bindungen unter Geltung der Verfassung als gleichermaßen positiv-rechtliche Bindungen	135
(e) Ergebnis	137
bb) Genaue Beschreibung der Methode	139
c) Bewertung der Methoden	140
aa) Einräumen der Schwächen der Ansätze	140
(1) Schwächen, welche beide Ansätze gleichermaßen aufweisen	140
(2) Schwächen der empirischen Methode	141
(3) Schwächen der formalen Methode	141
bb) Verteidigung der Ansätze	142
(1) Sich auf die Verteidigung beider Methoden beziehende Argumente	142
(2) Sich auf die Verteidigung allein der formalen Methode beziehende Argumente	143
(3) Sich auf die Verteidigung allein der empirischen Methode bezie- hende Argumente	143
cc) Abschließende Entscheidung für die empirische als die dieser Arbeit zugrundezulegende Methode	145
III. Abschließende Beleuchtung des Verhältnisses der einzelnen Fehler und Methoden zueinander	147

IV. Zusammenhang der bisherigen Ergebnisse mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	148
(Art. 103 II GG)	148
1. Grundsatz	148
2. Einschränkung	151
3. Folgerung	152
a) Keine Inhaltslosigkeit der Norm an sich	156
b) Keine vermeidbar zu enge Normsetzung	156
aa) Das Analogieverbot	156
bb) Konsequenzen für den Bestimmtheitsgrundsatz	158
c) Keine vermeidbar zu weite Normsetzung	158
aa) Problematik der Konstruktion von Rechtsbegriffen durch die Rechtsprechung	159
(1) Problematik teleologischer Reduktionen	159
(2) Insbesondere: Problematik von Verfassungskonformität herstellenden teleologischen Reduktionen	164
(3) Rückschlüsse für die Arbeit des Gesetzgebers	168
bb) Problematik gänzlich begriffsloser Entscheidung	172
d) Vorschlag für den Umgang der Rechtsprechung mit begriffslosen Normen	172
V. Gedankliche Vorläufer der gewählten Methode	177
1. Bestimmtheit der Norm, sofern hinreichende Präzisierung der Norm durch die Praxis erfolgt ist	178
2. Bestimmtheit der Norm, soweit intersubjektiv einheitliche Bedeutungsschreibung stattfindet	180
3. Bestimmtheit der Norm, sofern ihr Anwendungsbereich durch Auslegung zu ermitteln ist	181
4. Das Modell Schünemanns: Bestimmtheit, sofern Entscheidung für die Mehrheit der Fälle anhand der Norm allein getroffen werden kann	182
5. Das Modell Grecos: Bestimmtheit, sofern nicht ex ante die Erforderlichkeit der teleologischen Reduktion erkennbar ist	185
6. Zwischenergebnis	188
VI. Konsequenzen bei Feststellung, dass eine Norm keinen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff vermittelt	189
C. Zweiter Teil: Begriff der Beihilfe im positiven Recht?	190
I. Rechtfertigung des Untersuchungsgegenstandes des zweiten Teils	190
1. Bestimmtheitsgrundsatz und allgemeiner Teil	190
2. Verdachtsmomente dahingehend, dass das positive Recht keinen Beihilfebegriff vermittelt	194
a) Sich aus der Struktur des § 27 StGB ergebende Verdachtsmomente	195
b) Sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergebende Verdachtsmomente	199

c) Sich aus der Regelungsgeschichte ergebende Verdachtsmomente	200
aa) Preußisches Strafgesetzbuch (1851)	200
bb) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)	202
d) Sich aus dem Vergleich mit anderen Normen des heutigen StGB ergebende Verdachtsmomente	204
e) Sich aus dem Vorgehen der Lehre im Rahmen der Beschäftigung mit § 27 StGB ergebende Verdachtsmomente	205
f) Sich aus Äußerungen der Lehre in Bezug auf die Bestimmtheit des § 27 StGB ergebende Verdachtsmomente	207
II. Beihilfebegriff im positiven Recht?	213
1. Vorüberlegungen	213
a) Begründungsgang des folgenden Abschnitts der Untersuchung	213
b) Einschränkung der Untersuchung	214
aa) Ausschließlich Überprüfung der Abgrenzbarkeit der Beihilfe von straflosem Verhalten	214
bb) Prinzipien für die Auswahl der ausgewerteten Ansichten	214
(1) Einschränkung in zeitlicher Hinsicht	215
(2) Einschränkung nach dem Erkenntnisziel der Autoren	215
(3) Weitere Einschränkung	216
2. Interpretation von § 27 StGB durch Literatur und Rechtsprechung	217
a) Ausschließlich subjektive Bestimmung der Beihilfe	218
b) Auch objektive Bestimmung der Beihilfe	219
aa) Ausschließlich Risikoerhöhung	219
(1) Abstrakte Risikoerhöhung – Herzberg	219
(2) Aus objektiver Sicht ex ante konkrete Risikoerhöhung	220
(a) Vogler	221
(b) Salomon	222
(c) Zieschang	224
(d) Hellmuth Mayer	225
(e) Schaffstein – Hinzudenken von hypothetischen, durch den Täter verursachten Kausalverläufen	225
(f) Murmann	227
(g) Wohlers	228
(h) Osnabrügge	229
(i) Zusammenfassung	231
bb) Kausalität	231
(1) Spezielle Beihilfekausalität	232
(a) Class	232
(b) Dreher	233
(c) Geppert	234
(d) Jescheck/Weigend	235

(2) Teilweise Kausalität	236
(3) Unklarheit, ob Kausalität verlangt wird	236
(a) Otto	236
(b) Weigend	239
(c) Kudlich	240
(d) Roxin	241
(e) Heger	245
(f) Heine/Weißen	245
(g) Schünemann/Greco	246
(h) Rogat	247
(i) Schall	249
(j) Hoyer	249
(k) Rechtsprechung	251
(l) Zusammenfassung	254
(4) Kausalität im herkömmlichen Sinne für den gesamten Bereich der Beihilfe	255
(a) Bloy	255
(b) Samson	255
(c) Jakobs	256
(d) Köhler	258
(e) Schild/Kretschmer	259
(f) Stein	259
(g) Zaczynski	259
(h) Schumann	260
(i) Zusammenfassung	261
cc) Weitere Merkmale rechtlicher Missbilligung	262
(1) Risikoerhöhung und rechtliche Missbilligung	262
(a) Objektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	262
(aa) Murmann	262
(bb) Wohlers	262
(b) Allein subjektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	263
(2) Kausalität und rechtliche Missbilligung	263
(a) Objektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	264
(aa) Abstellen auf Interessenlage	264
(a) Rogat – Kein Verfolgen überragender Allgemeininteressen durch den Handelnden	264
(β) Amelung – Risiko für Allgemeinheit überwiegt Interessen der Allgemeinheit und des Handelnden	264
(γ) Lüderssen – Freiheitsinteressen des potenziellen Opfers überwiegen Interessen des Täters und des Handelnden	266

(δ) Stein – Freiheitsinteressen des potenziellen Opfers überwiegen Interessen des Handelnden	266
(bb) Solidarisierung mit dem Täter	267
(α) Schumann	267
(β) Schall	270
(γ) Zaczek	271
(cc) Deliktischer Sinnbezug	271
(α) Handlung weist für Täter nur/überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	271
(αα) Kindhäuser	271
(ββ) Roxin	273
(γγ) Schünemann/Greco	274
(δδ) Rechtsprechung	274
(εε) Frisch	275
(β) Handlung weist jedenfalls auch für Handelnden nur/ überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	275
(αα) Schild/Kretschmer	275
(ββ) Zaczek	276
(γγ) Köhler	277
(δδ) Jakobs	278
(εε) Heger	280
(ζζ) Schumann	280
(ηη) Amelung	281
(dd) Verletzen einer besonderen Schutznorm	281
(α) Hoyer	281
(β) Jakobs	281
(γ) Amelung	282
(δ) Schall	282
(ee) Ausschluss solcher Handlungen, welche für den konkreten Lebensbereich formulierte Verhaltensnormen einhalten ..	282
(ff) Bestehen von Pflichten nach § 138 StGB oder § 323c StGB	283
(α) Hoyer	283
(β) Frisch	283
(γ) Schall	284
(δ) Amelung	285
(gg) Bestehen einer Garantenstellung nach § 13 StGB	285
(α) Hoyer	285
(β) Jakobs	285
(hh) Gewisse Erheblichkeit des geschaffenen Risikos	285
(α) Rogat	286
(β) Amelung	286

(γ) Kindhäuser	286
(δ) Jakobs	287
(ε) Roxin	287
(ζ) Weigend	287
(ii) Zeitliche Nähe zur Haupttat	287
(a) Kindhäuser	288
(β) Lüderssen	288
(jj) Üblichkeit	289
(kk) Unterlassene Solidarisierung mit dem Opfer	289
(b) Allein subjektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	289
(aa) Rechtsprechung	289
(bb) Hoyer	290
(cc) Amelung	291
(dd) Kudlich	291
3. Ergebnis: § 27 StGB liefert keinen Beihilfebegriff und ist darum unvereinbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	291
III. Mögliche Gründe für die Begriffslosigkeit der positiv-rechtlichen Beihilferegelung	296
1. Ermittlung des Inhalts von § 27 StGB	298
a) Auseinandersetzung mit dem Wortlaut (im engeren Sinne)	298
aa) Bedeutung nach dem Duden	299
bb) Bedeutung nach dem Mackensen	305
cc) Bedeutung nach dem Wahrig	307
dd) Ergebnis	307
b) Auseinandersetzung mit dem System	307
aa) Erforderlichkeit der objektiven Eignung zum Kausalwerden in der Haupttat aufgrund des Merkmals „vorsätzlich“ in § 27 StGB?	309
bb) Erforderlichkeit von Kausalität für die Haupttat aufgrund der Straflosigkeit versuchter Beihilfe?	310
cc) Rückschlüsse aus § 323c StGB und § 257 StGB?	311
2. Zwischenergebnis	313
3. Grundriss für eine einen Beihilfebegriff schaffende Norm des positiven Rechts	318
a) Bestimmung der Beihilfe ausschließlich auf subjektiver Seite?	319
b) (Auch) objektive Bestimmung der Beihilfe	327
aa) Risikoerhöhung	327
bb) Erforderlichkeit von Kausalität?	330
(1) Spezielle Beihilfekausalität	330
(2) Kausalität im Sinne der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung	332
(3) Kausalität im Sinne der Lehre von der Conditio-sine-qua-non	337

(4) Ergebnis: Denkbarkeit sowohl eines Risikoerhöhungsmodells als auch eines Modells, das Kausalität im Sinne der Lehre von der Conditio-sine-qua-non voraussetzt	338
cc) Weitere Merkmale	338
(1) Weitere Eingrenzung ausschließlich für „neutrale“ Handlungen? ..	341
(2) Weitere Eingrenzung für alle Handlungen	346
(a) Im weiteren ausschließlich subjektive Merkmale?	347
(b) Im weiteren auch objektive Merkmale	349
(aa) Abstellen auf Interessenlage	352
(bb) Deliktischer Sinnbezug	355
(a) Handlung weist für Täter nur/überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	355
(β) Handlung weist jedenfalls auch für Handelnden nur/überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	355
(cc) Solidarisierung mit dem Täter	356
(dd) Verletzen einer besonderen Schutznorm	357
(ee) Ausschluss solcher Handlungen, welche für den konkreten Lebensbereich positiv formulierte Verhaltensnormen einhalten	357
(ff) Bestehen von Handlungspflichten nach § 138 StGB oder § 323c StGB	358
(a) § 138 StGB	360
(β) § 323c StGB	360
(γ) Ergebnis	360
(gg) Bestehen einer Garantenstellung nach § 13 StGB	361
(hh) Gewisse Erheblichkeit des geschaffenen Risikos	361
(ii) Zeitliche Nähe zur Haupttat	362
(jj) Üblichkeit	362
(kk) Unterlassene Solidarisierung mit dem Opfer	363
(lI) Zwischenergebnis	364
D. Endergebnis	365
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	392

A. Vorstellung des Gegenstandes der Untersuchung

„Dem Gesetze allein verdanken die Menschen die Gerechtigkeit und die Freiheit.“¹ Diesem Ausspruch Rousseaus dürften wohl nicht allein Juristen, sondern auch die Mehrheit der deutschen Staatsbürger sowie die meisten Menschen auf der Erde zustimmen. Demnach muss es in einer Gesellschaft, wenn ihr Gesetzgeber einen rechtlich regelungsbedürftigen Lebensbereich rechtlich nicht geregelt hat, zu Ungerechtigkeiten und Freiheitsbeeinträchtigungen kommen. Hierzu muss ein entsprechendes Gesetzeswerk aber nicht zwingend bereits *physisch* fehlen. Es kann auch so liegen, dass ein jedenfalls seinem Anschein nach auf eine Regelung abzielendes Werk zwar physisch vorhanden und eine Regelung also scheinbar gegeben ist, dieses aber *in Wahrheit keine rechtliche Regelung für den konkreten Lebensbereich anbietet*. Anders gesprochen: Es kann so liegen, dass ein entsprechendes Regelwerk zwar *positiv gesetzt* ist, jedoch *keinen Rechtsbegriff vermittelt*.

Die vorliegende Arbeit will in ihrem ersten Teil (B.I.) darum zunächst die Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher Strafrechtsbegriffe aufzeigen.

Sodann soll nach einer Methode gesucht werden, anhand derer Strafrechtsnormen, welche keinen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff vermitteln, als solche identifiziert werden können (B.II.).

Die im Grundlagenteil gewonnenen Erkenntnisse sollen in einem zweiten Teil sodann auf § 27 StGB angewendet werden (C.).

Die Frage nach den Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher (Straf-)Rechtsbegriffe und ihrem Vorliegen mag zunächst möglicherweise seltsam klingen. Denn ist es nicht so, dass der Gesetzgeber, indem er eine bestimmten Lebenssachverhalt beschreibende und für diesen eine Rechtsfolge anordnende Norm schafft, damit jederzeit automatisch auch einen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff kreiert?

Für die Beihilfe etwa könnte man, ob der Existenz des § 27 StGB mit der amtlichen Überschrift „Beihilfe“, argumentieren, ganz offensichtlich verfüge das positive Recht über einen Begriff von Beihilfe. Und selbstverständlich ist es so, dass der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Literatur das Wort „Beihilfe“ verwenden. Jedoch bedeutet dies noch nicht, dass selbige dieses Wort als durch das Gesetz beziehungsweise den Gesetzgeber hervorgebrachten *Begriff* verwenden.

„Begriff“ nämlich bedeutet nach dem Duden, der das in der aktuellen Gesellschaft und Sprachgemeinschaft vorherrschende Sprachverständnis wiedergibt und deshalb

¹ Rousseau, Politische Ökonomie, S. 245.

an dieser Stelle zugrunde gelegt werden soll, „Gesamtheit wesentlicher Merkmale in einer gedanklichen Einheit; geistiger, abstrakter Gehalt von etwas“².³ Dass es eine Setzung mit der amtlichen Überschrift „Beihilfe“ gibt, bedeutet damit nicht zwingend, dass das Gesetzte die Kriterien eines Beihilfe**begriffs** erfüllt. Eine bloße Aneinanderreihung von Wörtern führt nicht per se zur Vermittlung eines Begriffs.⁴

Wenn eine positiv-rechtliche Strafnorm keinen Rechtsbegriff vermittelt, steht aber ein fundamentales Problem im Raum.

Denn die Diagnose der Begriffslosigkeit geht einher mit folgendem Befund: Solange die Begriffslosigkeit nicht erkannt und offengelegt wird, wird der Rechtsbegriff in Wahrheit entweder im Rahmen der Rechtsanwendung durch die Justiz konstruiert.⁵ Oder aber die Justiz entscheidet begriffslos, und das heißt willkürlich.⁶

Zur rechtsetzenden Gewalt wird in beiden Fällen faktisch der das Urteil aussprechende Richter⁷ oder aber, für den Fall des Absehens von weiterer strafrechtlicher Verfolgung, die das Verfahren einstellende Staatsanwaltschaft⁸.

Aufgabe der Rechtsprechung ist es jedoch, Recht zu sprechen, nicht Recht zu setzen.⁹ Sie soll urteilen, aber im Grundsatz nicht entscheiden.¹⁰ Und die Staatsan-

² *Dudenredaktion*, Begriff, der, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Begriff> (Stand: 16.05.2023).

³ Vgl. aber auch *Hegel*, Grundlinien, § 211; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 37 f.; *Ueberweg*, System der Logik, S. 147.

⁴ Sh. auch *Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 30, der schreibt, „die[] Zeichen und Buchstaben“ müssten durch „de[n] gesetzgeberische[n] Gedanke[n] [...] sinnvoll zusammen[gehalten]“ werden.

⁵ Vgl. *Greco*, ZIS 13 (2018), 475 (478); kritisch auch *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 5, Rn. 35 g.

⁶ Vgl. *Duttge*, JZ 69 (2014), 261 (264); *H. Mayer*, in: Materialien I, 259 (276).

⁷ Vgl. *Velten/Mertens*, ARSP 76 (1990), 516 (536); für den erstgenannten Fall auch *Greco*, ZIS 13 (2018), 475 (478 f.).

⁸ Dies deutlich darlegend und kritisierend *Beulke*, in: *Murmann* (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, S. 45 (55 ff.); *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, S. 53 f.; vgl. auch *Naucke*, Über Generalklauseln, S. 22; für die Beihilfe auch *Rackow*, Neutrale Handlungen, S. 281; für die Beihilfe durch Handlungen unter dem NS-Regime auch *Hanack*, Bestrafung, S. 26 ff.

⁹ Das Verwischen dieses klaren Verhältnisses aufgrund der Passivität des Gesetzgebers beklagt für seine Zeit bereits *Luden*, Handbuch, S. 93.

¹⁰ Vgl. BVerfG Beschl. v. 20.10.1992 – 1 BvR 698/89, BVerfGE 87, 209 (224); *Birke*, Rechtsanwendung, S. 21; *Duttge*, FS *Kohlmann*, S. 13 (17 f.); *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, S. 45; vgl. *Haverkate*, Normtext – Begriff – Telos, S. 6; *Hruschka*, Das Verstehen von Rechtstexten, S. 72; a. A. *Engisch*, Einführung, S. 157; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 19, 36; *Forsthoff*, Recht und Sprache, S. 29; *Grünhut*, FG *Frank*, S. 1 (14); *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 228; *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 10, 16, 20 ff., 33; *Kirchhof*, NJW 39 (1986), 2275 (2275); *Krey*, ZStW 101 (1989), 838 (838); *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, S. 68, 80, 98; *Lerch*, in: *Dudenredaktion* und *Gesellschaft für deutsche Sprache* (Hrsg.), Verständlichkeit als Bürgerrecht?, S. 54 (56); *F. Müller*, Diskussion über Rechtslinguistik, S. 95 (103); *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 198; differenzierend *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 42 f.; das rechtstat-

waltschaften sind an sich lediglich zur Verfolgung strafrechtsrelevanter Taten nach den Strafgesetzen, aber ebenfalls nicht zur Entscheidung darüber, welche Verhaltensweisen strafbar sein sollen, berufen.¹¹ Zu entscheiden, das ist Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, Art. 103 II GG.¹² Nimmt der Gesetzgeber diese Aufgabe nicht ernst, muss dies, wie von Rousseau erkannt, zu Ungerechtigkeit und Unfreiheit führen.

Darum soll in dieser Arbeit in einem ersten Schritt ermittelt werden, was *der Idee nach* die abstrakten Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher Rechtsbegriffe sind (B.I.1.). Dabei soll zunächst eine rein rechtspositivistische Perspektive eingenommen werden.

In einem nächsten Schritt muss dann untersucht werden, inwieweit diese Voraussetzungen für den Gesetzgeber *in der Praxis* umsetzbar sind (B.I.2.).

Schließlich sollen denkbare Methoden zur Identifikation solcher Normen, hinsichtlich welcher der Gesetzgeber die für ihn umsetzbaren und darum an ihn zu stellenden Anforderungen verletzt hat, erarbeitet werden (B.II.).

Gedanklich anknüpfend an die Erörterung der Methoden soll kurz darüber nachgedacht werden, ob es noch weitere, tieferliegende Gründe dafür geben könnte, wenn positiv-rechtliche Setzungen im Einzelfall keinen Rechtsbegriff vermitteln. Hierbei soll die zu Beginn der Arbeit zunächst eingenommene, rein rechtspositivistische Sichtweise vorübergehend schrittweise verlassen und die Frage gestellt werden, ob der Gesetzgeber bestimmten, über die bis dahin vorgestellten Voraussetzungen hinausgehenden Bindungen unterliegen könnte, bei deren Übertretung eine Norm ebenfalls zu keinem Rechtsbegriff führte. An dieser Stelle wird der Blick also geweitet und eine Gebundenheit des Gesetzgebers an bestimmte vorgegebene, für ihn nicht disponibile Prinzipien angedacht werden (B.II.2.b) aa)(2)(b)).

Im darauffolgenden Abschnitt der Arbeit sollen die vorgestellten Methoden zur Identifikation solcher Normen, die keinen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff erschaffen, unter Einbeziehung auch der Ergebnisse, welche im Rahmen der Untersuchung möglicher tieferliegender Gründe für die Begriffslosigkeit positiv-rechtlicher Normen erzielt wurden, auf ihre Stärken und Schwächen hin evaluiert werden. Dabei wird sich zeigen, dass die zur Verfügung stehenden Methoden die Schwäche aufweisen, dass sich mit ihnen die Begriffslosigkeit von Normen nicht in allen Fällen identifizieren lässt. Gleichzeitig aber wird demonstriert werden, dass sie dazu geeignet sind, die Begriffslosigkeit von Normen jedenfalls für eine Vielzahl von Fällen zu diagnostizieren. Sodann wird eine begründete Entscheidung über die Methode,

sächliche Wirken der Judikative als Gesetzgeber und die damit verbundenen Probleme herausstellend Rüthers, JZ 63 (2008), 446 (447).

¹¹ Beulke, in: Murmann (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, S. 45 (55); kritisch auch Murmann, in: ders. (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, S. 5 (11 ff.).

¹² Radtke, in: Epping/Hillgruber-GG, Art. 103, Rn. 23; Schulze-Fielitz, in: Dreier-GG, Art. 103 II, Rn. 38.